REVISTA ELETRÔNICA DE JURISPRUDÊNCIA DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO

REVISTA OFICIAL DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

VOLUME 5 – ANO 1

SETEMBRO E OUTUBRO 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 39

b) Agravos Regimentais 141

c) Apelações 144

d) Conflitos de Competência 350

e) Embargos Infringentes 359

Seção de Direito Público

a) Agravos de Instrumento 366

b) Agravos Regimentais 400

c) Apelações 410

d) Apelações/Reexames Necessários 534

e) Reexames 546

3- Jurisprudência Criminal:

a) Agravos em Execução Penal 550

b) Apelações 563

c) *Habeas Corpus* 661

d) Mandados de Segurança 688

e) Recursos em Sentido Estrito 691

f) Revisões Criminais 703

4- Jurisprudência do Órgão Especial:

a) Ações Diretas de Inconstitucionalidade (Adin's) 711

b) Agravos Regimentais 761

c) Conflitos de Competência 780

d) Dissídios Coletivos de Greve 824

e) *Habeas Corpus* 829

f) Incidentes de Inconstitucionalidade 834

5- Jurisprudência da Câmara Especial:

a) Agravos de Instrumento 842

b) Agravos Regimentais 864

c) Apelações 868

d) Conflitos de Competência 879

e) Conflitos de Jurisdição 896

f) Reexames Necessários 905

6- Conselho Superior da Magistratura 909

7- Noticiário 925

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. 5, set./out. 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 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
FRANCISCO Antonio CASCONI

José RENATO NALINI
PAULO Dimas de Bellis MASCARETTI
VANDERCI ÁLVARES
José Henrique ARANTES THEODORO
Antonio Carlos TRISTÃO RIBEIRO
EROS PICELI
ANTONIO CARLOS VILLEN
ADEMIR de Carvalho BENEDITO
LUIZ ANTONIO DE GODOY
José Roberto NEVES AMORIM
Dimas BORELLI THOMAZ Júnior
JOÃO NEGRINI Filho

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
Desembargadora CLAUDIA GRIECO TABOSA PESSOA**
Desembargador Adalberto José Queiroz Telles de CAMARGO ARANHA FILHO**
Desembargadora CLAUDIA LUCIA FONSECA FANUCCHI**
Desembargador MARCELO COUTINHO GORDO**
Desembargador CARLOS DIAS MOTTA**

COMPOSIÇÃO DE GRUPOS E CÂMARAS DE DIREITO PRIVADO

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

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

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

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

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

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 FABIO HENRIQUE PODESTÁ**
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
Desembargador MARCELO FORTES BARBOSA FILHO**
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
Desembargadora MARY GRÜN
Desembargador RÔMOLO RUSSO JÚNIOR
Desembargador CARLOS ALBERTO DE CAMPOS MENDES PEREIRA**

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

Desembargador LUIZ Antonio AMBRA
Desembargador Paulo Roberto GRAVA BRAZIL
Desembargador Luiz Fernando SALLES ROSSI***
Desembargador PEDRO DE ALCÂNTARA DA SILVA LEME FILHO
Desembargador João Batista SILVÉRIO DA SILVA
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 404 — 3ª feira — 9:30 horas — PJ)

Desembargador Walter PIVA RODRIGUES
Desembargador GALDINO TOLEDO JÚNIOR
Desembargador MAURO CONTI MACHADO***
Desembargador ALEXANDRE Alves LAZZARINI
Desembargador THEODURETO de Almeida CAMARGO Neto
Desembargadora LUCILA TOLEDO PEDROSO DE BARROS**
Desembargador JOSÉ APARICIO COELHO PRADO NETO**
Desembargador JAYME MARTINS DE OLIVEIRA NETO*
Desembargadora MARIA SILVIA GOMES STERMAN*
Desembargador ALEXANDRE BUCCI*

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

Desembargador JOÃO CARLOS SALETTI***
Desembargador José ARALDO da Costa TELLES
Desembargador ELCIO TRUJILLO
Desembargador CÉSAR CIAMPOLINI NETO
Desembargador CARLOS ALBERTO GARBI
Desembargador ROBERTO MAIA FILHO**
Desembargador JOÃO BATISTA DE MELLO PAULA LIMA**

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

11ª Câmara de Direito Privado (salas 217/219 — 5ª feira — 13:30 horas — PJ)

Desembargador GILBERTO PINTO DOS SANTOS***
Desembargador WALTER Pinto da FONSECA Filho
Desembargador GIL Ernesto Gomes COELHO
Desembargador RENATO RANGEL DESINANO
Desembargador ALBERTO MARINO NETO

12ª Câmara de Direito Privado (sala 404 — 4ª feira — 9:30 horas — PJ)

Desembargador JOSÉ REYNALDO Peixoto de Souza
Desembargador Luiz Antonio CERQUEIRA LEITE
Desembargador JOSÉ JACOB VALENTE***
Desembargador TASSO DUARTE DE MELLO
Desembargadora SANDRA MARIA GALHARDO ESTEVES
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 (salas 211/213— 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
Desembargador MAURICIO PESSOA
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 Manoel MATTOS FARIA
Desembargador EDISON VICENTINI BARROSO
Desembargador Antonio Mario de CASTRO FIGLIOLA***I
Desembargador Luiz Antonio COELHO MENDES
Desembargador ACHILE Mario ALESINA Júnior
Desembargador LUIZ FERNANDO PINTO ARCURI*

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 622)

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

Desembargador HENRIQUE NELSON CALANDRA
Desembargador Teodozio de SOUZA LOPES
Desembargador IRINEU JORGE FAVA***
Desembargador AFONSO Celso Nogueira BRAZ
Desembargador PAULO PASTORE FILHO
Desembargadora CLAUDIA SARMENTO MONTELEONE*

18ª Câmara de Direito Privado (sala 404 — 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 HELIO Marques de FARIA
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 OU QUINTA-FEIRA — PJ — (SALAS 622/510)

21ª Câmara de Direito Privado (sala 404 — 2ª feira — 14:00 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 THIERS FERNANDES LOBO
Desembargador ROBERTO Nussinkis MAC CRACKEN***
Desembargador SÉRGIO RUI DA FONSECA
Desembargador HÉLIO NOGUEIRA**

12º GRUPO DE CÂMARAS DE DIREITO PRIVADO — QUARTA-FEIRA OU QUINTA-FEIRA — PJ — (SALAS 504/510)

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

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

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***
Desembargadora CLÁUDIA GRIECO TABOSA PESSOA
Desembargador NELSON JORGE JÚNIOR**
Desembargador JOÃO BATISTA AMORIM DE VILHENA NUNES**

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 HUGO CREPALDI NETO
Desembargador CLÁUDIO HAMILTON Barbosa
Desembargador EDGARD Silva ROSA
Desembargadora DENISE ANDRÉA MARTINS RETAMERO**

26ª Câmara de Direito Privado (salas 217/219— 4ª feira — 13:30 horas — PJ)

Desembargador RENATO Sandreschi SARTORELLI
Desembargador Tarcísio Ferreira VIANNA COTRIM
Desembargador Reinaldo FELIPE FERREIRA***
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***
Desembargadora ANA CATARINA STRAUCH
Desembargadora DAISE FAJARDO NOGUEIRA JACOT
Desembargador FLÁVIO ABRAMOVICI
Desembargador SAMUEL FRANCISCO MOURÃO NETO**
Desembargador SÉRGIO LEITE ALFIERI FILHO**

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

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

15º GRUPO DE CÂMARAS DE DIREITO PRIVADO — QUARTA-FEIRA — PJ — (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
Desembargadora SILVIA ROCHA***
Desembargador FÁBIO Guidi TABOSA Pessoa
Desembargador CARLOS HENRIQUE MIGUEL TREVISAN
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 José Roberto LINO MACHADO
Desembargador CARLOS Alberto RUSSO
Desembargador MARCOS Antonio de Oliveira RAMOS
Desembargador Alberto de Oliveira ANDRADE NETO***
Desembargadora MARIA LÚCIA Ribeiro de Castro PIZZOTTI Mendes
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 211/213 — 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 ARTUR MARQUES da Silva Filho
Desembargador Fernando MELO BUENO Filho***
Desembargador GILBERTO GOMES DE MACEDO LEME
Desembargador ANTONIO CARLOS MORAIS PUCCI
Desembargador LEONEL CARLOS DA COSTA
Desembargador GILSON DELGADO MIRANDA**

36ª Câmara de Direito Privado (salas 201/203 — 5ª feira — 9:30 horas — PJ)

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

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

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

Desembargador SÉRGIO GOMES
Desembargador JOSÉ TARCISO BERALDO***
Desembargador ISRAEL GÓES DOS ANJOS
Desembargador PEDRO YUKIO KODAMA
Desembargador JOÃO PAZINE NETO

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

Desembargador EDUARDO ALMEIDA PRADO ROCHA DE SIQUEIRA
Desembargador SPENCER ALMEIDA FERREIRA***
Desembargador FERNANDO LUIZ SASTRE REDONDO
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 (salas 621/623 — 4ª 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 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 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 TERCIO PIRES**
Desembargador ALFREDO ATTIÉ JÚNIOR**
Desembargador JAIRO OLIVEIRA JÚNIOR**
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 277 — 3ª feira — 10:00 horas — PJ)

Desembargador José Carlos Gonçalves XAVIER DE AQUINO
Desembargador José RENATO NALINI
Desembargador DANILO PANIZZA Filho
Desembargador LUÍS FRANCISCO AGUILAR CORTEZ***
Desembargador Luís Paulo ALIENDE RIBEIRO
Desembargador VICENTE DE ABREU AMADEI**

2ª Câmara de Direito Público (salas 217/219 — 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 JOSÉ LUIZ GAVIÃO DE ALMEIDA
Desembargador Raymundo AMORIM CANTUÁRIA
Desembargador Luiz Edmundo MARREY UINT
Desembargador ARMANDO CAMARGO PEREIRA
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 (salas 211/213 — 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
Desembargadora HELOÍSA MARTINS MIMESSI**

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

6ª Câmara de Direito Público (salas 217/219 — 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 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 227 — 4ª feira — 9:30 horas — PJ)

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

9ª Câmara de Direito Público (salas 217/219 — 4ª feira — 9:30 horas — PJ)

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

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

10ª Câmara de Direito Público (sala 201/203 — 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 (salas 211/213 — 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 (salas 201/203 — 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**
Desembargador JULIO CESAR SPOLADORE DOMINGUEZ**

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
Desembargadora MÔNICA de Almeida Magalhães SERRANO
Desembargador CLÁUDIO ANTONIO MARQUES DA SILVA**
Desembargadora SILVANA MALANDRINO MOLLO*
Desembargador RODOLFO CÉSAR MILANO*

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 ALOÍSIO SÉRGIO REZENDE SILVEIRA**
Desembargador JOSÉ HENRIQUE FORTES MUNIZ JÚNIOR**
Desembargador EURÍPEDES GOMES FAIM FILHO**

18ª Câmara de Direito Público (sala 211/213 — 5ª feira — 13:30 horas — PJ)

Desembargador WANDERLEY JOSÉ FEDERIGHI***
Desembargador OSVALDO CAPRARO
Desembargador FRANCISCO OLAVO Guimarães Peret Filho
Desembargador ROBERTO MARTINS DE SOUZA
Desembargadora Maria BEATRIZ Dantas BRAGA
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 201/203 — 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 ANTONIO TADEU OTTONI**
Desembargadora FLORA MARIA NESI TOSSI SILVA**
Desembargador NAZIR DAVID MILANO FILHO**
Desembargador MARCOS DE LIMA PORTA*
Desembargador LUÍS GUSTAVO DA SILVA PIRES*

17ª Câmara de Direito Público (sala 201/203 — 3ª feira — 10:00 horas — PJ)

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

GRUPO ESPECIAL DE CÂMARAS DE DIREITO AMBIENTAL — QUINTA-FEIRA — PJ — (SALA 604)

1ª Câmara Reservada ao Meio Ambiente (sala 217/219 — 5ª feira — 9:30 horas — PJ)

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

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

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

CÂMARAS EXTRAORDINÁRIAS DE DIREITO PÚBLICO (Resoluções nº 652/2014 e 654/2014)

1ª Câmara Extraordinária de Direito Público (sala 217/219 — 3ª feira — 13:00 horas — PJ)

Desembargador RICARDO Henry Marques DIP***
Desembargador Pedro Cauby PIRES DE ARAÚJO
Desembargador VERA Lúcia ANGRISANI
Desembargador JOSÉ LUIZ GERMANO
Desembargadora LUCIANA Almeida Prado BRESCIANI

2ª Câmara Extraordinária de Direito Público (sala 504 — 5ª feira — 10:00 horas — PJ)

Desembargador Sérgio Godoy RODRIGUES DE AGUIAR
Desembargador Luiz Edmundo MARREY UINT
Desembargador PAULO Dimas de Bellis MASCARETTI***
Desembargador MAURÍCIO FIORITO**
Desembargador MARCELO LOPES THEODOSIO**

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

Desembargador EUTÁLIO José PORTO Oliveira
Desembargador MARCELO Martins BERTHE
Desembargadora MARIA LAURA de Assis Moura TAVARES
Desembargador CLÁUDIO ANTONIO MARQUES DA SILVA**
Desembargador RICARDO CUNHA CHIMENTI**

4ª Câmara Extraordinária de Direito Público (sala 504 — 5ª feira — 10:00 horas — PJ)

Desembargador ANTONIO Carlos VILLEN
esembargador Sergio COIMBRA SCHMIDT
Desembargador JOÃO NEGRINI Filho
Desembargador PAULO MAGALHÃES DA COSTA COELHO
Desembargador PAULO Sérgio Brant de Carvalho GALIZIA

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 (salas 201/203 — 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 (salas 217/219 — 2ª feira — 13:30 horas — PJ)

Desembargador Sérgio Jacintho GUERRIERI REZENDE
Desembargador IVAN MARQUES da Silva
Desembargador Antonio de ALMEIDA SAMPAIO
Desembargador FRANCISCO ORLANDO DE SOUZA
Desembargador ALEX TADEU MONTEIRO ZILENOVSKI***
Desembargador DINIZ FERNANDO FERREIRA DA CRUZ**

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 IVAN Ricardo Garisio SARTORI
Desembargador WILLIAN Roberto de CAMPOS
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 201/203 — 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
Desembargador LAURO MENS DE MELLO**

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 JAIR MARTINS
Desembargador CAMILO LÉLLIS dos Santos Almeida
Desembargador AMARO José THOMÉ Filho
Desembargador FERNANDO Geraldo SIMÃO
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 — 9:30 horas — PJ)

Desembargador José Orestes de SOUZA NERY
Desembargador Antonio ROBERTO MIDOLLA
Desembargador OTÁVIO HENRIQUE de Sousa Lima
Desembargador Antonio SÉRGIO COELHO de Oliveira***
Desembargador ROBERTO Caruso Costablle SOLIMENE
Desembargador LAERTE MARRONE DE CASTRO SAMPAIO**

10ª Câmara de Direito Criminal (sala 404 — 5ª feira — 9:30 horas — PJ)

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

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 Renato de SALLES ABREU Filho***
Desembargador ABEN-ATHAR de Paiva Coutinho

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 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

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 227 — 5ª feira — 13:00 horas — PJ)

Desembargador WALTER DE ALMEIDA GUILHERME
Desembargador Fábio POÇAS LEITÃO***
Desembargador José Antonio ENCINAS MANFRÉ
Desembargador RICARDO SALE JÚNIOR
Desembargador SWÉRGIO MAZINA MARTINS**

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 GUILHERME DE SOUZA NUCCI
Desembargador OSNI ASSIS PEREIRA**

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

1ª Câmara de Direito Criminal Extraordinária (sala 227 — 2ª feira — 13:30 horas — PJ)

Desembargador HERMANN HERSCHANDER
Desembargador Waldir Sebastião de NUEVO CAMPOS Júnior***
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 AGUINALDO DE FREITAS FILHO**
Desembargador EDUARDO CRESCENTI ABDALLA**
Desembargador LAERTE MARRONE DE CASTRO SAMPAIO**

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)

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
Iasin Issa Ahmed
Laerte Marrone de Castro Sampaio
Themístocles Barbosa Ferreira Neto
Osni Assis Pereira
Heloisa Martins Mimessi
Nazir David Milano Filho
Diniz Fernando Ferreira da Cruz
Sérgio Mazina Martins
João Batista de Mello Paula Lima
Sérgio Leite Alfieri Filho
Alfredo Attié Júnior
Euripedes Gomes Faim Filho
Júlio Cesar Spoladore Dominguez
Jairo Oliveira Júnior

DOUTRINA

A CRISE DO MUNDO CONTEMPORÂNEO SEGUNDO FÉLIX LAMAS E JUAN ANTONIO WIDOW

RICARDO HENRY MARQUES DIP
Desembargador do Tribunal de Justiça de São Paulo
Membro da Comissão de Jurisprudência e Supervisor da Biblioteca

Contentam-se estas linhas com o **registro** de **excertos** de dois estudos: o *Ensayo sobre el orden social*, de Félix LAMAS, e *El Hombre, animal político*, de Juan Antonio WIDOW. Trata-se de obras coetâneas: a primeira edição desse livro de WIDOW data de 1984, ao passo que a edição originária da mencionada obra de LAMAS é de 1985, da qual se encontra uma segunda edição extraída em 1990. Do livro de WIDOW expediu-se, em 2001, terceira edição, desta feita, na Argentina, porque as duas primeiras se fizeram no Chile.

No limite de uma exposição que pouco ou nada aconselha ultrapasse três quartos de hora e, ainda, presentes a largueza dessas duas obras (uma com 318 páginas, outra, a de WIDOW, com 440), e, sobretudo, a densidade de seu conteúdo, é manifesto que não se espera recenseá-las de um modo possivelmente mais completo, de sorte que esta apreciação é forçosamente segmentar e trata apenas de percorrer alguns dos temas versados nesses livros.

A clave da escolha para a apreciação desses temas foi a da **crise do mundo contemporâneo**, segundo as notas com que a consideraram LAMAS e WIDOW, tomando essa crise, essencialmente, como **rompimento da ordem natural e da tradição**. Vale dizer, a crise contemporânea como o apogeu de um ciclo histórico-cultural que, desde a Idade Moderna, se impôs como "ruptura da Tradição" (L-91[1]), pondo-se em divórcio com "os princípios da civilização

1 As citações referem-se às páginas da 2ª edição do *Ensayo* (Buenos Aires: Instituto de Estudios Filosóficos Santo Tomás de Aquino, 1990; citar-se-ão, antes do número das páginas, **L** para esse livro de LAMAS, e **W** para o *El Hombre, Animal Político* de WIDOW, que se citará pela 3ª edição (Buenos Aires: Nova Hispanidad, 1995).

clássica, da ordem natural e da Revelação Cristã" (L-83).

Félix Adolfo LAMAS nasceu na cidade argentina de Rosario, no dia 2 de dezembro de 1944, concluindo, em 1967, a graduação em Direito, na Universidade Católica Argentina, pela qual se doutorou em 1983. Seu conhecimento e experiência no direito tributário —tanto a experiência da advocacia, quanto a do magistério— atraíram sua contratação para redigir anteprojetos de Códigos Tributários das Províncias argentinas de Corrientes e San Juan, além de anteprojetos de Códigos do mesmo ramo jurídico para a República Argentina e Honduras. Professor Titular de Filosofia do Direito na graduação e na pós-graduação da Universidade Católica de Buenos Aires, LAMAS é também professor convidado da pós-graduação da Faculdade de Direito de Padova, na Itália, e autor de numerosos livros e artigos sobre matéria de direito positivo e de filosofia do direito. Entre seus mestres devem contar-se Luiz LEGAZ Y LACAMBRA e Francisco ELÍAS DE TEJADA.

Juan Antonio WIDOW ANTONCICH nasceu na cidade chilena de Valparaíso, em 1936, e foi na Universidade Católica local que se graduou em Filosofia, vindo a doutorar-se, na mesma ciência, pela Universidade Complutense, de Madrid, defendendo tese, orientada por Antonio MILLÁN PUELLES, sobre "La cuarta vía de Santo Tomás". Professor titular de Metafísica e Filosofia Política na Universidade Católica de Valparaíso, teve por seu grande mestre o Padre chileno OSVALDO LIRA, a quem se atribui a retomada da tradição hispânica no Chile.

O *Ensayo sobre el orden social*, de Félix LAMAS, divide-se em quatro partes: Introdução, Livros I e II e Conclusão. A Introdução apresenta capítulo único, intitulado "Crise, revolução e tradição". O Livro I —com o título "Da ordem social corporativa à crise social de nossos dias"— tem quatro capítulos: (1) "A ordem social da cristandade medieval"; (2) "O mundo moderno e a quebra da ordem social cristã"; (3) "O regime demoliberal-capitalista"; (4) "Críticas e reações contra o regime demoliberal-capitalista". O Livro II — com a designação: "Os estratos da ordem social"— também conta com quatro capítulos: (1) "O homem e a vida social"; (2) "O matrimônio e a família dentro da ordem social de liberdades concretas"; (3) "A ordem política"; (4) "A ordem internacional".

A versada obra de WIDOW —*El Hombre, Animal Político*—, que ostenta o subtítulo "El orden social: principios e ideologías", divide-se também em quatro partes. A primeira, com a denominação "Fundamentos", contém seis

itens: (1) “Pessoa e sociedade”; (2) “Bem comum”; (3) “Autoridade, potestade e governo”; (4) “Liberdade”; (5) “Ordem natural”; (6) “Cristianismo e sociedade”. A segunda parte, com o nome “A ordem política”, também apresenta seis itens: (1) “A sociedade política”; (2) “A vida política”; (3) “A ordem política”; (4) “A legitimidade do governo”; (5) “Formas de governo”; (6) “Participação na ordem política”. A terceira parte —“A ordem econômica”— tem três itens: (1) “Economia e sociedade”; (2) “A ordem econômica”; (3) “O trabalho humano”. A quarta e última parte do livro —“Os sistemas ideológicos”— possui oito itens (o último agregado à terceira edição da obra): (1) “A ideologia”; (2) “O liberalismo”; (3) “Gênese e desenvolvimento do liberalismo”; (4) “A ideologia democrática”; (5) “A democracia cristã”; (6) “A democracia socialista”; (7) “O marxismo-leninismo”, e (8) “A ideologia depois da União Soviética”.

A CRISE DO MUNDO CONTEMPORÂNEO

Parece que a Introdução do referido livro de Félix LAMAS também se acomoda à estudada obra de WIDOW: trata-se ali de um texto denso e rigorosamente fundamentado sobre a idéia e o vulto da crise contemporânea, e acerca dos conceitos de revolução e de tradição.

Um largo e instigante excerto da encíclica *Ubi Arcano Dei Consilio*[2], do Papa PIO XI, inaugura o livro, anunciando a grave crise do mundo contemporâneo, crise que LAMAS considera uma *conversio ad mortem* de toda a humanidade (L-15): muitos hoje se perguntam não só sobre o sentido da vida —porque já se desorientaram de sua resposta—, mas também **se a vida tem sentido** (L-15). Sindicar o sentido da vida é averiguar-lhe a estrutura inteligível, o modo de ser do homem, em síntese: seu **destino** (L-16), porque a natureza (a humana também) é a mesma forma substancial, enquanto inclinada a seu acabamento perfectivo —é dizer, à sua enteléquia (L-16-7, nota). O destino do homem, registra LAMAS, não é o que, vulgarmente, se reputa “aquilo a que ele chega”, mas, de modo preciso, aquilo a “que está o homem chamado” (L-17-nota): **Deus**, **causa eficiente e final** de todo o universo criado (L-17-nota), é o destino (ou fim) último do homem, embora esse destino ou fim compreenda também fins (ou bens) intermédios, ordenados, ao modo de meios, àquEle destino final (L-17).

O que confere resposta à indagação sobre o sentido da vida humana, diz

2 http://www.vatican.va/holy_father/pius_xi/encyclicals/documents/hf_p-xi_enc_19221223_ubi-arcano-dei-consilio_it.html.

LAMAS, é, pois, o destino ou fim do homem —aquilo que pode satisfazer sua **natureza sobreelevada**—, e o infinito valor desse destino é o fundamento da dignidade humana (L-17), à qual, todavia, cabe ainda agregar a *ratio meritii* —a ordem dos méritos, quer naturais, quer sobrenaturais (*de congruo* e *de condigno*: é dizer, de conveniência e por justiça —L-17-8).

Como visto, para LAMAS, a **crise** contemporânea é de tal modo grave que chega ao ponto de afetar o sentido da própria vida humana (L-18). Por mais que, em rigor, prossegue LAMAS, a crise esteja no pecado —como afronta da lei de Deus e *conversio ad creaturam* (L-19)—, não parece convir simplificar-lhe a verdadeira caracterização, quando se trata —com a lição de Guido SOAJE RAMOS[3]— de um amplo **desenraizamento do homem**, que perdeu a noção do ser, da conexão com a realidade em que vive, com as pessoas com as quais convive e, sobretudo, perdeu a religação com o Absoluto Pessoal de que sua vida e seu dinamismo perfectivo dependem (L-21).

Essa grave subversão —"inversão de uma hierarquia dentro da ordem" (L-20-nota)—, consiste, no plano religioso, continua LAMAS, na perda do sentido da transcendência: ainda entre aqueles que preservam alguma forma de vida religiosa, prevalece uma concepção imanentista e antropocêntrica (L-21), em que, relegado a uma esfera secundária, Deus é submergido na vida social ou na interioridade do indivíduo (a idéia do Deus-no-homem: L-21), quando não se declara a incognoscibilidade de Deus (agnosticismo), ou a irrelevância de seu conhecimento pelo homem (indiferentismo), ou a alheação de Deus à história e ao governo do mundo (deísmo) —indiferentismo e deísmo que são atitudes presentes na ideologia liberal (L-21-2). Ao par dessas posições, avistam-se ainda a negação formal e explícita de Deus (ateísmo) e as crenças em deuses mutilados —caricaturas do Deus Uno e Trino verdadeiro (L-22). Daí que "o ódio à Igreja de Cristo —diz Félix LAMAS—, ódio que hoje parece recrudescer nas ditas correntes não cristãs seja, em realidade, ódio a Deus mesmo, na medida em que a Igreja é a depositária da Revelação e como que um prolongamento da Encarnação do Verbo" (L-22).

A perda do sentido da religação com a Transcendência obscurece a resposta sobre o destino do homem, e com a perda da noção de seu fim perfectivo, os homens se vêem desamparados do modelo e das normas que deveriam conduzir

Acesso ao Sumário

3 O texto, citado por LAMAS, foi extraído do *Curso de Ética* de SOAJE RAMOS. Soaje (1920-2005) foi Presidente do Instituto de Filosofia Prática, de Buenos Aires, Professor da Universidade Nacional de Cuyo (Mendoza), da Universidade Católica Argentina e da Universidade chilena de Valparaíso, tendo ainda lecionado no Brasil (Rio Grande do Sul).

suas ações na vida social: esse é o aspecto moral —e também o jurídico— da crise contemporânea (L-22-3), que abrange toda a cultura (tudo aquilo que o homem acrescenta com sua atividade ao *datum* natural —L-31), consagrando a "primazia da praxis poiética sobre a praxis moral, a verdade prática e a especulação" (L-24).

Já na ordem política, diz LAMAS, a crise contemporânea é, sobretudo, de legitimidade, porque o poder político "carece de justificação racional e histórica e de um consenso pacífico (…), fundado na tradição" (L-25), e, por sua vez, na ordem social, essa crise se manifesta por uma "crua irracionalidade" e pela "confusão sofística das ideologias" (L-24), ameaçando destruir essa ordem.

A crise do mundo contemporâneo, prossegue esse autor, é, pois, "ruptura dos vínculos reais da vida humana" (L-25), e é assim que se concerta precisamente com a idéia de **revolução**, porque a **Revolução** é "uma ruptura das formas ou estruturas fundamentais de um sistema social, cultural, político, religioso, etc." (L-25); é uma rebelião contra a ordem do ser, da verdade e do bem (L-25), guardando **entre si** as diversas revoluções históricas (a Americana, a Francesa, a Russa) e todos os processos revolucionários modernos e contemporâneos "**uma profunda e misteriosa coerência**" (L-25): por isso mesmo, diz LAMAS, pode compreender-se como a pugna entre o liberalismo e o socialismo seja apenas **relativa**, ou seja, lançada dentro de **lindes comuns**, uma batalha entre uma etapa já esgotada do processo revolucionário e outra ainda pujante (L-25-6).

Ante o fato da desordem, da crise, da desorientação, ainda é inevitável a pergunta: "de onde viemos e aonde vamos?" (L-26-7), e a resposta a essa interrogação está sujeita a alternativas: ou continuaremos no processo revolucionário cuja história mais próxima vem do Renascimento, ou bem, havemos de restaurar as raízes tradicionais, em consonância com as exigências dos novos tempos (L-27). Não há meio termo: o que não se pode, conclui LAMAS, é viver sem destino, isto é, **viver sem nenhum sentido** (L-27):

"(…) quem queira compreender —e, mais ainda, mudar— esta realidade de fatos afrontosos contra Deus e a natureza espiritual do homem, quem queira ter uma sabedoria prática e, de conseguinte, eficaz, deve voltar os olhos à Verdade dos princípios" (L-110).

É o mesmo que dizer: restaurar as raízes da tradição. Tradição é entrega de algo a alguém, é uma dação no tempo (L-27), uma transmissão que não é mecânica, porque antes supõe que ao patrimônio recebido se agregue o

Acesso ao Sumário

contributo da geração donatária. Por isso, a tradição é "um processo contínuo e vivo" (L-28), e se a história é o passado que, de algum modo, se torna presente, a tradição "é precisamente o que torna presente o acontecimento pretérito" (L-28). De fato, não haveria **linguagem**; não haveria **ciência**; não haveria **técnica**; não haveria **costumes sociais**; não haveria **belas-artes**; não haveria **educação**; não haveria **cultura** —nada disso haveria se não se dera o processo de que a linguagem, a técnica, os costumes, as belas-artes, a educação, a cultura são frutos a que cada geração dá e deu contributo para formar (L-28). Se o homem é um animal histórico e social é porque é um "animal tradicional" (L-29).

Não se trata, porém, de uma entrega e recepção ao modo cego de um **mero fato** —p.ex., o tradicionalismo sociológico francês de Charles MAURRAS—, mas de uma tradição que constitui **reta razão histórica** (L-16), ou seja, de uma tradição que é **ação humana**, e, por isso, tradição verdadeira, na medida em que a ação seja moralmente boa (L-29).

A tópica revolucionária exalta o moderno, o novo, o atual, pelo mero fato de ser atual, moderno e novo (L-30), e chega mesmo a exigir que toda argumentação se dirija a um suposto auditório universal cético, agnóstico ou relativista, sob pena da pejoração de dogmatismo. Esse tópico era já o da sofística e contra ele combateram SÓCRATES e PLATÃO (L-30-1). Ao revés, partir de fontes tradicionais —tal se deu na Escolástica e, sobretudo, com S.TOMÁS DE AQUINO (L-30-1-nota)— é a forma de chegar a posições legitimamente originais, remata LAMAS.

SOCIEDADE E ORDEM NATURAL

A **ruptura com a ordem da realidade** —sinopse da crise contemporânea— avista-se já com a falsa perspectiva de uma sociedade referida a um homem completo e autônomo (W-19) e passa ao largo, dirá Juan Antonio WIDOW, de que a geração do homem "é já um fato social" (W-19). Se, de um lado, o indivíduo humano tem, desde sua concepção, uma natureza humana "completa e perfeitamente definida" (W-20), tudo o que esse indivíduo pode chegar a ser —até mesmo o começo de sua existência individual— ele "o logra apenas por sua dependência de outros" (W-21). O homem é "pessoa em razão de sua natureza, que não é definida pela sociedade, nem a esta se submete" (W-21), mas, em sua existência concreta, o homem recebe de outros homens "as perfeições a que pode aspirar", o que constitui "o viver mesmo em sociedade" (W-21). Assim, se a dignidade própria da pessoa humana é, em sua raiz, um

Acesso ao Sumário

atributo natural, ela se submete à lei que emana da própria natureza: os atos pelos quais os homens se relacionam em sociedade "não são 'livres', no sentido que se costuma dar modernamente a essa palavra, qual o de "ausência de toda necessidade proveniente do fim" (W-22). Ao revés, é a **natureza** do homem que lhe impõe obrigações na vida desse todo potestativo moral que é a sociedade, é dizer, um todo social humano em que "as partes realizam de diversa forma a perfeição que, potencialmente, radica na natureza humana" (W-27).

O bem da sociedade —o bem comum ou bem de todas as partes da sociedade (W-31)— é, pois, **não** o bem de um **todo integral**, em que as partes se agregam materialmente, mas o **bem de um todo potestativo**, a que as partes se ordenam por meio de atividades que, efetuadas de maneira diversa, conduzem ao bem das próprias partes (W-32). O bem do todo moral potestativo, diz WIDOW, corresponde ao aperfeiçoamento de suas partes, e é a **natureza humana** o "princípio da operação comum" (W-33), de tal sorte que o bem real do homem é "a razão de ser sociedade" (W-33). Assim, o bem comum da sociedade, embora não seja um bem particular, é um **bem próprio das partes** (W-34), é um **bem pessoal** (W-37).

O homem possui uma **natureza definida** (W-65), o que significa dizer que o homem tem limites e condições de existência (W-65). A necessidade que a natureza impõe à atuação livre do homem é o que se designa por **lei natural** (W-67), cuja observância —para o homem— exige "consecução voluntária e livre" (W-67), porque, ao contrário do que ocorre com os animais brutos, o homem pode, de fato, "contrariar sua própria natureza em sua conduta: o paradoxo de um homem desumanizado não é absurdo" (W-67).

A crise, ruptura com a realidade, é ruptura já com a ordem natural, e essa ordem, prossegue WIDOW, com o reconhecimento de certos valores naturais —como o caráter **pessoal** do homem e sua liberdade—, foi destacada pelo Cristianismo, na medida em que a salvação dos homens supõe "aceitação voluntária para aplicar-se à pessoa" (W-81). Por isso, "a vida do cristão não fica subtraída (…) das exigências da ordem natural" (W-81), e a graça sobrenatural "necessita da natureza para nela crescer": "a ordem natural —diz WIDOW— não é uma espécie de base sobre a qual se deposita algo que lhe é alheio" (W-81-2); a graça não destrói a natureza, mas, supondo-a, aperfeiçoa-a: "por isso, sendo necessária a **vida em sociedade** para a perfeição natural dos homens, **a vigência e a observância de sua ordem própria, de suas leis, é exigência imposta pelo fim sobrenatural** a que (os homens) tendem pela Redenção de

Acesso ao Sumário

Cristo" (W-82[4]).

A CIDADE DO CRISTIANISMO E A RUPTURA MODERNA

O Cristianismo, desfia LAMAS, **já realizou historicamente sua cidade** com o corporativismo medievo, que é "uma espécie de *organicismo social*" (L-48), típico "da civilização medieval, entendida (…) como expressão da Cristandade, equivale a dizer, como encarnação histórica, cultural e política da Fé Católica" (L-48). A um organicismo exacerbado —assim o de PLATÃO (L-55-7)— sobreveio um organicismo moderado (por analogia de proporcionalidade metafórica) que ARISTÓTELES ensinou (L-57-60) e foi legitimamente adotado, como sistema social histórico, pela *Universitas Christianorum* medieval (L-48-50 e 62-4), cujos fundamentos principais são o **teocentrismo** (L-64-6), a **descentralização** ou pluralidade de competências (L-67-8) e a afirmação da **ordem** (é dizer, o **reconhecimento da diversidade**: "a Idade Média era inimiga da uniformidade, da igualdade abstrata e rasteira, das confusões de estatutos e planos, da massa" —L-66; a assinação de que **cada coisa esteja no lugar que lhe corresponda**: "A Cristandade é profundamente hierárquica" —L-67; a asserção da unidade do conjunto: "Uma só cabeça no espiritual. Um só Imperador do Ocidente. Uma só Fé. Uma cultura vária e una por sua vez, porque únicos eram os princípios desde os quais ela se construía" —L-67; a **dependência de Deus, de Sua Lei Eterna e da Tradição** —L-67).

A Cristandade, prossegue Félix LAMAS, atingiu sua culminância durante o Medievo, mas não a ponto de forjar uma ordem perfeita (L-80), imunizada de "debilidades e misérias" (L-81), porque, "no seio mesmo do Ocidente nascente, crescia também o inimigo que buscava destruí-lo" (L-80). Inimigo surgido em forma de heresias, dissensões teológicas e filosóficas, "em especial as correntes nominalistas e voluntaristas" (L-80):

"As lutas de predomínio político, as tensões entre o Império e o Papado, e a falta de unidade frente ao inimigo comum, criaram as condições da quebra política de ordem medieval. Mas, sobretudo, a cegueira diante do avance voraz do poder financeiro e usurário permitiu aos inimigos da Cristandade instituir um novo regime social" (L-81-2).

Já no século XIV avistava-se um novo modo de estimar as virtudes

4 O realce gráfico não é do original.

Acesso ao Sumário

principais (W-99): as antigas virtudes do cavaleiro medieval —"cuja vida tem sentido na entrega ao bem comum mais alto" (W-99)— cedem passo às virtudes do comerciante, "às do homem honesto nos negócios" (W-99). Na medida em que o papel do governo é garantir as virtudes cidadãs, a mudança do conceito de vida virtuosa implicará mudança na concepção política: já não surpreenderá que, no século XVII, a política tenha como objetivo único "preservar o bem privado das pessoas" (W-100).

No domínio especulativo, o voluntarismo exagerado e o nominalismo "fizeram entrar em crise a Escolástica" (L-83); o homem já não intentará entender o mundo, mas, isto sim, buscará "tornar a criá-lo" (W-238); no plano religioso, a Reforma protestante "rompeu a unidade da Fé e da Igreja" (L-83) e levará a uma consagração da subjetividade e da autonomia absoluta dos homens (W-240): o centro da ação redentora parece trasladar-se de Deus ao homem (W-240-1); no âmbito político, a paz de Augsburgo[5] e a de Westfália[6] redundaram em que o Império "perdeu sua função política unificadora da Europa" (L-84), além de admitir-se a separação entre a política e a moral (W-100); no campo geral da cultura, o Renascimento importou no repúdio da Escolástica e da Tradição e em um naturalismo paganizante, ao passo em que a Reforma, de modo paradoxal, como fruto de um sobrenaturalismo exacerbado, levou a um "novo espírito secularizante" (L-84). A política exterior desvinculou-se da moral, gerando um nacionalismo egoísta que, na esfera econômica, "encontrou expressão doutrinária no mercantilismo" (L-84):

"Finalmente, as revoluções americana e francesa constituíram o marco derradeiro de divisão do Ocidente e de destruição da Cristandade, porque, com a crise das legitimidades monárquicas, terminaram de derrubar-se as últimas muralhas que protegiam a ordem social tradicional" (L-84).

Chega-se, pois, ao **antropocentrismo** —prescinde-se do sobrenatural (quando muito se admite um "Deus relegado ao papel de um princípio longínquo" —L-84); ao **voluntarismo extremado**, que dá culminância à tese escotista de "as coisas não serem queridas por Deus pela razão de serem boas, mas de serem boas porquanto queridas por Deus" (L-88), a resultar na negativa

5 A Paz de Augsburgo, firmada em 25 de setembro de 1555, estabeleceu a tolerância oficial quanto aos luteranos, consagrando a política *cuius regio, eius religio*, de sorte que a religião do príncipe-eleitor da região seria a de seus súditos. As consequentes divisões religiosas implicaram a fragmentação política do Império.

6 Trata-se de uma série de tratados que se celebraram em 1648, nas cidades de Münster e Osnabrück (Alemanha), debilitando o Sacro Império, ao conceder aos governantes germânicos o poder de determinar a religião oficial de seus territórios.

do reconhecimento "de uma ordem universal dotada de estabilidade e de uma certa necessidade intrínseca" (L-88); ao **contratualismo**, que substitui a idéia de fim natural pela de fim eletivo: os fins passam sempre a ser contingentes, de modo que a lei não é mais *ordinatio rationis*, senão que mero mandato voluntário (L-89); o direito não é mais a *ipsa res iusta*, mas uma simples faculdade moral ou poder subjetivo (L-89); a sociedade política, uma realidade a contratar-se, de maneira a-histórica (L-90-1); a razão, desencarnada da realidade ("com a qual o homem toma vitalmente contacto por meio da experiência" —L-92), perde-se em generalizações sem correlato com a estrutura do real: aporta-se no **abstracionismo** ("exorbitância ilegítima da abstração" –L-92), no **formalismo** (com que se "põe acento nas formas da vontade e do acordo, em detrimento da consideração dos objetivos de bondade ou de justiça" —L-92) e no **utilitarismo**, designadamente como forma de hedonismo sensualista ("a razão última do valor ou da bondade das coisas e das ações reside no prazer ou no gosto" —L-93), terminando por justificar o **maquiavelismo político**, em contraste com o qual todo apelo "a valores e normas absolutos tinha de ser reputado como 'fanatismo'" (L-93).

O REGIME LIBERAL E AS RADICALIZAÇÕES REVOLUCIONÁRIAS

É comum referir a democracia ateniense como um modelo da democracia liberal (L-111), com a reiteração da antiga controvérsia dos filósofos gregos em torno dos **tópicos sofistas**[7], reavivados com o liberalismo. Por isso, recorda LAMAS (111-2) que já ARISTÓTELES, contudo, distinguira, de um lado, a república (politéia) e, de outro, a democracia, na qual a lei, substituída por ditames passionais, não é soberana, e o povo se torna despótico[8]: lei é ordem, racional e imparcial, dirigida ao bem comum; por isso, o costume é a mais importante de suas fontes instituidoras, diante de sua resistência aos caprichos eleitorais (L-113-nota).

Acesso ao Sumário

Para LAMAS, a democracia liberal é o sistema político que mais congruência ostenta "com a mentalidade revolucionária e com os princípios de organização econômica que estão nas fontes dos tempos contemporâneos" (L-

7 Destacadamente, os tópicos do relativismo retórico (GÓRGIAS), do relativismo humanista (PROTÁGORAS), da força como título natural (CÁLICLES) ou como fundamento do direito (TRASÍMACO), do relativismo histórico, da democracia igualitária (ANTÍFON), do sentimentalismo ético, do utilitarismo ético, do individualismo, do ceticismo ético, religioso e metafísico (L-52-3).

8 □( ) tal democracia não é uma república, porque onde não mandam as leis, não ha república. A lei deve governar tudo, e os magistrados e a república devem decidir nos casos particulares□ (*Política*, 1292 a 30-1).

113). O primeiro dogma da democracia liberal é o de ser ele o único regime político legítimo (W-335), o que acarreta sua identificação com a "fonte mesma do poder" (W-335), dogma já enunciado por Jacques MARITAIN (*L'homme et l'Etat*, 1951; W-335-6), que considerava a democracia o caminho para o homem atingir a perfeição: para MARITAIN, a democracia assenta em que o povo tem "direito natural à plena autonomia ou de governar-se por si e a si", o que corresponde à tese da soberania popular, ou seja, de que o poder provém do povo (W-337). Segundo WIDOW, o fato de MARITAIN batizar com o adjetivo "cristão" as idéias políticas confessadamente provindas da filosofia oitocentista e da Revolução francesa, esse fato não retificou a índole dessas idéias (W-337-8), senão que aportou em um cristianismo que

"(…) não é o das virtudes teologais, o da Revelação divina e o da Redenção sobrenatural dos homens, mas o dos impulsos subjetivos que hão de traduzir-se em formas temporais, despojadas de toda referência explícita a uma ordem transcendente" (W-339).

Trata-se, nas idéias de MARITAIN, de um cristianismo aparentado com "o cristianismo difuso que está na origem do liberalismo" (W-339) e que conduzirá a uma fé cívica, a um credo humano comum —o credo da liberdade—, fé secular que concorre com a fé religiosa (W-340), fé civil a que MARITAIN empresta importância tamanha ao ponto de, com professada intolerância, apenas admitir, na tarefa de ensinar, mestres "capazes de jurar que crêem sinceramente em todos os dogmas da carta democrática" (*L'homme et l'Etat*, *apud* W-344).

Outros dogmas do sistema liberal são o **relativismo**, fundado em um agnosticismo acerca da verdade em geral e da verdade prática em particular:

"A democracia é essencialmente relativista: isto é assim desde seus obscuras origens sofistas. Nada há que seja em si mesmo seja bom ou mal, justo ou injusto, conveniente ou inconveniente para o Estado ou a Nação. Ao contrário, essas determinações axiológicas são discutíveis e relativas à decisão das maiorias" (L-114);

o **igualitarismo**, que, aparentado, ideologicamente, do individualismo, "confronta com uma experiência cotidiana: o *factum* da desigualdade" (L-116):

"Todos os homens são distintos uns de outros tanto em sua constituição psicofísica, quanto em suas aptidões e em sua personalidade ético-social. Essa

Acesso ao Sumário

desigualdade constitui a razão da diversidade de títulos que está no fundamento da justiça distributiva. (…) Em realidade, o que se quer dizer de verdadeiro ao afirmar a igualdade é isto: os homens, ainda sendo individualmente distintos, são *especificamente idênticos*; o que assegura um mínimo comum no tratamento jurídico a dispensar-lhes, determinado de forma proporcional em função de seus títulos concretos, constituídos por méritos adquiridos, capacidades e necessidades" (L-116-7);

o **individualismo** —que deriva do abstracionismo político que reduz a *polis* a "algo artificial e arbitrário" (L-118), e os homens, a "átomos de um corpo social que é fruto de uma agregação contratual" (L-118). Paradoxalmente, esse individualismo "conduz ao coletivismo, seja por meio de reação (esse é o caso do sociologismo e do marxismo), seja como consequência do desenvolvimento intrínseco do princípio" (L-119), tal se avista com a democracia do modelo de Rousseau, em que o conjunto abstrato de indivíduos aliena sua vontade em prol do todo:

"O resultado é que os indivíduos se despersonalizam em favor de um Estado onipotente; deixam de ser sujeitos de direito originários, porque transferem todo seu direito, para converter-se em sujeitos de direito por participação" (L-119);

o **libertarismo**, que consiste "na afirmação da liberdade igual e para todos os cidadãos" (L-120), uma liberdade abstrata, liberdade sem conteúdo, um conceito vazio:

"A liberdade, assim entendida, é óbvio que não pode constituir um princípio da uma ordem social. Ao contrário, em linha de coerência, ela conduz às posições anarquistas. E essa é precisamente uma das possíveis direções da ideologia libertária" (L-121).

Acesso ao Sumário

Aos frutos diretos da democracia liberal —centralização burocrática e totalitária (L-123-4), despotismo econômico (L-124), ausência de representatividade real (L-124-5), trânsito à demagogia (L-125-6), atomização social (L-127-9) e hegemonia do capital financeiro (L-130) — agrega LAMAS a tendência desse tipo de democracia à **centralização em escala mundial**:

"Pouco a pouco avança a teoria do Estado mundial, em que os homens seriam ainda mais abstratos, mais perdidos na imensidão de um uniforme e pavoroso anonimato, sem possibilidades de defesa frentes aos grandes

organismos técnicos. As ideologias sobre os direitos humanos, sobre a justiça universal revolucionária, sobre a redistribuição mundial das riquezas etc. vão servindo, dia a dia, para justificar intervenções descaradas nos assuntos internos das nações. E para todos esses fins a técnica é hoje o grande instrumento de dominação. Governa tanto a saúde física, quanto a mental, as reações coletivas a determinados estímulos, a ordem da vida e a procriação, a organização social, os mecanismos de repressão e delação etc." (L-131).

Entre as derivações radicalizadas dessa ideologia liberal —ideologia contraditória (L-137), portando em si própria os germes de sua destruição— contam-se o anarquismo (L-137-40) e o socialismo (L-141-9), o primeiro, uma "radicalização revolucionária do conceito de liberdade abstrata" (L-141), o segundo, símile radicalização do conceito de igualdade abstrata (L-141):

"O socialismo é uma etapa do processo revolucionário ocidental; e assim se apresenta explicitamente (…). Como tal, inclui certos postulados ideológicos comuns a todo o processo, a saber: imanentismo social, ateísmo —ou, quando menos, repúdio do cristianismo—, humanismo e fobia pelas hierarquias social, em especial as naturais. Coincide também com o anarquismo na crítica (interna, vale dizer, desde dentro do regime ou da mentalidade revolucionária) do capitalismo e, sobretudo, com a concepção deste último acerca da propriedade privada. A diferença fundamental entre ambos é a posição do problema da igualdade e da liberdade. Ao passo que para os anarquistas só pode assegurar-se a liberdade à custa da autoridade, para os socialistas só é possível a igualdade mediante o exercício enérgico da autoridade por parte de um governo revolucionário: a igualdade é fruto da uma igualação social e essa última não se dá espontaneamente, senão mercê de uma intervenção autoritária do Estado" (L-141-2)

UMA NOVA ETAPA DA REVOLUÇÃO

Desde 1990, diz Juan Antonio WIDOW, com a queda do bloco soviético, "as circunstâncias do poder ideológico variaram notoriamente" (W-407): a perda da base política, representada pela União Soviética, influiu na "ideologia por excelência, o marxismo-leninismo" (W-407), que, no entanto, não desapareceu, mantendo sua versatilidade e sua capacidade de conquista.

Desde a ofensiva ideológica em meados dos anos sessentas —com as

Acesso ao Sumário

teses de Herbert MARCUSE, passando pela reconhecida eficácia das vias revolucionárias que não transitam, necessariamente, pelo poder político (Antonio GRAMSCI), mas atacam, diretamente, as chamadas "superestruturas" (direito, moral, religião etc.)— até a eclosão, nos meios eclesiais, das profecias ideológicas de Karl RAHNER, Hans KÜNG e Edward SCHILLEBEECKX, por mais que as ebulições se tenham acalmado, "perduraram seus efeitos" (W-408), com a perda dos pontos fundamentais de apoio para a sociedade em geral, estendendo-se nela "as atitudes céticas e hedonistas, egoístas e materialistas, apóstatas e claudicantes" (W-408).

O processo subversivo da ordem natural e tradicional, prossegue WIDOW, longe de mitigar-se com a queda dos regimes políticos socialistas do oriente da Europa, mais se tornou eficaz em busca da meta de "destruir crenças, virtudes, instituições, etc., que sustentam, dando-lhe um esqueleto firme, a vida normal dos homens" (W-409). A propósito,

"(…) não é necessário procurar, para as múltiplas tendências revolucionárias que atuam em distintos planos da sociedade, uma direção e uma inspiração necessariamente unificadas. (…) É, em geral, a difusão, em muitos distintos planos e em diversos níveis ou categorias de instituições e de pessoas, da atitude ideológica enquanto tal, o que foi produzindo, de forma progressiva, um esvaziamento das mentes e uma anquilose das vontades" (W-409; desse esvaziamento, registra WIDOW, deriva a insensibilidade geral diante de tudo o que transcende a esfera do particular interesse material e da comodidade subjetiva).

Sustenta LAMAS que o mais oposto do socialismo não é o liberalismo, senão que o regime corporativo (L-142), porque o liberalismo é "não só a primeira ideologia na ordem da gestação, mas também a primeira na ordem da consumação: toda ideologia nasce dela e a ela retorna" (W-410). O que, sim, se opõe decisivamente ao socialismo e também ao liberalismo é "uma ordem social tradicional, de liberdades concretas, com hierarquias sociais naturais e de inspiração cristã" (L-142), razão do muro de silêncio, conclui LAMAS, que se ergue ao redor do ideário político da tradição.

Acesso ao Sumário

SEÇÃO DE DIREITO PRIVADO

Agravos de Instrumento

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2041687-69.2013.8.26.0000, da Comarca de Monte Aprazível, em que são agravantes GILBERTO BARRETA e JOSÉ VINHA FILHO, são agravados AGROINDUSTRIAL OESTE PAULISTA LTDA., DESTILARIA ÁGUA LIMPA S/A, FAZENDA DO ESTADO DE SÃO PAULO, SINDICATO DOS TRABALHADORES NAS IND. FAB. ÁLCOOL, QUÍMICAS E FARMACÊUTICAS DE SÃO JOSÉ DO RIO PRETO E REGIÃO, ORIDES HELENA CATAN PEREIRA, TIAGO AUGUSTO CATAN PEREIRA, FAZENDA NACIONAL, SAB TRADING COMERCIAL EXPORTADORA S/A, GRACE DO BRASIL LTDA., MILTON JORGE CASSEB, ANTÔNIO SANT'ANA NETO, ARI AZEVEDO MAGALHÃES, ANTONIO CELSO PINATO, CARLOS PINATTI, JAIME CAVALCANTE, CESARIO FERNANDES DE TOROS e JOSÉ ALEXANDRE MENDES.

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 25.944)**

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

São Paulo, 12 de maio de 2014.

SÁ DUARTE, Relator

Ementa: CONCURSO DE CREDORES - Ação de consignação em pagamento de parcelas devidas por conta de contrato de arrendamento de um parque industrial e outras avenças - Disputa entre terceiros sobre a importância depositada que caberia à credora da consignante - Créditos relativos a honorários advocatícios - Equiparação aos créditos decorrentes da legislação do trabalho ou do acidente de trabalho, de modo a preferir ao crédito tributário, nos termos

Acesso ao Sumário

do artigo 186, do Código Tributário Nacional - Não cabimento - Precedentes do Superior Tribunal de Justiça - Agravo de instrumento não provido.

VOTO

Cuida-se de agravo de instrumento interposto contra r. decisão que, em sede de ação de consignação em pagamento das parcelas devidas por conta de contrato de arrendamento de um parque industrial e outras avenças, indeferiu o pedido dos agravantes de levantamento do seu crédito relativo a honorários advocatícios, determinando a sua inclusão no quadro geral de credores.

Os agravantes sustentam que entraram com pedido de habilitação de créditos no concurso de credores instaurado em face da devedora DESTILARIA ÁGUA LIMPA e, em razão do julgamento recente do Recurso Especial nº 1.377.764/MS, tendo como Relatora a Ministra NANCY ANDRIGHI, no qual se entendeu que os honorários advocatícios constituem verba com a mesma natureza alimentar dos créditos de origem trabalhista, postularam o levantamento da quantia referente aos seus honorários. Pugnam pela reforma da decisão agravada, com base nos diversos precedentes que colacionam, ressaltando que o novo Código de Processo Civil, aprovado recentemente no Senado e na Câmara dos Deputados, é expresso em atribuir aos honorários advocatícios os mesmos privilégios dos créditos trabalhistas. Requerem a concessão do efeito suspensivo.

Foi indeferido o efeito suspensivo, seguindo-se contraminuta apenas dos agravados Destilaria Água Limpa S.A., Milton Jorge Casseb, Antônio Sant'Ana Neto e Fazenda Nacional.

É o relatório.

A pretensão recursal não merece acolhida.

Instaurado concurso de credores da ré DESTILARIA ÁGUA LIMPA S.A. nos autos da ação de consignação em pagamento, pretendem os agravantes a habilitação do seu crédito (R$ 1.694.547,12, atualizado até 31.10.2013) relativo a honorários advocatícios, com o mesmo privilégio absoluto conferido aos salários, sobrepondo-se, dessa forma, aos créditos de natureza tributária.

O D. Juízo "*a quo*", entretanto, afastou tal pretensão, determinando a inclusão do crédito, mas apenas com privilégio geral.

A decisão agravada deve ser mantida pelos seus próprios fundamentos, na medida em que, como bem anotado pelo D. Juízo "*a quo*", prevalece no Superior Tribunal de Justiça, a quem cabe a última palavra em matéria de interpretação da legislação federal, o entendimento de que não obstante a natureza alimentar dos honorários advocatícios, não se equiparam aos créditos trabalhistas, de modo que não estão albergados pela exceção prevista no artigo 186, do Código

Acesso ao Sumário

Tributário Nacional, mesmo porque referido dispositivo legal não se refere a créditos alimentares em geral, mas especificamente a "*créditos decorrentes da legislação do trabalho ou do acidente de trabalho*".

Acresça-se que, além dos precedentes colacionados na decisão agravada, a matéria foi objeto de discussão no referido Tribunal em julgamentos recentes, inclusive em sede de embargos de divergência com o fim de uniformizar a jurisprudência daquela E. Corte. Veja-se:

> PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA. CRÉDITOS DECORRENTES DE HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. PRIVILÉGIO EM RELAÇÃO AOS CRÉDITOS TRIBUTÁRIOS. INEXISTÊNCIA. PRECEDENTES DA CORTE ESPECIAL. SÚMULA 168/STJ. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO. **I - Em julgados da Corte Especial, uniformizou-se a jurisprudência deste Tribunal no sentido de que o crédito decorrente dos honorários advocatícios, não obstante possuir natureza alimentar, não se equipara ao crédito trabalhista, razão pela qual não há como prevalecer sobre o crédito fiscal.** II - Nos termos da Súmula 168/STJ, "Não cabem embargos de divergência, quando a jurisprudência do tribunal se firmou no mesmo sentido do acórdão embargado.". III - Agravo regimental desprovido. (AgRg nos EREsp 1219939/RS, Rel. Ministro GILSON DIPP, CORTE ESPECIAL, julgado em 05/06/2013, DJe 12/06/2013).
>
> TRIBUTÁRIO. PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NOS EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM RECURSO ESPECIAL. DECISÃO UNIPESSOAL QUE NEGA SEGUIMENTO AO RECURSO APÓS O JUÍZO DE ADMISSIBILIDADE. CABIMENTO. CRÉDITOS DECORRENTES DE HONORÁRIOS. PRIVILÉGIO. INEXISTÊNCIA. PRECEDENTE DA CORTE ESPECIAL. AGRAVO NÃO PROVIDO. (...) **4. "Não obstante possua natureza alimentar e detenha privilégio geral em concurso de credores, o crédito decorrente de honorários advocatícios não precede ao crédito tributário, que sequer se sujeita a concurso de credores e prefere a qualquer outro, seja qual for o tempo de sua constituição ou a sua natureza** (artigos 24 da Lei 8.906/94 e 186 do CTN)" (EREsp 1.146.066/PR, Rel. p/ acórdão Min. FRANCISCO FALCÃO, Corte Especial, DJe 13/4/12) 5. Agravo regimental não provido. (AgRg nos EREsp 1068449/RJ, Rel. Ministro ARNALDO ESTEVES LIMA, CORTE ESPECIAL, julgado em 17/12/2012, DJe 01/02/2013).

Diante disso, correto o indeferimento da pretensão dos agravantes de pagamento do seu crédito juntamente com os créditos de natureza trabalhista e acidentária.

Igual solução foi adotada no julgamento do agravo de instrumento nº 0132995-94.2011.8.26.0000, por esta mesma Câmara, em que outros advogados figuraram como agravantes.

Por fim, o novo Código de Processo Civil, ainda em gestação no Congresso

Acesso ao Sumário

Nacional, não tem, obviamente, aplicação à espécie.

Isto posto, voto pelo não provimento do recurso.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2031368-08.2014.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que são agravantes IMOBILIÁRIA E CONSTRUTORA LUTFALLA S/A, LEONARDO HALIM KALIL KEHDI e CONVERSÃO 1993, é agravado ASSOCIAÇÃO DE DEFESA DA MORADIA DO PARQUE RECANTO COCAIA.

ACORDAM, em 4ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 29019)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores ENIO ZULIANI (Presidente), TEIXEIRA LEITE e FÁBIO QUADROS.

São Paulo, 26 de junho de 2014.

ENIO ZULIANI, Relator

Ementa: AGRAVO DE INSTRUMENTO - Decisão que estendeu os efeitos da sentença coletiva para as demandas individuais. Manutenção. Segurança jurídica. Uniformidade das decisões judiciais. No intuito de se evitar que haja diferentes decisões para situações equivalentes é que não se vislumbra razoabilidade de se aplicar literalmente o art. 104, do CDC. O magistrado, na ação coletiva, determinou que todas as ações individuais ficassem paralisadas até o deslinde daquela e não houve qualquer insurgência dos litigantes individuais. Gleba originalmente disputada foi desfigurada pela implantação de um loteamento, alienado a terceiros de boa-fé e que hoje se transformou num imenso bairro com vias públicas e diversas residências. Recurso não provido.

Acesso ao Sumário

VOTO

Vistos.

Agravo tirado pela IMOBILIÁRIA E CONSTRUTORA LUTFALA

S/A E OUTRO, nos embargos de terceiros manejados contra ASSOCIAÇÃO DE DEFESA DA MORADIA DO PARQUE RECANTO COCAIA, contra o despacho de fls. 17/18 o qual **estendeu os efeitos da sentença transitada em julgado, em fase de sua liquidação, para todos os moradores nos embargos individuais que tramitam na mesma vara e sobre o mesmo objeto.**

Em suma, a controvérsia do presente agravo teve origem em embargos de terceiro julgados procedentes ajuizados por ASSOCIAÇÃO DE DEFESA DA MORADIA DO PARQUE RECANTO COCAIA contra IMOBILIÁRIA E CONSTRUTORA LUTFALLA S/A, para excluir da execução de sentença da ação reivindicatória os associados da autora, relacionados às fls. 45-56. Fê-lo a r. sentença, sob o argumento de que o réu, ao contestar a ação intempestivamente, tornou-se revel, devendo ser presumidos verdadeiros os fatos alegados pelo autor. A sentença foi confirmada pela 4ª Câmara de Direito Privado, em acórdão assim ementado:

> ***EMBARGOS DE TERCEIROS EM AÇÃO REIVINDICATÓRIA. Ação reivindicatória ajuizada em 1982 apenas em face de um casal. Embargantes que não foram citados em aludida ação e são promitentes compradores de boa-fé de lotes de terreno, onde construíram suas moradias. Bairro com milhares de famílias, implantado sobre o imóvel reivindicando. Embargados revéis, o que faz presumir verdadeiros os fatos alegados na inicial, inclusive que a área ocupada pelos associados que se encontra fora do perímetro delimitado no laudo pericial da referida ação reivindicatória. Função social da propriedade. Direito fundamental à moradia de milhares de adquirentes de boa-fé. Exclusão dos associados da autora da execução de sentença da ação reivindicatória. Sentença de procedência da ação mantida. Recurso não provido.***

Registre-se o objeto da demanda consiste em uma gleba, que foi loteada e negociada para centenas de adquirentes de boa-fé, que lá construíram suas residências e estabelecimentos comerciais e que hoje existe um bairro inteiro, completamente sedimentado e ocupado por milhares de pessoas, entre as quais os embargantes, que compraram e pagaram inteiramente o preço de seus imóveis a quem se intitulava proprietária da gleba e implantou o empreendimento. E como bem finalizou o relator Francisco Loureiro: *"Portanto, presumindo-se a veracidade dos fatos alegados na inicial, têm os embargantes mais de vinte anos de posse contínua, sem oposição dos embargados e com ânimo de donos. Na realidade, a posse se tornou justa, porque os moradores, pela usucapião, já adquiriram a propriedade a título originário. Em suma, não há o que alterar na sentença recorrida, que deu correta solução à lide"*.

A agravante se insurgiu contra o despacho aduzindo que houve preclusão consumativa "*pro judicato*"; que a tutela jurisdicional tem pertinência subjetiva apenas com as pessoas relacionadas na petição inicial; que não havia

Acesso ao Sumário

litispendência entre as demandas.

Contraminuta às fls. 111/127.

É o relatório.

Preclusão é fenômeno de segurança jurídica (art. 473, do CPC) e atua contra as partes, sendo restrita a sua incidência em relação aos juízes. Isso porque a atividade do magistrado é guiada pelo interesse público e quando há um enorme e múltiplo interesse, como esse relacionado com a vida e patrimônio de centenas ou milhares de pessoas (incluindo os familiares), é legítima atuação voltada a cumprir a efetividade da jurisdição, de forma confiável e econômica, produzindo uma decisão (incidental) capaz de conciliar os interesses individuais com valores fundamentais e que passam, inclusive, pela valorização da função social da propriedade. O Juízo não decidiu, antes, que seria impossível ampliar o campo da coisa julgada construída nos embargos, o que permite que, agora, essa amplitude se reconheça e seja aplicada, como o foi.

A decisão agravada deve ser mantida para que seja alcançada a esperada segurança jurídica. Agiu com acerto o magistrado quando estendeu os efeitos da sentença dos embargos originários, para os embargos individuais tirados pelos mesmos moradores e representados pela associação, ora embargada, prestigiando assim a uniformidade das decisões judiciais. Não teria sentido proteger uns e admitir a reivindicação contra outros quando todos estão posicionados na mesma linha de vínculo jurídico e com idênticas bases jurídicas.

Com o fito de se evitar que hajam diferentes decisões para situações equivalentes é que não se vislumbra razoalidade de se aplicar literalmente o art. 104, do CDC. É sabido que esse artigo tem como escopo proteger o interesse individual das pessoas que elegem a ação coletiva como meio para resolver seus conflitos. O magistrado, na ação coletiva, determinou que todas as ações individuais ficassem paralisadas até o deslinde daquela e não houve qualquer insurgência dos litigantes individuais.

Assim, no intuito de se evitar decisões conflitantes para situações equivalentes, já que a gleba originalmente disputada foi desfigurada pela implantação de um loteamento, alienado a terceiros de boa-fé, se transformou num imenso bairro com vias públicas, devidamente oficializadas e diversas residências, é que a decisão agravada deve ser mantida, buscando com isso que se dê a mesma decisão para todos os envolvidos.

Nega-se provimento.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2062699-08.2014.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é agravante LÚCIA DE CAMPOS FARIA, é agravado CARLOS ROBERTO ORTIZ NASCIMENTO.

ACORDAM, em 4ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento ao recurso. V.U. Acórdão com o revisor.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 21763)**

O julgamento teve a participação dos Exmo. Desembargadores TEIXEIRA LEITE, vencedor, ENIO ZULIANI (Presidente), vencido e FÁBIO QUADROS.

São Paulo, 24 de julho de 2014.

TEIXEIRA LEITE, Relator Designado

Ementa: AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO DE PARTILHA DE BENS DECORRENTE DA EXTINÇÃO DO CASAMENTO. Decisão que não aplicou a teoria da desconsideração da personalidade jurídica. Inconformismo. Reforma da decisão agravada. Recurso provido.

VOTO

Escrevo o v. acórdão por dever regimental, o que autoriza aproveitar o suficiente e minucioso relatório do digno Desembargador Sorteado.

"Cuida-se de recurso de agravo interposto por LÚCIA DE CAMPOS FARIA, tirado da ação de partilha dos bens comuns pela extinção do casamento com CARLOS ROBERTO ORTIZ NASCIMENTO, que indeferiu a aplicação da teoria da desconsideração da personalidade jurídica, considerando a d. Magistrada que o devedor possui bens em valor suficiente para garantir o crédito.

Em resumo, a agravante assevera que apresentou pedido de hipoteca judiciária, priorizando a incidência da garantia sobre o imóvel localizado no Estado de São Paulo. Aduz que o bem não se encontra detido diretamente pela pessoa física do agravado, mas pertence à empresa de sua propriedade, ressaltando a evidente confusão patrimonial. Alega que o pedido foi inicialmente deferido, contudo, posteriormente o entendimento foi revisto, ocasião em que o agravado foi intimado a apresentar esclarecimentos e avaliações idôneas sobre os imóveis por ele detidos, tendo requerido que a hipoteca somente incidisse

Acesso ao Sumário

sobre os imóveis localizados no Estado do Paraná. Aduz que as avaliações contêm vícios, porque os imóveis são mantidos em condomínio com familiares do agravado, o que diminui o valor apontado; que em razão do usufruto, as glebas vivem situação análoga ao condomínio; que alguns dos imóveis não se encontram com a situação registral regularizada; que outras áreas têm passivo ambiental e não são contíguas (com o que impossível de serem valoradas como um todo); que as áreas são objeto de contratos de arrendamento rural ou parceria e que o avaliador efetuou a apuração com base nos interesses do varão, não merecendo credibilidade. Impugna a avalição trazida pelo recorrido que não veio com a imparcialidade necessária e reforça a necessidade de aplicação do art. 50 do CC, mencionando que o varão vendeu um imóvel enquanto pendente a discussão sobre a hipoteca judiciária respectiva. Neste conjunto de ideias, requer a expedição de ofício aos registros de imóveis para a indisponibilidade dos bens, ou medida similar para preservar a efetividade de futura decisão que faça incidir a hipoteca sobre os imóveis detidos no Estado de São Paulo, e o provimento do agravo para que a penhora incida sobre os imóveis registrados pelas sociedades do agravado.

À fl. 556, no afastamento justificado deste relator, foi indeferida a antecipação de tutela pelo Des. MAIA DA CUNHA.

Intimado, o recorrido apresentou contraminuta às fls. 559/578, alegando que o agravo está mal instruído, pela ausência de cópia integral da matrícula dos imóveis, não devendo ser conhecido.

No mérito, afirmou que os bens perseguidos não pertencem a ele, mas às empresas que não fazem parte do polo passivo da ação, reforçando que possui bens em nome próprio, livres de ônus ou gravames e com valores suficientes para garantir a condenação, requerendo a cominação das penas por litigância de má-fé da recorrente, assim como o não provimento do agravo."

É o relatório.

Trata-se de recurso tirado de mais de, pelo menos, mais de dez anos de litígio entre ex-casal. E, a meu ver, apenas essa origem, se examinada com a certeza de que a discussão maior é sobre a partilha de numerosos e valiosos bens amealhados por longa união, celebrada sob o regime da comunhão universal, já é por demais suficiente para autorizar soluções menos formais pois, é inequívoco, muitas das situações aqui apresentadas conservam essa característica de serem excepcionais, o que remete a dificuldade encontrada para uma equilibrada divisão.

Ou seja, reconhecido o trabalho, investimento e talento durante anos, o fato é que o acervo foi construído durante o casamento e daí é que devem ser consideradas todas as operações necessárias a sua solução.

No momento, pendente recurso contra a determinação de pagamento da

Acesso ao Sumário

partilha em favor da agravante, o que se examina é a garantia dessa obrigação por hipoteca, pleiteada e, concedida.

É dizer, tal como o **Prof. Silvio Rodrigues**, que estamos diante da necessidade de vincular um bem à solução de uma dívida, portanto, *um acessório*. Daí, evidentemente, quer por princípios e doutrina, quer por orientação jurisprudencial, deve ser estabelecido em favor do credor, e não de devedor.

Nesse vértice, respeitados os judiciosos fundamentos das decisões proferidas nessa etapa da disputa patrimonial, não me parece razoável considerar parte de uma área que sempre foi administrada pelo agravado, o varão, detentor de 99% da pessoa jurídica titular dos direitos sobre ela, não possa ser gravada com hipoteca apenas por não estarem presentes os pressupostos da desconstituição da personalidade jurídica da empresa.

Como acima explicado, essa formalidade não traduz a realidade desse litígio e, muito menos, desse conceito propriamente dito **(cf. AI 555.784-4/4)**.

Mais ainda se considerado que os imóveis por ele oferecidos em substituição deste, se localizam em outro Estado, servem, apenas em parte, à exploração agrícola, além do que sobre metade deles, unidos fisicamente, mas de matrículas distintas, existe usufruto vitalício em favor de sua mãe.

Como se sabe, e essa é minha outra divergência com o D. Relator, o usufruto *"é direito real de grande abrangência, pois alcança todo o valor econômico da coisa, compatível com a conservação da propriedade"* **(cf. Prof. Silvio Rodrigues, Direito das Coisas, 28ª ed., Saraiva, pág. 296)**.

Ou seja, não há necessidade de prova da redução do valor de mercado de imóveis gravados com esse ônus.

E, no caso, cabe acrescentar a sua natureza, localização, restrições ambientais e, por fim, a subjetividade dos custos e expectativas acerca da exploração agrícola, aliás, o que se encontra nos laudos apresentados nos autos e suas críticas, técnicas ou não.

Portanto, essa acentuada controvérsia já é suficiente para orientar a conclusão de que a eventualidade da execução dessa garantia não seria uma questão simples, e rápida, tal como se espera da finalidade desse instituto.

A propósito, é da experiência comum que imóveis com restrições de usufruto e/ou condomínio, também de caráter ambiental, fiscal, geralmente não são atrativos a investidores, salvo se adquiridos ou arrematados por preço compatível para cobrir o que for necessário à solução desses entraves.

Portanto, melhor será separar imóveis que, de certo modo, já foram comuns (a agravante já recebeu por sua meação nessa empresa) gravando-os com hipoteca, evidentemente, respeitado o valor em discussão.

Nestes termos, voto pelo ***provimento do recurso***.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2060441-25.2014.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que são agravantes EUGÊNIO PINTO DE CAMPOS e NEUSA GALLARDI DE CAMPOS, é agravado MÁRIO LUIZ BONSIANI MOREIRA.

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 27.993)**

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

São Paulo, 11 de junho de 2014.

RUY COPPOLA, Relator

Ementa: Locação. Ressarcimento de danos, em fase de cumprimento de sentença. Bloqueio *on line*. Executados que se insurgem contra a decisão que indefere o desbloqueio de valores existentes em contas bancária. Acerto da decisão. Manutenção de saldo na conta corrente que descaracteriza seu caráter alimentar. Decisão que deve ser mantida. Recurso improvido.

VOTO

Vistos.

Trata-se de agravo de instrumento digital interposto por Eugênio Pinto de Campos e Neusa Gallardi de Campos, em ação de ressarcimento de danos que lhes move Mário Luiz Bonsiani Moreira, ora em fase de cumprimento de sentença, contra a r. decisão de fls. 126/127, que indeferiu o pedido de desbloqueio de valores.

Alegam os agravantes, em breve síntese, que tiveram os montantes de R$ 20.000,83 e R$ 1.841,21 respectivamente bloqueados em contas correntes de suas titularidades, sendo certo que tais contas, bem como os montantes consignados se referem aos seus benefícios previdenciários, bem como ajuda financeira da filha, conforme comprovam os extratos juntados e as declarações emitidas pelo

Acesso ao Sumário

Banco Santander, tratando-se de valores absolutamente impenhoráveis conforme determinação expressa no artigo 649, inciso IV, do Código de Processo Civil.

Recurso tempestivo e preparado.

A fls. 130 indeferi o pedido de efeito suspensivo ao recurso.

Ausente a resposta do agravado. (fls. 132)

É o Relatório.

Os agravantes se insurgem contra a r. decisão que indeferiu o desbloqueio dos montantes de R$ 20.000,83 e R$ 1.841,21, eis que tais valores se referem a benefícios previdenciários, bem como ajuda financeira da filha, ressaltando ainda que as transações bancárias indicadas pelo magistrado *a quo* foram realizadas entre as próprias partes, conforme corroboram os extratos bancários anexos.

No entanto, em que pesem as considerações tecidas pelos agravantes, não merece prosperar a insurgência.

Pelos extratos juntados a fls. 110/115 e 119/120, comprovaram os agravantes que parte do montante bloqueado se refere, de fato, a valores decorrentes de benefícios previdenciários; contudo, a não utilização integral de tais valores para sua subsistência e de sua família, afasta o caráter alimentar da verba e passa a ser considerado ativo financeiro totalmente passível de penhora.

No mesmo sentido, já decidiu o Superior Tribunal de Justiça:

"Em princípio é inadmissível a penhora de valores depositados em conta-corrente destinada ao recebimento de salário ou aposentadoria por parte do devedor. Entretanto, tendo o valor entrado na esfera de disponibilidade do recorrente sem que tenha sido consumido integralmente para o suprimento de necessidades básicas, vindo a compor uma reserva de capital, a verba perde seu caráter alimentar, tornando-se penhorável." (STJ Terceira Turma - RMS 25.397/DF Relatora Nancy Andrighi julgado em 14/10/2008).

E como bem destacou o douto magistrado a fls. 126:

"A análise dos aludidos documentos revela que ambas são utilizadas para a realização de diversas movimentações, tais como compras com cartão, pagamento e saques de valores. Além disso, os extratos registram várias transferências de valores provenientes de outras contas para as referidas contas (ou seja, os valores creditados não provêm exclusivamente de benefício previdenciário) e também direcionados delas para outras contas a indicar que não tem a finalidade que se quer fazer crer e que os valores existentes compõem, na verdade, reserva de capital. Assim, não incide a regra da impenhorabilidade prevista no artigo 649, inciso IV, do Código de Processo Civil, razão pela qual indeferido o desbloqueio dos valores".

Ademais, restou decidido por esta Câmara no **Agravo de Instrumento sob nº 0020146-14.2013.8.26.0000**, relatada pelo **Des. Luis Fernando Nishi**, em julgamento do qual participei que:

Acesso ao Sumário

"AGRAVO DE INSTRUMENTO - Bloqueio de numerário de conta-corrente onde o executado recebe os proventos de sua aposentadoria - Perda do caráter alimentar, em razão do não consumo integral para o suprimento de necessidades básicas, vindo a compor uma reserva de capital que atinge na hipótese montante considerável - Saldo credor penhorável - Agravo de instrumento improvido.

...

Ainda que o benefício legal da impenhorabilidade tenha como objetivo a preservação da subsistência do executado e de sua família, a manutenção de saldo considerável muito acima do benefício mensal percebido leva à certeza de que perdeu o seu caráter alimentar, disponível, destarte, para honrar compromissos inadimplidos, como é o caso vertente.

Assim, era imprescindível que o agravante fizesse prova concreta de que os valores penhorados nas referidas contas ainda guardariam natureza alimentar, juntando documentos relativos à sua movimentação financeira, tais como extratos, holerites, etc.

Isso porque, o dinheiro que remanesce em conta bancária além daquele correspondente aos proventos de sua aposentadoria ou outro rendimento de natureza alimentar, é presumidamente excedente às despesas porventura feitas com a sua sobrevivência ou assistência à sua família, sendo verdadeira sobra e, como tal, equiparável a qualquer sorte de bens passíveis de penhora, desnaturando a índole ostentada na origem.

...

Inequívoca a certeza de que, no momento do bloqueio judicial, tal saldo não mais se caracterizava como valor destinado à subsistência do beneficiário ou de sua família, perdida a característica da essencialidade, como forma de garantir-lhe a impenhorabilidade em execução judicial.

Constata-se, com efeito, que muito foi poupado dos excedentes não necessários na utilização em sua própria subsistência ou de sua família, tendo o próprio agravante nomeado os ativos bloqueados como *'reservas acumuladas'* (fl. 06).".

Assim, não convencendo as razões de inconformismo manifestadas pelos recorrentes, de rigor a preservação integral da r. decisão agravada.

Ante o exposto, pelo meu voto, **NEGO PROVIMENTO** ao recurso, nos termos acima alinhavados.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2065485-25.2014.8.26.0000, da Comarca de Pirajuí, em que é agravante TNL PCS S.A., é agravada MONICA MIRALES.

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 24950)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores GOMES VARJÃO (Presidente) e NESTOR DUARTE.

São Paulo, 16 de junho de 2014.

SOARES LEVADA, Relator

Ementa: Agravo de instrumento. Direito de vizinhança. Antecipação de tutela concedida em ação de obrigação de fazer. Limpeza de terreno onde situada torre de transmissão de sinal de telefonia celular e promoção de afugentamento de pássaros que se empoleiram na torre. Prova inequívoca dos fatos e da verossimilhança da alegação, tanto dos males causados pela falta de manutenção da limpeza quanto dos transtornos causados pelas aves, presentes nos autos. Tutela antecipada bem concedida para o momento processual. Recurso improvido.

VOTO

1. Trata-se de agravo de instrumento tirado de ação de obrigação de fazer fundada em direito de vizinhança, por meio da qual a autora da demanda, Monica Mirales, ora agravada, vizinha do terreno onde situada uma estação de rádio base de propriedade da ré, TNL PCS S/A, ora agravante, busca compeli-la a promover a manutenção da limpeza do local em que instalada a torre de transmissão de sinal de telefonia celular, bem como o afugentamento de pássaros que nela se empoleiram, além de vê-la condenada a pagar-lhe indenização material pela desvalorização que alega ter sido suportada por seu imóvel estar em terreno confrontante ao da antena, conforme aduzido na petição inicial.

O presente recurso é voltado a reformar a r. decisão monocrática copiada a fl. 54 e declarada a fl. 57 que, em sede de tutela antecipada, determinou à agravante que promovesse a limpeza do terreno apontado na peça vestibular e também providenciasse a instalação de aparelho para afastamento dos pássaros que se alojam na torre da antena, sob pena de pagamento de multa de R$ 500,00 por dia de descumprimento da ordem.

Alega a recorrente que a r. decisão é nula porque o d. juízo monocrático não teria especificado que aparelho deveria ser empregado para o afugentamento dos pássaros e que a providência de limpeza seria inócua ante a adoção de

Acesso ao Sumário

tal medida de modo periódico. Em suma, pugna pela revogação da medida combatida no julgamento do recurso.

Na decisão liminar do agravo, a fl. 247/248, foi negada a atribuição do efeito suspensivo ao recurso. Pedido de reconsideração rechaçado a fl. 251/252.

Recurso preparado e processado, mas sem resposta da parte agravada que se quedou inerte.

É o relatório.

Fundamento e decido.

2. O agravo não comporta provimento, "*data venia*".

Pois bem. Diante das provas acostadas aos autos, vislumbra-se a presença da prova inequívoca e da verossimilhança dos fatos alegados pela agravada, passíveis de gerar a decisão antecipatória mesmo diante da ausência da oitiva da parte contrária.

Necessário, outrossim, se faz analisar os requisitos autorizadores da concessão de medida antecipatória, valendo lembrar a lição de HUMBERTO THEODORO JÚNIOR:

"para qualquer hipótese de tutela antecipada, o art. 273, caput, do CPC, impõe a observância de dois pressupostos genéricos: a) prova inequívoca; e b) verossimilhança da alegação. Por se tratar de medida satisfativa tomada antes de completar-se o debate e instrução da causa, a lei a condiciona a certas precauções de ordem probatória. Mais do que a simples aparência de direito (fumus boni iuris) reclamada para as medidas cautelares, exige a lei que a antecipação esteja sempre fundada em 'prova inequívoca'... capaz, no momento processual, de autorizar uma sentença de mérito favorável à parte que invoca a tutela antecipada, caso pudesse ser a causa julgada desde logo" ("Curso de Direito Processual Civil Brasileiro", vol. II, Editora Forense, 23ª edição, 1999, p. 611/612).

No caso dos autos, a autora da demanda demonstrou de modo suficiente para a apreciação da tutela antecipada que o terreno lindeiro ao seu imóvel, onde instalada a antena da agravante, demanda a realização de limpeza periódica e que o empoleiramento de aves na torre da antena vem causando prejuízo até mesmo a sua saúde, conforme documentos acostados a fl. 84/106 e 117 destes autos eletrônicos.

Assim, para o momento em que o processo se encontra, a medida impositiva adotada pelo juízo monocrático foi acertada. Apesar de a agravante alegar que promove limpeza periódica no terreno, não explicou qual seria o lapso percorrido entre uma limpeza e outra. Cioso é notar que de acordo com as fotos acostadas a fl. 84/86, a agravante deve rever a periodicidade com que limpa o entorno da antena, justificando, por isso, a medida antecipatória adotada.

Acesso ao Sumário

De outro lado, no que se refere ao afugentamento das aves, nada obstante o juízo "*a quo*" tenha feito uso do termo "instalação de aparelho para afastamento das aves do local" (fl. 55), como dito no exame liminar do agravo, "a agravante deve entender que o cumprimento da ordem não significa apenas a instalação de um maquinário que cumpra esse papel de afastar os pássaros do local, pode-se também alcançar a finalidade mediante a utilização de meios químicos ou biológicos (uso de repelentes sintéticos ou naturais) que ao mesmo tempo não sejam perniciosos à saúde das aves e tampouco dos seres que estejam ao redor da antena" (fl. 248).

Entende-se, portanto, que a r. decisão agravada, da lavra do MM. Juiz Leandro Eburneo Laposta, por ora e diante dos elementos apresentados neste início da lide, não comporta reforma, tendo a agravante oportunidade para o exercício pleno do seu direito ao contraditório, nas fases ulteriores da demanda.

3. Pelo exposto, **nega-se provimento ao agravo.**

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2071794-62.2014.8.26.0000, da Comarca de Guaíra, em que é agravante INARA LACATIVA BAGATINI (ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA), é agravado CONRADO VITALI DE OLIVEIRA.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 8ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 28.102)**

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

São Paulo, 2 de julho de 2014.

SALLES ROSSI, Relator

Ementa: RESPONSABILIDADE CIVL - INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS – Tutela antecipada visando que o réu retire 'todos os textos publicados em seu *blog* e em sua página no *facebook*' aptos a causar à autora danos irreparáveis - Indeferimento - Ausência dos requisitos do art. 273 do CPC - Autora/agravante que sequer especifica as

Acesso ao Sumário

publicações supostamente ofensivas (à exceção de duas que, por seu turno, sequer indicam expressamente seu nome) - Pleito por demais genérico - Verossimilhança não caracterizada, tampouco a possibilidade de dano irreparável ou de difícil reparação - Decisão mantida - Recurso improvido.

VOTO

Cuida-se de Agravo de Instrumento interposto contra a r. decisão proferida nos autos da Ação de Indenização por Danos Morais que indeferiu pedido de tutela antecipada visando fosse o réu compelido a retirar '*todos os textos publicados em seu* blog *e em sua página no* facebook' que, segundo a inicial, se mostram aptos a causar danos irreparáveis à autora.

Inconformada, recorre a agravante, sustentando a necessidade de reforma da r. decisão recorrida, na medida em que o agravado, diariamente, posta em seu *blog* e página pessoal do *Facebook*, ofensas à imagem da recorrente, agredindo-a verbalmente, além de envolver sua família e amigos.

Prossegue a recorrente dizendo que tais ofensas vêm sendo praticadas pelo recorrido desde setembro de 2012, através de redes sociais, utilizando-se do blog referido, especialmente pelo *Facebook* que pode ser visualizado mundialmente. Que tal situação vem lhe causando toda sorte de constrangimentos, reiterando a presença dos requisitos para o deferimento da tutela antecipada. Pugnou pela concessão de efeito ativo e, ao final, o provimento recursal, antecipando-se a tutela, nos moldes da exordial.

O recurso foi recebido pelo despacho de fls. 89/93, sem a concessão do efeito postulado, dispensada a abertura de vista ao agravado para dizer em sede de contraminuta, eis que, àquela data, ainda não citado nos autos principais.

Requisitadas, as informações foram prestadas (fls. 99).

É o relatório.

Acesso ao Sumário

Em que pesem os argumentos expendidos pela agravante, na hipótese em exame, não se encontram preenchidos os requisitos autorizadores da concessão da tutela antecipada postulada (a fim de que o agravado seja compelido de retirar, dos respectivos *blog* e página pessoal mantida junto ao *Facebook*, textos que, segundo a inicial, apresentam conteúdo ofensivo à autora.

Como é sabido, não se pode prodigalizar a tutela antecipada, reiterando que, no caso em exame não se pode dizer estejam presentes, desde logo, os requisitos do artigo 273 do CPC.

Sobre o tema, bem se exprime ANDRADE MARQUES:

"A excepcionalidade de que se reveste a antecipação da tutela

exige do julgador equilíbrio e cautela, pois o devido processo legal não é compatível com a precipitação e a unilateralidade (cf. 'O JUIZ E A TUTELA ANTECIPADA', de JOÃO BATISTA LOPES, *in* Caderno de Doutrina APAMAGIS, pág. 19). A presteza da jurisdição veio para atenuar a demora na solução dos processos, mas não pode ser prodigalizada a ponto de ficar caracterizado o desrespeito a lei.

Para a antecipação exige-se o firme convencimento do Juiz a respeito da verossimilhança da situação jurídica exposta e da juridicidade da solução perseguida...".

Acerca da verossimilhança, 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."

No caso em exame, como bem observa a d. Magistrada de primeiro grau, o pleito é por demais genérico, conquanto a autora e aqui agravante sequer especifica as publicações que supostamente apresentariam teor ofensivo à sua pessoa. As únicas postagens que puderam ser identificadas (fls. 5/6 da inicial) nem ao menos indicam seu nome.

Exatamente por conta disso, reputo ausentes a verossimilhança e a possibilidade de dano irreparável ou de difícil reparação.

À vista do exposto, de rigor a manutenção da r. decisão recorrida que, com inteira pertinência observou acerca da inexistência de abuso na divulgação daqueles textos.

Decidindo caso similar, recente julgado desta 8ª Câmara de Direito Privado e Relatoria, extraído dos autos do Agravo de Instrumento nº 990.10.047795-1, conforme segue:

"**OBRIGAÇÃO DE FAZER - Tutela antecipada visando que os réus (veículos de comunicação), retirem dos respectivos *sites* informações ditas desabonadoras veiculadas à recorrente - Indeferimento - Ausência dos requisitos do art. 273 do CPC - Incontroverso que o baile de formatura organizado pela ré não se realizou na data aprazada - Matérias em comento**

Acesso ao Sumário

que, ademais, não podem ser consideradas difamatórias (já que se limitaram a noticiar o ocorrido, transcrevendo manifestações de inconformismo dos formandos) - Verossimilhança não caracterizada, tampouco a possibilidade de dano irreparável ou de difícil reparação (já que as matérias versam sobre fato notório, ocorrido na cidade de Marília) - Decisão mantida - Recurso improvido."

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

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

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2061222-47.2014.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que são agravantes MARIA APARECIDA DE CAMARGO NADER (INVENTARIANTE) e ELÓDIA UCHÔA DE SOUZA CAMARGO (ESPÓLIO), é agravado O JUÍZO.

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 15.848)**

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

São Paulo, 7 de julho de 2014.

EDUARDO SÁ PINTO SANDEVILLE, Relator

Ementa: Inventário - Determinação de retificação do assento de óbito - Falecida desquitada que com o falecimento do ex-cônjuge passou a ser viúva - Desquite não rompia o vínculo matrimonial - Recurso provido.

Acesso ao Sumário

VOTO

Trata-se de agravo tirado contra decisão que, em inventário, determinou a retificação da certidão de óbito, perante o juízo competente, forte no argumento de desnecessidade de retificação, pois a falecida era viúva e o desquite do casal foi homologado em 02 de outubro de 1956, ocasião em que a sociedade conjugal só terminava pela morte de um dos cônjuges.

Recurso regularmente processado.

É o relatório.

Cuida-se de inventário dos bens deixados por Elódia Uchôa de Souza Camargo em que o magistrado determinou a retificação da certidão de óbito em que constou o estado civil de viúva.

Ao que consta Elódia Uchôa de Souza Camargo e Murillo de Souza Camargo casaram-se em 28 de dezembro de 1.933, sendo que em 02 de outubro de 1.956 foi homologado o desquite do casal.

Na data do óbito da Sra. Elódia o Sr. Murillo já havia falecido, portanto, constou de sua certidão de óbito o estado civil de viúva.

E o estado civil está correto.

O Sr. Murillo faleceu em 13.11.1973, época em que o vínculo matrimonial só se extinguia com a morte do outro cônjuge, nos termos do art. 315, I, do Código Civil de 1916.

Portanto, a mulher desquitada, cujo ex-marido falece será viúva, pois apesar do desquite o vínculo matrimonial não se rompia.

Cumpre ressaltar que a agravante já buscou a retificação do assento de óbito perante o 16º Oficial de Registro Civil Subdistrito - Mooca, São Paulo, SP, mas teve seu pedido indeferido.

Em face do exposto, dou provimento ao recurso.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2057049-77.2014.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que são agravantes PDG REALITY S/A EMPREENDIMENTOS E PARTICIPAÇÕES e JARDIM DAS VERTENTES INCORPORADORA SPE LTDA., são agravados DANIELLA FERNANDES e JOÃO PAULO CANDIDO.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 2ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 18322)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores NEVES AMORIM (Presidente) e ALVARO PASSOS.

São Paulo, 10 de julho de 2014.

JOSÉ CARLOS FERREIRA ALVES, Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: AGRAVO DE INSTRUMENTO - Compromisso de compra e venda - Tutela antecipada - Congelamento de saldo devedor - Ausência do requisito do *periculum in mora* - Questão patrimonial, que pode ser recomposta ao final da lide - Decisão reformada - Recurso provido.

VOTO

RELATÓRIO.

1. Trata-se de agravo interposto por PDG Reality S/A Empreendimentos e Participações e Jardim das Vertentes Incorporadora SPE Ltda. contra a r. decisão digitalizada às fls. 40/41 que, nos autos da ação de indenização por dano moral ajuizada pelos agravados, Daniella Fernandes e João Paulo Candido, deferiu a tutela antecipatória para o fim de compelir *a ré a suspender a correção monetária do saldo devedor do contrato firmado entre as partes, a partir do mês de maio de 2013 até noventa dias da expedição do "habite-se".*

2. Inconformadas, sustentam as agravantes, em síntese, que *a correção monetária não é penalidade, mas tão somente atualização do poder aquisitivo da moeda, que tem por finalidade conservar o valor do capital aplicado pelo empreendedor*. Alegam que a manutenção da r. decisão agravada implicará desequilíbrio contratual, com severos prejuízos aos responsáveis pela construção do empreendimento e, de outro lado, enriquecimento indevido dos agravados. Pedem a concessão de efeito suspensivo, bem como que ao final seja dado provimento ao seu recurso.

3. O agravo foi recebido com efeito suspensivo (decisão de fls. 174/176). As informações judiciais foram prestadas às fls. 179/181. Intimados, os agravados deixaram transcorrer *in albis* o prazo para resposta.

FUNDAMENTOS.

4. O recurso merece provimento.

5. Nesta sede de cognição sumária, própria de recurso interposto contra decisão interlocutória, o que se deve perquirir é se estão presentes os requisitos necessários para a concessão da antecipação dos efeitos da tutela jurisdicional (art. 273 do Código de Processo Civil), sob pena de pré-julgamento da ação.

6. E no caso concreto, respeitado o entendimento do D. Juiz *a quo*, a pretensão dos autores/agravados carece do requisito do *periculum in mora*, mormente porque a questão dos autos é eminentemente patrimonial e pode ser recomposta ao final da lide, em perdas e danos.

7. Além do mais, a correção monetária não representa *plus* ou penalidade, tampouco se confunde com a mora, de maneira que o seu "congelamento" injustificado não se sustenta.

Acesso ao Sumário

8. Assim, ausentes os requisitos necessários para a concessão da liminar combatida, de rigor o provimento do recurso.

9. Diante do exposto, pois, pelo meu voto, DOU PROVIMENTO ao recurso, nos termos da fundamentação supra.

10. Na hipótese de apresentação de embargos de declaração contra o presente acórdão, ficam as partes intimadas a se manifestar, no próprio recurso, a respeito de eventual oposição ao julgamento virtual, nos termos do art. 1º da Resolução nº 549/2011 do Órgão Especial deste E. Tribunal, entendendo-se o silêncio como concordância.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2035446-45.2014.8.26.0000, da Comarca de Jaú, em que são agravantes G.V.S.N., A.L.S., G.L.S.N. e C.J.S. (REPRESENTANDO MENOR(ES)), é agravada I.C.P.F.S..

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 7092)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores SALLES ROSSI (Presidente sem voto), SILVÉRIO DA SILVA e HELIO FARIA.

São Paulo, 29 de julho de 2014.

PEDRO DE ALCÂNTARA DA SILVA LEME FILHO, Relator

Ementa. Alimentos. Execução. Pedido de expedição de ofícios ao Serasa e SPC para inserção do nome da executada no cadastro de inadimplentes. Indeferimento. Medida cabível e perfeitamente adequada, tendente a compelir a devedora a cumprir com as obrigações alimentares assumidas. Decisão reformada. Agravo provido.

VOTO

Agravo de instrumento interposto contra decisão (fls. 65) que, em ação de em execução de alimentos movida pelas agravantes, menores impúberes, em face de sua genitora, indeferiu pedido liminar de expedição de ofícios aos órgãos de proteção de crédito (Serasa e SPC), para inserção do nome da executada no

Acesso ao Sumário

cadastro de inadimplentes.

Os agravantes, inconformados, buscam a reforma, insistindo na possibilidade de inserção do nome da executada nos cadastros dos órgãos de proteção ao crédito.

Conferida a antecipação da tutela recursal, e sendo impraticável a contrariedade, ante a ausência de citação, impositivo o pronto julgamento.

É o relatório.

Respeitando as doutas opiniões em contrário, entendo que o recurso merece provimento.

Trata-se de execução de alimentos aforada em 13/05/2013, postulando o pagamento das prestações alimentícias vencidas desde março de 2011 a abril de 2013, que totalizavam, à época, R$ 4.567,25, bem com as vincendas, sob o rito do art. 732, cumulado com o art. 475-J, do CPC.

Em razão da não citação da executada, o MM. Juiz *a quo* determinou a pesquisa no sistema Infojud em relação ao seu CPF; o bloqueio judicial *on line*, via Bacenjud, bem como a expedição de ofício à CEF para que procedesse à transferência do valor de eventual saldo do FGTS, vindo resposta do bloqueio de R$ 53,87 (fls. 48/52).

Persistindo a executada no descumprimento de tais obrigações e inexistindo resposta positiva a todas as outras buscas por bens e valores passíveis de constrição, entendo possível que os exequentes se utilizem de todas as medidas cabíveis para o recebimento do crédito de alimentos, inclusive a inscrição do nome da devedora nos cadastros do SPC e do SERASA.

Nesse sentido, o v. acórdão da lavra do eminente Desembargador CAETANO LAGRASTA (Agravo de Instrumento nº 990.10.096175-6, j. 10.11.2010, v.u.), assim vazado:

"Conforme expressado na decisão que concedeu a liminar, existe projeto de lei encaminhado por esta Relatoria ao Senador Eduardo Suplicy, que o encampou, sob o nº 405/2008, dispondo sobre a inscrição do devedor de alimentos no rol dos inadimplentes. Há também Projeto de Resolução de Protesto de Título Judicial do devedor de alimentos, encaminhada pela Coordenadoria de Projetos Especiais e Acompanhamento Legislativo do Tribunal de Justiça ao exame da respectiva Presidência.

Soma-se, ainda, os Provimentos em vigor nos Tribunais de Justiça dos Estados de Pernambuco (03/2008) e Goiás (08/2009), que permitem ao credor levar a protesto a sentença proferida em ação de alimentos.

Assim, comportam acolhida as ponderações da i. Defensora, no sentido de que o débito alimentar, por sua natureza, é cercado de especificidades e de ampla gama de meios executórios, visando atender ao interesse prioritário dos

Acesso ao Sumário

alimentandos, notadamente em se tratando de menores.

Acresce que, dentre as justificativas elencadas na elaboração do projeto de lei supra referido, enfatizou-se: a adoção desse sistema por diversos países, inclusive latino-americanos; o número de feitos originários interpostos somente perante o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo - com evidente repercussão nos tribunais superiores, a alimentar a crise de celeridade por que passa o Judiciário; a insatisfação do credor, em geral filhos menores, ante a utilização de expedientes processuais colocados à disposição do devedor, com prejuízo dos princípios de rapidez e economia processuais, impedem o regular acesso a uma ordem jurídica justa, ante a reiteração dos recursos; as formas de tornar inviável a ameaça de prisão (art. 733, do CPC) e forrar-se o devedor ao pagamento durante anos, com prejuízo à subsistência da família, e, por fim, a necessidade de cadastrar e dificultar movimentação do devedor de alimentos, equiparando-o a qualquer devedor na esfera civil".

Ademais, tratando-se de direito fundamental dos alimentandos, existindo permissão legal para o mais (prisão do devedor de alimentos), não é razoável que se indefira o menos (inscrição do nome no cadastro de inadimplentes).

Logo, merece reforma a decisão.

Ante o exposto, meu voto dá provimento ao recurso.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2039996-20.2013.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que são agravantes MARIA ANGELA LEITE JÚLIO (INVENTARIANTE) e GERALDO FERNANDES PEREIRA (ESPÓLIO), é agravado CONDOMÍNIO EDIFÍCIO VILA NOVA.

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 9.222)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores SALLES ROSSI (Presidente sem voto), HELIO FARIA e LUIZ AMBRA.

São Paulo, 13 de agosto de 2014.

THEODURETO CAMARGO, Relator

Ementa: NULIDADE - CUMPRIMENTO DE SENTENÇA - PENHORA - IMPUGNAÇÃO COM

Acesso ao Sumário

PEDIDO DE SUSPENSÃO DO PROCESSO - COMUNICAÇÃO DA MORTE DO EXECUTADO FEITA SÓ DEPOIS DA ORDEM DE PAGAMENTO - FALECIMENTO OCORRIDO APÓS A PROLAÇÃO DA R. SENTENÇA MAS ANTES DO V. ACÓRDÃO - COMUNICAÇÃO QUE PODERIA TER SIDO FEITA PELO ADVOGADO DA PARTE - IMPOSSIBILIDADE DE RECONHECIMENTO DA INVALIDADE REQUERIDA PELA PARTE QUE LHE DEU CAUSA - INTELIGÊNCIA DO ART. 243 DO CPC - DECISÃO MANTIDA - RECURSO DESPROVIDO.

VOTO

Cuida-se de agravo de instrumento interposto contra a r. decisão reproduzida às fls. 512, que rejeitou a impugnação de fls. 361/523 e determinou o prosseguimento do feito.

Irresignados, recorrem os requeridos pugnando pela concessão de efeito suspensivo e pela reforma da r. decisão. Afirmam que ocorreu cerceamento de defesa, na medida em que, a despeito de ter ocorrido o óbito do requerido, não foi realizada a substituição processual pelo espólio, causando prejuízos à defesa deste último. Pugnam pelo reconhecimento da nulidade processual.

O pedido de concessão de efeito suspensivo foi indeferido (fls. 515/517).

É o relatório.

1.- SÍNTESE DA DEMANDA - Trata-se de recurso tirado contra r. pronunciamento proferido em ação de indenização por danos morais ajuizada pelo Condomínio Edifício Vila Nova em face Geraldo Fernandes Pereira, ora em fase de cumprimento de sentença, que julgou improcedente o pedido (fls. 243/246), mas foi reformada em grau de recurso, que acabou acolhendo a pretensão deduzida na inicial (fls. 277/285).

Iniciado o cumprimento de sentença (fls. 291/294) com a determinação de intimação do executado para pagar o valor devido (fls. 297), o exequente noticiou o falecimento do executado, requereu a alteração do polo passivo da lide e, por fim, indicou à penhora os direitos que o espólio detém sobre o imóvel matriculado sob o nº 77.797 no 14º CRI da Capital (fls. 307/309).

Intimada da penhora (fls. 358), a inventariante apresentou impugnação alegando que a suspensão do curso do processo deveria ter-se efetivado quando da morte do executado, em 04 de março de 2008; houve nulidade do processo em razão da não formação do litisconsórcio passivo necessário e também por cerceamento de defesa, pois o espólio ficou impedido de sustentar oralmente,

Acesso ao Sumário

apresentar embargos de declaração e recorrer para os Tribunais Superiores (fls. 360/383).

O MM. Juiz de primeiro grau rejeitou a impugnação apresentada pelo espólio (fls. 512).

2.- DO MÉRITO RECURSAL - O recurso não comporta provimento.

Consoante observado anteriormente, "Restou comprovado nos autos que o falecimento do executado se deu em 04 de março de 2008, consoante certidão de óbito de fls. 444, ou seja, após a prolação da r. sentença (fls. 243/246), da apresentação das razões e das contrarrazões de apelação (fls. 251/259 e 266/269), bem como da distribuição da apelação ao d. des. Sebastião Garcia (fls. 274)."

"Como o demandado estava representado pelo advogado Celio Antonio Rocco Vieira desde a contestação (fls. 156/165), cumpria a ele, o quanto antes, levar o falecimento de seu cliente ao conhecimento do d. desembargador relator."

"Preferiu, no entanto, fazê-lo só em 13 de dezembro de 2012, por meio da petição reproduzida às fls. 307/309 deste instrumento, quando o feito já se achava na fase de cumprimento de sentença."

"Em consequência, forçoso é convir a nulidade não pode ser decretada."

"Afinal, a regra inscrita no art. 243 do CPC impede que a invalidade não pode ser requerida pela parte que lhe deu causa."

"A propósito, já se decidiu que não deve ser declarada a nulidade quando a parte a quem possa favorecer para ela contribuiu, abstendo-se no momento oportuno (RSTJ 12:366 e JTJ 165:206, ***apud*** THEOTONIO NEGRÃO, JOSÉ ROBERTO FERREIRA GOUVÊA e LUIS GUILHERME AIDAR BONDIOLI. Código de Processo Civil e Legislação Processual em Vigor. 43ª ed., São Paulo: Ed. Saraiva, 2011, p. 345, nota 2 ao art. 243)."

3.- CONCLUSÃO - Daí por que se nega provimento ao recurso.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2085418-81.2014.8.26.0000, da Comarca de Osasco, em que é agravante TV ÔMEGA LTDA., é agravado CARLOS ANTÔNIO AZEVEDO DE SOUZA.

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 14/14198)**

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

Acesso ao Sumário

São Paulo, 22 de agosto de 2014.
MIGUEL BRANDI, Relator

Ementa: Agravo de instrumento - Ação de indenização por danos morais - Denunciação da lide - Decisão que indeferiu o pedido - Recurso da interessada - Alegação de que o programa objeto da demanda teria sido idealizado e produzido por terceiro, que seria contratualmente responsável por eventuais danos decorrentes de seu conteúdo - Descabimento - Cláusula contratual invocada pela parte que não estabelece a responsabilidade da produtora, mas sim a necessidade de prévia aprovação técnica e artística de cada episódio pela agravante - Ausência dos pressupostos do art. 70, inciso III, do CPC - Decisão mantida - AGRAVO DESPROVIDO.

VOTO

Agravo de instrumento, com pedido de efeito suspensivo, tirado em ação de indenização por danos morais ajuizada pelo agravado em face da agravante em que, pela decisão de fl. 95 (fl. 119 do agravo), restou indeferido o pedido de denunciação da lide, sob o fundamento que "a transcrição da cláusula contratual (pg. 49) deixa claro que a denunciada se responsabiliza pelo pagamento referente à contratação de pessoal mas nada diz sobre a responsabilidade pelos prejuízos causados a terceiros".

Sustenta a agravante, em síntese, que o programa que veiculou a imagem do agravado (*Operação de Risco*) seria "idealizado, roteirizado e produzido" pela empresa *Medialand Produção e Comunicação Ltda.*, razão pela qual seria desta a responsabilidade por todo e qualquer conteúdo exibido no programa, o que estaria inclusive previsto no contrato celebrado entre elas, não juntado em sua integralidade em razão "cláusula de sigilo e confidencialidade". Nesse sentido, estariam presentes os requisitos do art. 70, inciso III, do Código de Processo Civil, sendo devida, portanto a denunciação da lide.

Pugna pela concessão de efeito, suspendendo-se a decisão e, ao final, pede o provimento do recurso, com o deferimento da denunciação da lide postulada. Documentos às fls. 10/126.

Despacho inicial à fl. 128, negando o efeito postulado.

Não foi apresentada contraminuta (fl. 130).

É o relato do essencial.

Acesso ao Sumário

O agravo não merece provimento.

Questão singela: em ação de indenização por danos morais ajuizada pelo agravado em face da emissora de TV agravante, o primeiro alegou a exposição não autorizada e vexatória de sua imagem em programa exibido pela última, denominado *Operação de Risco*, postulando o ressarcimento cabível.

A emissora agravante, por sua vez, em prefacial de contestação, denunciou à lide a empresa *Medialand Produção e Comunicação Ltda.*, sob o fundamento de que esta teria "idealizado, roteirizado e produzido" o programa, sendo sua, portanto, a responsabilidade por eventuais danos causados a terceiros.

A cláusula do contrato celebrado entre agravante e a produtora audiovisual invocada, contudo, não permite dessumir a assunção da responsabilidade desta na veiculação do conteúdo do programa; ao revés, reforça ser da agravante a aprovação final dos episódios.

Transcreve-se a cláusula em questão, para explicitar o alegado:

"CLÁUSULA V - DAS OBRIGAÇÕES DA PRODUTORA

V.1. Entregar à REDE TV no prazo máximo de 60 (sessenta) dias após a assinatura do presente instrumento, o primeiro episódio do PROGRAMA, e os demais episódios do PROGRAMA com antecedência de 1 (uma) semana da data prevista para a exibição de cada um deles, totalmente finalizados, com abertura, trilhas, mixagem, edição de áudio, narração, bumper in, bumper out e pacote gráfico completo pronto, dentro das seguintes especificações técnicas: Linear Tape-Open.

V.2. Arcar integralmente com o ônus oriundo da contratação de pessoal de produção, técnico e artístico necessário à realização do PROGRAMA, ou seja, todas as pessoas que direta ou indiretamente tiverem de prestar serviços ou realizar tarefas necessárias a realização/gravação do PROGRAMA, responsabilizando-se inteiramente pelo pagamento de suas remunerações, salários, comissões, bonificações, encargos sociais, tributos, etc.

V.3. Solicitar o Certificado de Produto Brasileiro (CPB) junto à Agência Nacional do Cinema - ANCINE, e disponibilizar cópias dos certificados à REDE TV.

CLÁUSULA VI - DAS OBRIGAÇÕES DA REDE TV!

VI.1. Proceder a exibição do PROGRAMA, nos termos, datas e horários constantes do presente instrumento, sendo-lhe vedado a edição ou cortes, desde que o programa já tenha sido aprovado pela área técnica e artística da REDE TV!" (grifou-se).

A mera literalidade do dispositivo contratual é estreme de dúvidas ao não estabelecer, em nenhum momento, a responsabilidade da produtora por

Acesso ao Sumário

eventuais danos causados por seu conteúdo, sendo certo, ademais, que os programas passam por prévia aprovação técnica e artística da agravante antes de serem exibidos, tal como inequivocamente dispõe a cláusula seguinte, retro transcrita.

Não preenchidos, portanto, os requisitos do art. 70, inciso III, do CPC, o indeferimento desta modalidade de intervenção de terceiros foi medida acertada, impondo-se sua manutenção.

Por todo o exposto, pelo meu voto, **NEGO PROVIMENTO** ao agravo.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2066819-94.2014.8.26.0000, da Comarca de São Bernardo do Campo, em que é agravante CONDOMÍNIO GOLDEN SHOPPING SÃO BERNARDO DO CAMPO, são agravados EDSON SCHIAVINATTO e SANDRA MARIA BARREIROS SCHIAVINATTO.

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 29.477)**

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

São Paulo, 25 de junho de 2014.

FELIPE FERREIRA, Relator

Ementa: AGRAVO DE INSTRUMENTO. DESPESAS DE CONDOMÍNIO. COBRANÇA. Mesmo em caso de citação ficta na fase de conhecimento, desnecessária a intimação pessoal dos devedores na fase de executiva para efetuarem o pagamento do débito, bastando a intimação dos curadores especiais nomeados. Inteligência do artigo 475-J do CPC. Decisão reformada. Recurso provido.

Acesso ao Sumário

VOTO

Trata-se de agravo de instrumento contra a r. decisão copiada às fls. 16/17, que em ação de cobrança de despesas de condomínio, ora em cumprimento de sentença, reconheceu a nulidade dos atos do procedimento da fase de efetivação

do título judicial, desde a intimação dos requeridos pelo Diário da Justiça e determinou o recolhimento das despesas para a realização de pesquisa de endereços dos demandados pelo sistema BACENJUD/INFOJUD no prazo de 10(dez) dias.

Pleiteia o agravante a reforma da decisão alegando, em síntese, que desde a propositura da ação, os agravados já se encontravam em local incerto e não sabido, sendo que realizou todas as diligências possíveis para a localização dos mesmos e não obteve sucesso. Aduz que à época em que tentou localizar os requeridos não existiam os sistemas Bacenjud, Infojud e Renajud. Salienta que após o esgotamento de todas as tentativas para a localização dos réus, foi determinada a citação por Edital, com as observações do artigo 233 do CPC e nomeação de curador especial para a defesa e representação nos autos.

Enfatiza que a sentença foi proferida em audiência, com a presença dos defensores dos agravados, tendo sido julgada procedente a ação de cobrança que posteriormente transitou em julgado. Esclarece que iniciada a execução da sentença, foi determinada a realização de penhora em razão da falta de pagamento voluntário da dívida. Entende que foi ignorada a disposição contida no artigo 598 do CPC, de modo que sendo o réu revel, desnecessária sua intimação na fase de execução (art. 475-J do CPC), até mesmo porque os agravados foram devidamente representados nos autos pelos curadores nomeados. Assim, não há qualquer nulidade na fase de execução da sentença, devendo ser reformada a r. decisão agravada, prosseguindo-se os atos anulados, com a consequente adjudicação dos bens penhorados.

Apresentada a contraminuta apenas pela agravada Sandra Maria, encontra-se o recurso em termos de julgamento.

É o relatório.

O recurso merece prosperar, ressalvado o entendimento do ilustre magistrado de primeiro grau.

Revendo meu posicionamento anterior, nos parece que, de fato, é desnecessária a intimação pessoal do réu na fase de execução de sentença, mesmo que seja este assistido por curador especial em razão da citação por Edital.

Com o advento da Lei nº 11.232/05, visando dar maior celeridade ao cumprimento da sentença, cabe ao executado satisfazer de forma voluntária o contido no julgado.

E, neste passo, a forma voluntária diz respeito à desnecessidade de provocação da parte vencida para cumprimento da obrigação após o trânsito em julgado da sentença, quando existir advogado representando o executado, mesmo que tenha sido nomeado como curador especial que, a rigor, não possui vinculação pessoal com a parte assistida.

Acesso ao Sumário

Isto porque, se os requeridos foram citados por Edital é porque se esgotaram todos os meios possíveis para a tentativa de localização dos mesmos, de modo que, nesta fase processual (fase executiva), onde o legislador se preocupou em dar maior celeridade para possibilitar que o credor venha a receber os valores que lhe são devidos, não nos parece que seja imperiosa a intimação pessoal do executado, em razão da citação ficta, para o cumprimento do julgado.

Assim, impor a necessidade de intimação pessoal do réu na fase de execução por conta de ter sido citado por Edital e assistido por curador especial fere o disposto na Lei nº 11.232/05, bastando, assim, a intimação dos agravados na pessoa de seus curadores especiais para o cumprimento do julgado nos termos do artigo 475-J do CPC.

E outro não é o entendimento do Colendo Superior Tribunal de Justiça:

"PROCESSUAL CIVIL. CUMPRIMENTO DE SENTENÇA. INÍCIO DO PRAZO PARA O CUMPRIMENTO VOLUNTÁRIO DA DECISÃO. RÉU REVEL, CITADO FICTAMENTE. INTIMAÇÃO PARA A FLUÊNCIA DO PRAZO ESTABELECIDO NO ART. 475-J DO CPC. DESNECESSIDADE.

1. A Corte Especial firmou o entendimento de que o prazo estabelecido no art. 475-J do CPC flui a partir do primeiro dia útil seguinte à data da publicação de intimação do devedor na pessoa de seu advogado. A Corte afirmou que não há no CPC regra que determine a intimação pessoal do executado para o cumprimento da sentença, devendo, portanto, incidir a regra geral no sentido de que o devedor deve ser intimado na pessoa dos seus advogados por meio do Diário da Justiça (arts. 234 e 238 do CPC).

2. A particularidade presente na hipótese dos autos, consistente no fato de o executado ter sido citado fictamente, sendo decretada a revelia e nomeado curador especial.

3. Como na citação ficta não existe comunicação entre o réu e o curador especial, sobrevindo posteriormente o trânsito em julgado da sentença condenatória ao pagamento de quantia, não há como aplicar o entendimento de que prazo para o cumprimento voluntário da sentença flui a partir da intimação do devedor por intermédio de seu advogado.

4. Por outro lado, entender que a fluência do prazo previsto no art. 475-J do CPC dependerá de intimação dirigida pessoalmente ao réu - exigência não prevista pelo CPC - fere o novo modelo de execução de título executivo judicial instituído pela Lei 11.232/05. Isso porque a intimação pessoal traria os mesmo entraves que à citação na ação de execução trazia à efetividade da tutela jurisdicional executiva.

5. O Defensor Público, ao representar a parte citada fictamente, não

Acesso ao Sumário

atua como advogado do réu - papel esse que exerce na prestação da assistência jurídica integral e gratuita aos economicamente necessitados, nos termos do art. 134, § 1º da CF - mas apenas exerce o dever funcional de garantir o desenvolvimento de um processo équo, apesar da revelia do réu e de sua citação ficta. Portanto, não pode ser atribuído ao Defensor Público - que atua como curador especial - o encargo de comunicar a condenação ao réu, pois não é advogado da parte.

6. O devedor citado por edital, contra quem se inicie o cumprimento de sentença, não está impedido de exercer o direito de defesa durante a fase executiva, pois o ordenamento jurídico coloca a sua disposição instrumentos para que ele possa se contrapor aos atos expropriatórios.

7. Na hipótese de o executado ser representado por curador especial em virtude de citação ficta, não há necessidade de intimação para a fluência do prazo estabelecido no art. 475-J do CPC.

8. Negado provimento ao recurso especial. (REsp 1.189.608-SP - 3ª Turma - Rel. Min. NANCY ANDRIGHI)"

Nesse sentido os seguintes arestos desta Corte de Justiça:

"Agravo de Instrumento. Ação de cobrança. Despesas condominiais. Cumprimento de sentença. Aplicação da multa prevista no art. 475-J, C.P.C. Intimação na pessoa do curador especial. Validade do ato. Intimação pessoal do devedor que não se coaduna com a fase procedimental. Afronta aos princípios da celeridade e economia processual. Precedentes. Recurso improvido. (A.I. nº 2019343-60.2014.8.26.0000 - 26ª Câm. de Direito Privado - Rel. Des. BONILHA FILHO)"

"Agravo de instrumento. Execução. Citação dos executados, durante processo de conhecimento, por edital, com nomeação de curador especial. Expediente que, na fase de execução, permite seu regular prosseguimento sem intimação para pagamento dos executados. A relação jurídico-processual entre as partes já está formada. Possibilidade de realização de penhora eletrônica. Recurso provido. (AI nº 2042217-39.2014.8.26.0000 - 9ª Câm. de Direito Privado - Rel. Des. PIVA RODRIGUES)"

"Agravo de instrumento. Despesas condominiais. Cobrança. Citação ficta do devedor. Representado por curador especial. Desnecessidade de intimação pessoal do devedor. Artigo 475- J do Código de Processo Civil. 1. Segundo recente pronunciamento da Corte Especial do Egrégio Superior Tribunal de Justiça, na hipótese de o executado ser representado por curador especial em virtude de citação ficta, não há

Acesso ao Sumário

necessidade de intimação para a fluência do prazo estabelecido no art. 475-J do CPC. 2. Negaram provimento ao recurso. (A.I. nº 0042925-60.2013.8.26.0000, Rel. Vanderci Álvares, j.27.3.2013).”

“Cumprimento de sentença - Executado revel, citado por edital e assistido por Curador Especial - Decisão que determinou a comprovação do pagamento da quantia, sob pena da multa prevista no art. 475-J, do CPC - Inconformismo sustentando a necessidade de intimação pessoal do devedor e a inaplicabilidade da multa de 10% - Impossibilidade - Hipótese em que a citação ficta não implica na necessidade da intimação e não afasta a aplicação da sanção - Precedentes jurisprudenciais - Decisão mantida -Recurso improvido. (A.I. nº 2049027-64.2013.8.26.0000 19ª Câm. de Direito Privado Rel. Des. MÁRIO DE OLIVEIRA)”

Dessa forma, mesmo em caso de citação ficta na fase de conhecimento, desnecessária a intimação pessoal dos devedores na fase de executiva para efetuarem o pagamento do débito, bastando a intimação dos curadores especiais nomeados.

Ante o exposto, dá-se provimento ao recurso, para afastar o reconhecimento da nulidade da fase de execução e determinar o prosseguimento do feito.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2001312-89.2014.8.26.0000, da Comarca de Botucatu, em que é agravante VERA LÚCIA PONTEDURA DOS SANTOS, são agravados BANCO DO BRASIL S/A e DURVAL MARTINS JUNIOR.

ACORDAM, em 23ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: “Negaram provimento ao recurso. V.U.”, de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 28.318)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores JOSÉ MARCOS MARRONE (Presidente sem voto), PAULO ROBERTO DE SANTANA e SÉRGIO SHIMURA.

São Paulo, 25 de junho de 2014.

SEBASTIÃO FLÁVIO, Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: EXECUÇÃO POR TÍTULO EXTRAJUDICIAL. Imóvel levado à praça. Falta

de intimação pessoal da mulher do executado de tal ato, embora fosse intimada da penhora. Formalidade considerada dispensável nas circunstâncias, embora não estivesse representada por advogado nos autos. Ciência do cônjuge do executado que é exigível apenas quanto à penhora. Ato aquele tido como inarredável apenas em relação à pessoa que é a diretamente executada e que não se acha representada por advogado constituído no processo. Embargos à arrematação que, por sua vez, são manejados pela mulher do executado, sem que tivesse sido parte no dito processo de execução e isso após oito anos de ciência da penhora incidente sobre o bem arrematado. Vício de nulidade do ato que assim é inexistente. Ausência de causa para inibir a expedição da carta de arrematação. Inteligência do artigo 694, "*caput*", do Código de Processo Civil. Agravo denegado.

VOTO

Agravo manifestado por mulher de executado, o qual foi tirado dos autos do processo da ação de execução por título extrajudicial, e é objetivada a não expedição da carta de arrematação, uma vez que sustenta haver vício de nulidade desta, por falta de intimação da própria quanto à data da hasta pública.

É buscada essa prestação jurisdicional até solução dos embargos à arrematação, e sustenta que a intimação dela, faltante, é formalidade indispensável à regularidade da venda em hasta pública, como decorrência de norma expressa em lei, com sufrágio da jurisprudência, se não estava representada nos autos por advogado.

Recurso regularmente processado.

É o relatório.

No caso ora tratado, embora houvesse a intimação da mulher do executado da penhora do imóvel levado à hasta pública, porém deste último ato não foi ela cientificada, e daí a razão de entender que a arrematação está comprometida irremediavelmente.

Porém, essa ausência de intimação pessoal da data da hasta pública não compromete a regularidade do processo e, com ela, a eficácia da arrematação, de sorte que, uma vez assinado o auto desta pelo juiz, pelo arrematante e pelo leiloeiro, considera-se ela perfeita, autorizada a expedição da respectiva carta para o registro no cartório imobiliário.

É que predomina na jurisprudência a orientação de que não se aplica à

Acesso ao Sumário

hipótese ora discutida o art. 687, § 5º, do Código de Processo Civil, de sorte que é exigível a intimação pessoal da hasta pública de bens penhorados apenas daquele que está sendo diretamente executado e que não é representado nos autos por advogado, portanto sem a necessidade de tal forma de comunicação se estenda à mulher deste, se não é esta parte no processo, bastante que tenha ela sido intimada da penhora.

É, aliás, o que se colhe de nota de THEOTÔNIO NEGRÃO, na 39ª ed. de sua conhecida obra, págs. 854/855 e seguem nessa mesma direção decisões deste colendo Tribunal de Justiça, como se vê na Apelação nº 0001192-07.2009.8.26.0275, Itaporanga, 20ª C., Rel. Des. LUIZ CARLOS DE BARROS, j. 10.12.2012 e na Apelação nº 0130931-35.2010.8.26.0100, São Paulo, Rel. Des. NELSON JORGE, j. 15.8.2012. No mesmo sentido, há decisão do egrégio Superior Tribunal de Justiça, no RESP nº 981669/SP, 3ª Turma, Rel. Min. NANCY ANDRIGHI, j. 12.8.2010.

Ademais, no caso, a pretensão recursal objetiva suspender execução em razão de eventual nulidade que é objeto de discussão em embargos à arrematação por quem não é o próprio executado, ou seja, manejados pela ora agravante, a qual, embora intimada da penhora em 18.8.2005, ao menos do que se tem notícia, não teve a iniciativa de ajuizar embargos de terceiro, sem que não se possa estranhar que, somente agora, passados mais de 8 anos, se insurja ela contra o desfecho da execução, como se não vigesse entre nós princípio insculpido na Constituição Federal que cria para o Poder Judiciário o dever de observar o tempo de duração razoável do processo, o que, em última análise importa que não se poderá nunca premiar a inércia de uma parte em nome do preceito igualmente constitucional que resguarda o direito de acesso de todo e qualquer cidadão às vias judiciais.

Vale observar igualmente que a decisão recorrida foi proferida nos autos do processo da execução, e nos dos embargos à arrematação, processados desde agosto de 2013, não foi proferida qualquer decisão em relação ao efeito em que deveriam ser recebidos, sem que, por outro lado, haja cópia da petição inicial dos tais para lhes avaliar o grau de verossimilhança das matérias discutidas.

Assim, diante do contexto exposto, não pode ser considerada a presença de nulidade com o alcance de obstar a expedição da carta de arrematação, esta perfeita, acabada e irretratável após a assinatura do respectivo auto, nos termos do art. 694, "*caput*", do Código de Processo Civil, como se deu nos autos.

Em face do exposto, nego provimento ao recurso.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2060162-73.2013.8.26.0000, da Comarca de Orlândia, em que são agravantes LAW DEBENTURE TRUST COMPANY OF NEW YORK, HSH NORDBANK AG NEW YORK BRANCH, DU PONT DO BRASIL S/A,, BANCO PINE S/A e FMC QUÍMICA DO BRASIL DO BRASIL LIMITADA, são agravados BASF S/A e CAROL COOPERATIVA DOS AGRICULTORES DA REGIÃO DE ORLÂNDIA.

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 21022)**

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

São Paulo, 1 de julho de 2014.

MANOEL MATTOS, Relator

Ementa: CAUÇÃO - Embargos de Terceiro - Empresas estrangeiras sem domicílio ou filial no Brasil - Determinação de prestação de caução real ou fidejussória nos termos do art. 835 do CPC - Desnecessidade - Hipótese em que existe litisconsórcio ativo com empresas nacionais de grande porte - Precedentes desta Corte - Decisão reformada - Recurso provido.

VOTO

Cuida-se de agravo de instrumento tirado contra decisão da MM. Juíza que em embargos de terceiro determinou às agravantes que prestassem caução real ou fidejussória, visto tratar-se de empresas estrangeiras, sem domicílio ou filial no Brasil.

Insurgem-se as recorrentes, aduzindo da desnecessidade de oferta de caução nos termos do art. 835 do Código de Processo Civil, uma vez que há litisconsórcio passivo com empresas sediadas no Brasil. Eventuais custas de sucumbência já estão garantidas pela presença dos demais embargantes, instituições financeiras internacionais de notória liquidez e com sedes ou bens no Brasil. Ademais, todos os embargantes são patrocinados pelo mesmo escritório de advocacia, o que demonstra claramente a solidariedade no pagamento das

Acesso ao Sumário

custas sucumbenciais. Citando precedentes jurisprudenciais em abono de sua tese postulam o provimento do agravo.

Recurso regularmente instruído, concedido o efeito suspensivo (fls. 2445), sobrevindo contraminuta dos agravados (fls. 2480/2486) e informações do MM. Juiz (fls. 2496/2497).

É o relatório.

Com efeito, a finalidade da caução prevista no art. 835 do CPC é assegurar o pagamento das custas e honorários advocatícios nos casos em que o autor, nacional ou estrangeiro, que residir fora do país ou dele se ausentar na pendência da demanda, restar vencido.

O dispositivo aludido contém a ressalva de que a caução será dispensada nas hipóteses em que o autor possua imóveis no país que lhe assegure o pagamento.

No caso dos autos, há litisconsórcio passivo entre a agravante e empresas nacionais de grande porte, o que torna dispensável a oferta de caução nos moldes do art. 835 do CPC.

Nesse sentido, o precedente da 2ª Câmara Reservada de Direito Empresarial desta Corte:

"CAUÇÃO - Ação de consignação em pagamento - Demanda ajuizada por empresa estrangeira - Determinação em primeiro grau de prestação de caução, nos termos do art. 835 do CPC - Desnecessidade - Pedido contraposto pelo réu que implica em formação de litisconsórcio necessário, pela necessidade de inclusão da subsidiária brasileira na presente demanda - Ademais, entendimento jurisprudencial de que a existência de subsidiária em solo nacional dispensa a apresentação da garantia - Suficiência dos bens da empresa brasileira para resguardo da demanda - Questão incontroversa nos autos - Caução dispensada - Decisão reformada - Recurso provido. (Agravo de Instrumento nº 2025958-03.2013.8.26.0000, Rel. Des. RICARDO NEGRÃO, j. 09.12.2013).

Outros precedentes específicos na mesma direção, deste mesmo Tribunal:

"A caução exigida pelo artigo 835, do Código de Processo Civil, é prescindível se houver litisconsorte ativo domiciliado no Brasil." (JTJ 213/20, 291/396).

"RECURSO. Embargos de declaração opostos pela agravante e pelas agravadas. Omissão e contradição apontadas pelas agravadas. Vícios inexistentes. Prequestionamento incabível. Omissão apontada pela agravante. Acolhida. Dispensa da corré estrangeira prestar caução no feito principal, em razão do litisconsórcio ativo com empresa nacional. Admissibilidade. Inteligência do art. 835 do CPC. Decisão neste ponto mantida. Embargos das agravadas rejeitados. Embargos da agravante acolhidos, sem efeito modificativo do julgado." (TJSP, ED nº 0589134-35.2010.8.26.0000/50001, 1ª Câmara de

Acesso ao Sumário

Direito Privado, Rel. Rui Cascaldi, j. 5.7.2011).

Respeitado, pois, o entendimento da douta magistrada, Dra. Ana Carolina Cascaldi Marcelino Gomes, o recurso comporta provimento para dispensar a caução exigida.

Posto isso, dou provimento ao recurso.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2070109-20.2014.8.26.0000, da Comarca de Mogi das Cruzes, em que é agravante MARIA CLÁUDIA E FÁTIMA GARZARO, é agravado FUNDO DE INVESTIMENTO EM DIREITOS CREDITÓRIOS NÃO PADRONIZADOS NPL I.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 16ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 24654)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores MIGUEL PETRONI NETO (Presidente) e LUÍS FERNANDO LODI.

São Paulo, 1 de julho de 2014.

SIMÕES DE VERGUEIRO, Relator

Ementa: AGRAVO DE INSTRUMENTO INTERPOSTO CONTRA R. DECISÃO PELA QUAL FOI DEFERIDO PEDIDO DE PENHORA INCIDENTE SOBRE 30% DOS RENDIMENTOS LÍQUIDOS DA AGRAVANTE - ALEGAÇÃO DE INCORREÇÃO, POSTO QUE SE TRATAM DE VALORES ABSOLUTAMENTE IMPENHORÁVEIS - PEDIDO DE REFORMA - DESACERTO DA R. DECISÃO PROFERIDA - APLICAÇÃO DO ART. 649, INC. IV DO C.P.C. - PENHORA DE VALORES RELATIVOS A SALÁRIOS, QUE SE MOSTRA COMPLETAMENTE DESCABIDA - VALORES REFERENTES AOS VENCIMENTOS DA RECORRENTE QUE SE CONSTITUEM EM IMPORTÂNCIAS ABSOLUTAMENTE IMPENHORÁVEIS - RECURSO PROVIDO.

Acesso ao Sumário

VOTO

Tratam os autos de Agravo de Instrumento interposto por **MARIA CLÁUDIA E FÁTIMA GARZARO**, tirado contra R. Decisão copiada a fls. 33/36, proferida em Ação de Execução que lhe é promovida por **FUNDO DE INVESTIMENTO EM DIREITOS CREDITÓRIOS NÃO PADRONIZADOS NPL I**, pela qual foi deferido pedido de penhora incidente sobre 30% dos rendimentos líquidos percebidos pela agravante.

Dizendo da incorreção dos termos da R. Decisão como proferida, sustenta a recorrente que a constrição determinada não possa ser mantida, posto que atinge valores absolutamente impenhoráveis, o que se apura diante dos termos do art. 649, inc. IV, do Código de Processo Civil, razão pela qual pediu pelo acolhimento do inconformismo exteriorizado, com a decorrente reforma da R. Decisão atacada.

Concedido efeito suspensivo ao Recurso e, dispensadas informações, o agravado, conforme dá conta a fls. 53/54, apresentou contrarrazões, vindo então os autos a este Relator, de sorte a se promover a reapreciação da matéria já debatida em 1º Grau.

É o relatório.

O inconformismo noticiado pela agravante está a merecer integral acolhida.

Conforme se dá conta diante da própria redação da R. Decisão agravada, os valores que serão alvo de constrição judicial determinada, se traduzem em parcela dos próprios vencimentos da recorrente, razão pela qual se conclui pela presença da alegada impenhorabilidade, nos termos do contido no artigo 649, IV, do Código de Processo Civil que, com sua nova redação, veda a incidência de constrição sobre: "IV - os vencimentos, subsídios, soldos, salários, remunerações, proventos de aposentadoria, pensões, pecúlios e montepios; as quantias recebidas por liberalidade de terceiro e destinadas ao sustento do devedor e sua família, os ganhos de trabalhador autônomo e os honorários de profissional liberal, observado o disposto no § 3º deste artigo."

Portanto, diante dos elementos em questão, emerge dos autos que não possa prevalecer a penhora levada a efeito nos moldes em que determinada pelo Juízo, ainda que com suporte nos argumentos utilizados, posto que incidente sobre verbas de natureza alimentar, portanto absolutamente impenhoráveis, uma vez destinadas ao sustento da recorrente, e de sua família.

Assim, de rigor a reforma da R. Decisão atacada, motivo pelo qual deva ser alterado o entendimento de 1º Grau, nos limites em que pleiteados pela recorrente, o que implica no levantamento da constrição indevidamente determinada.

Acesso ao Sumário

Pelo exposto, dá-se provimento ao recurso, nos termos do Voto.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2069622-50.2014.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é agravante FÁTIMA APARECIDA GONÇALVES PANTALEÃO, são agravados KRENAK DO BRASIL INDÚSTRIA E COMÉRCIO DE COSMÉTICOS LTDA., CARNEIRO & CIA. COSMÉTICOS LTDA. - DENOM ATUAL DE CAMPANHA & CAMAPANHA DISTRIBUIDORA LTDA. ME, FABIANA ROBERTA GAVIRA ME e CAMPOS & CIA. COSMÉSTICOS LTDA. - ATUAL DENOM DE LG DE CAMARGO COSMÉTICOS - ME.

ACORDAM, em 19ª 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 33.728)**

O julgamento teve a participação dos Exmo. Desembargadores RICARDO PESSOA DE MELLO BELLI (Presidente sem voto), RICARDO NEGRÃO e JOÃO CAMILLO DE ALMEIDA PRADO COSTA.

São Paulo, 28 de julho de 2014.

SEBASTIÃO JUNQUEIRA, Relator

Ementa: REPRESENTAÇÃO COMERCIAL - Prescrição quinquenal - Art. 44, par. único, da Lei nº 4.886, introduzido pela Lei nº 8.420 de 08.05.1992 - Decisão prematura - Existência do contrato de representação comercial e data de seu início, questões ainda não decididas - Impossibilidade de determinar neste momento o prazo prescricional a ser aplicado - Prescrição das verbas rescisórias - Rescisão do contrato como termo inicial - Recurso parcialmente provido.

Acesso ao Sumário

VOTO

Insurge-se a agravante contra decisão que reconheceu a prescrição de eventuais verbas referentes a contrato de representação comercial no prazo de cinco anos anteriores ao ajuizamento da ação (fls. 24); recurso regularmente processado e não houve resposta (fls. 30).

Relatório do essencial.

O inconformismo recursal justifica-se em parte.

A questão subjacente sobre "ação de cobrança de indenização de representante comercial". A autora sustenta ter firmado com os requeridos, em julho de 2006, contrato verbal de representação comercial para vendas dos produtos Acqua Flora, produzidos pela empresa requerida Krenak. Alega ter ocorrido a rescisão unilateral do contrato verbal, sem justa causa e sem dar à agravante o aviso prévio de 30 dias. Pretende a declaração da existência do contrato de representação comercial desde julho de 2006 e o pagamento de comissões e verbas decorrentes da rescisão contratual.

A magistrada declarou a prescrição de eventuais verbas no prazo de cinco anos anteriores ao ajuizamento da ação, culminado no presente recurso.

Primeiramente, verifica-se que foi prematura a decisão da magistrada de aplicar o prazo quinquenal do art. 44, par. único, da Lei nº 4.886/65, para declarar a prescrição das comissões e verbas resultantes da rescisão do contrato de representação.

"Art. 44. (...)

Parágrafo único. Prescreve em cinco anos a ação do representante comercial para pleitear a retribuição que lhe é devida e os demais direitos que lhe são garantidos por esta lei." (Incluído pela Lei nº 8.420, de 8.5.1992)

Isto, porque na fase em que o processo se encontra, ainda não houve decisão acerca da existência do contrato de representação comercial e, por consequência, sobre a data de início e tempo de duração.

No mais, cumpre registrar que a prescrição das verbas rescisórias previstas nos arts. 27, "j", e 34 da Lei nº 4.886/65, terá como termo inicial a rescisão do contrato.

"Art. 27. Do contrato de representação comercial, além dos elementos comuns e outros a juízo dos interessados, constarão obrigatoriamente:

(...)

j) indenização devida ao representante pela rescisão do contrato fora dos casos previstos no art. 35, cujo montante não poderá ser inferior a 1/12 (um doze avos) do total da retribuição auferida durante o tempo em que exerceu a representação. (Redação dada pela Lei nº 8.420, de 8.5.1992)

Art. 34. A denúncia, por qualquer das partes, sem causa justificada, do contrato de representação, ajustado por tempo indeterminado e que haja vigorado por mais de seis meses, obriga o denunciante, salvo outra garantia prevista no contrato, à concessão de pré-aviso, com antecedência mínima de trinta dias, ou ao pagamento de importância igual a um terço (1/3) das comissões auferidas pelo representante, nos três meses anteriores."

Acesso ao Sumário

Assim, porque *"o direito e a pretensão de receber verbas rescisórias (arts. 27, "j", e 34 da Lei 4.886/65) só nascem com a resolução injustificada do contrato de representação comercial. Desde então, conta-se o prazo prescricional. - A regra prescricional não interfere na forma de cálculo da indenização estipulada no art. 27, "j", da Lei 4.886/95, pois, embora ela tenha por base o 'total da retribuição auferida durante o tempo em que exerceu a representação', isso não significa dizer que, no passado, já havia algum direito à indenização e que ele era exigível. A pretensão para cobrança dessa indenização por rescisão indevida nasce com o fim do contrato." (REsp 1085903/RS, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 20/08/2009, DJe 30/11/2009)*

Nesse sentido:

"REPRESENTAÇÃO COMERCIAL - RESCISÃO UNILATERAL DO CONTRATO POR PRAZO INDETERMINADO - AÇÃO DE INDENIZAÇÃO - PRESCRIÇÃO - ART. 27, "J", DA LEI Nº 4.886/65.

A indenização devida ao representante comercial, em decorrência da rescisão unilateral do contrato por parte do representado, deve obedecer às disposições do artigo 27, alínea "j", da Lei nº 4.886/65, alterado pela Lei nº 8.420/92, que prevê como base de cálculo o total da retribuição auferida durante o tempo em que foi exercida a representação, e não apenas as parcelas referentes aos últimos cinco anos, haja vista que o prazo descrito no parágrafo único do artigo 44 daquele diploma legal refere-se ao exercício do direito de ação, e não ao próprio direito indenizatório vindicado.

Recurso especial não conhecido." (REsp 434.885/AM, Rel. Ministro CASTRO FILHO, TERCEIRA TURMA, julgado em 16/09/2004, DJ 04/04/2005, p. 298)

No mais, com relação às comissões e diferenças de comissões não pagas, a pretensão de cobrá-las nasce a partir do seu não pagamento no prazo estipulado pelo art. 32, §1°, da Lei 4.8865/65:

"Art. 32. O representante comercial adquire o direito às comissões quando do pagamento dos pedidos ou propostas. (Redação dada pela Lei nº 8.420, de 8.5.1992)

§ 1° O pagamento das comissões deverá ser efetuado até o dia 15 do mês subsequente ao da liquidação da fatura, acompanhada das respectivas cópias das notas fiscais."

Com estas considerações, o recurso merece ser parcialmente provido para (1) afastar o reconhecimento da prescrição quinquenal, vez que ainda não há decisão sobre a existência do contrato de representação e, por consequência, sobre a data do seu início, o que interferirá no prazo prescricional a ser aplicado, (2) determinar que a prescrição das verbas rescisórias tem como termo inicial a data da rescisão do contrato.

Por tais razões, dão parcial provimento ao recurso.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2116972-34.2014.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é agravante ITAÚ UNIBANCO S/A, é agravada MARIA APARECIDA HERDY.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 17ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento ao recurso, por maioria de votos. Fará declaração de voto o 3º desembargador.", de conformidade com o voto do relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 14464)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores IRINEU FAVA (Presidente) e SOUZA LOPES.

São Paulo, 28 de agosto de 2014.

AFONSO BRÁZ, Relator

Ementa: AGRAVO DE INSTRUMENTO. EXECUÇÃO. CÉDULA DE CRÉDITO BANCÁRIO. Penhora *on line* na conta bancária da executada. Alegação de que o valor bloqueado refere-se ao salário da devedora. Ausência de comprovação. Impenhorabilidade não configurada. Decisão reformada. RECURSO PROVIDO.

VOTO

Agravo de Instrumento interposto contra r. decisão copiada a fls. 79 que reconheceu a impenhorabilidade do valor remanescente de R$ 3.654,52 (três mil, seiscentos e cinquenta e quatro reais e cinquenta e dois centavos), bloqueado na conta mantida pela coexecutada Maria Aparecida Herdy junto ao Banco HSBC Brasil, sob o fundamento de ser valor proveniente de salário.

Por consequência, fora determinado a liberação da quantia através de guia de levantamento a favor da agravada, bem como a anotação no rosto dos autos para proibir novas tentativas de bloqueio *"on line"* nesta conta.

Insurge-se o exequente contra a r. decisão, alegando a penhorabilidade dos valores constritos. Aduz que a conta bloqueada é conta corrente destinada a realização de transações diversas e não única e exclusivamente para recebimento de salário, conforme os extratos de fls. 52/55. Requer, assim, a reforma da decisão para que seja reconhecida a penhorabilidade do valor de

Acesso ao Sumário

R$ 3.654,52, bem como seja afastada a determinação de proibição de eventuais novos bloqueios na conta.

Recurso regularmente processado, com a concessão do efeito suspensivo (fls. 82) e sem contraminuta.

É o relatório.

O inconformismo merece prosperar.

Os extratos acostados revelam que a constrição ocorreu em conta bancária que não é destinada unicamente ao recebimento de salário, na qual a beneficiária apenas recebe o seu salário e o saca integralmente logo em seguida, mas uma conta corrente comum utilizada também para esse fim, verificando-se a possibilidade de movimentação livre.

Para essa hipótese, uma vez depositado o valor em conta corrente, ele se torna ativo financeiro, passível, pois, de constrição judicial que visa garantir a execução.

Nesse sentido:

"PENHORA - Incidência sobre saldo encontrado em conta corrente - Alegação de que os valores se referem a proventos de aposentadoria - Inadmissibilidade - Caracterização do montante como não tendo origem apenas nos proventos, mas em outras fontes não esclarecidas - Constrição decretada - Recurso improvido." (Processo nº 1087302-2 - 1º TACSP - 5ª Câm. - Rel. Juiz Manoel Mattos - j. 12/06/2002)

AGRAVO DE INSTRUMENTO - ARRENDAMENTO MERCANTIL - EXECUÇÃO DE TÍTULO EXTRAJUDICIAL - PENHORA - VENCIMENTOS E SALÁRIOS - PENHORABILIDADE DE SALDO - ADMISSIBILIDADE - RECURSO NÃO PROVIDO.

Compatibilizando os princípios constitucionais da proteção ao salário e da efetividade das decisões judiciais, atentando-se ao princípio do razoável, há que se reconhecer que, se os salários se prestam para a satisfação das obrigações assumidas pelo assalariado, na hipótese deste descumpri-las sem justa causa, não demonstrando que a totalidade dos valores percebidos a título de salário está comprometida com suas necessidades básicas, nada obsta que parte do salário disponível em conta corrente seja constritado para a quitação da obrigação não paga. (Agr. Instr. 2117685-09.2014.8.26.0000, 31ª Câmara de Direito Privado Rel. Des. Paulo Celso Ayrosa M. de Andrade, j. 12/08/2014)

A partir do momento que o salário é depositado na conta corrente, deixa de ser considerado juridicamente como "salário" e passa a constituir o patrimônio do titular da conta corrente, sendo, portanto valor passível de ser penhorável.

Admitir o contrário seria uma afronta a legislação vigente, vez que o

Acesso ao Sumário

artigo 655, I, do Código de Processo Civil prevê a penhora em dinheiro como primeira opção para o credor ver seu crédito satisfeito.

O que a lei não permite é a penhora do salário diretamente em sua fonte pagadora, porém, a partir do momento que o saldo é depositado na conta bancária e, não demonstrado que tais valores estão comprometidos com as necessidades básicas do devedor, nada obsta que sejam conscritos para quitação de obrigação não paga.

Admitir o contrário seria estender os privilégios da impenhorabilidade dos salários, proventos e/ou vencimentos a todo e qualquer patrimônio do trabalhador, servidor público, aposentado, que adentrasse em sua conta bancária, ferindo o real intuito dos preceitos do artigo 649, IV, do Código de Processo Civil.

"In casu", não restou caracterizado nenhuma violação aos preceitos legais que considerem o salário impenhorável aptos a justificar o desbloqueio da quantia de R$ 3.654,52 (três mil, seiscentos e cinquenta e quatro reais e cinquenta e dois centavos).

Por fim, considerando precedentes dos Tribunais Superiores, que vêm registrando a necessidade do prequestionamento explícito dos dispositivos legais ou constitucionais supostamente violados e, a fim de evitar eventuais embargos de declaração, apenas para tal finalidade, por falta de sua expressa remissão na decisão vergastada, mesmo quando os tenha examinado implicitamente, dou por prequestionados os dispositivos legais e/ou constitucionais apontados pela parte.

Por isso, **DOU PROVIMENTO** ao recurso.

DECLARAÇÃO DE VOTO VENCIDO

(Voto nº 24973)

Respeitosamente, ouso divergir da Douta Maioria, pelas razões que seguem.

Embora se reconheça que o meio de se executar o ato constritivo *"on line"*, é legítimo e hábil a alcançar os objetivos de uma execução, não importando qualquer sacrifício injustificável para o devedor, no presente caso, correta a r. decisão agravada ao proceder a liberação do valor remanescente.

Como é cediço, a penhora sobre o numerário existente em conta do tipo salário é vedada, conforme dispõe o artigo 649, *caput*, e inciso IV, do Código de Processo Civil:

"São absolutamente impenhoráveis:

(...)

Acesso ao Sumário

IV - os vencimentos dos magistrados, dos professores e dos funcionários públicos, o soldo e os salários, salvo para pagamento de prestação alimentícia;"

É de se destacar que os documentos juntados a fls. 42/43 dão conta de que, de fato, a agravante recebe proventos através da conta 01613-10, Agência 1264 do Banco HSBC e não a utiliza para outros fins senão efetuar os pagamentos comuns do dia-a-dia.

A esse respeito confira-se o agravo de instrumento nº 7.207.483-8, relatado pelo insigne Desembargador Itamar Gaino, que integra a C. 21ª Câmara de Direito Privado:

"É inegável que a ordem jurídica privilegiou a sobrevivência pessoal em prejuízo de outros débitos.

No caso dos autos, os recursos alcançados pelo bloqueio judicial são impenhoráveis, porquanto constituídos, com exclusividade, pelo salário percebido pela agravante junto à sua empregadora, consoante evidenciam de modo cristalino os documentos de fls. 162 e 173, destinando-se, portanto, à sua subsistência, manifesto o seu caráter alimentar, a tornar inadmissível a manutenção do bloqueio da conta em cotejo.

Impende ainda considerar que a análise da movimentação da conta corrente mantida pela agravante não evidencia a existência de créditos de natureza diversa daqueles provenientes do seu trabalho assalariado, de sorte que, conquanto seja inqüestionável a possibilidade da penhora on line de recursos financeiros do devedor (CPC, 655, I), cuida-se de aqui de exceção àquela regra, porquanto o crédito alcançado pelo bloqueio judicial é oriundo de salário, o que o torna impenhorável.

Assim, demonstrado que o agravante exerce a função de Assistente de Administração junto à Companhia de Engenharia de Tráfego e recebe seus vencimentos na conta-corrente que foi bloqueada a título de penhora, não há como manter a r. decisão recorrida, posto contrariar ao disposto no inciso IV do artigo 649 do Código de Processo Civil."

No mesmo sentido confira-se decisão do Colendo Superior Tribunal de Justiça:

"Foi efetivada a penhora "on line" de numerário constante da conta corrente da agravante, e ainda que o salário da executada é depositado na conta bloqueada, cabe ressaltar que não há óbice legal para a efetivação da referida penhora. Todavia, a jurisprudência desse Tribunal firmou o entendimento de que são impenhoráveis os valores depositados em conta corrente destinada ao recebimento de vencimentos ou aposentadorias por parte do devedor.

Na linha desse entendimento os seguintes julgados:

Acesso ao Sumário

RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. PENHORA DE CONTA-CORRENTE BANCÁRIA. PROVENTOS DE APOSENTADORIA. ILEGALIDADE MANIFESTA. DECADÊNCIA DO DIREITO À IMPETRAÇÃO. NÃO OCORRÊNCIA.

1. Cabível o mandado de segurança quando evidenciada a ilegalidade do ato judicial impugnado.

2. A impenhorabilidade de proventos é garantia assegurada pelo art. 649, inciso IV, do CPC.

3. Evidenciado o caráter repetitivo do ato coator, não há se cogitar da decadência do direito à impetração. Hipótese em que os efeitos da penhora se renovam mês a mês, a cada depósito de salário (e conseqüente bloqueio) realizado na conta bancária do devedor/impetrante.

4. Recurso ordinário provido. (RMS 29.391/GO, Rel. Ministro JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, QUARTA TURMA, DJe 27/05/2010)

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL - PENHORA DE VALORES DEPOSITADOS EM CONTA-CORRENTE DESTINADA AO RECEBIMENTO DE APOSENTADORIA POR PARTE DO DEVEDOR - IMPOSSIBILIDADE, RESSALVADO O ENTENDIMENTO PESSOAL DO RELATOR - RECURSO IMPROVIDO.

1. É inadmissível a penhora parcial de valores depositados em conta-corrente destinada ao recebimento de salário ou aposentadoria por parte do devedor - Precedentes;

2. Agravo regimental improvido. (AgRg no REsp 1.023.015/DF, Rel. Min. MASSAMI UYEDA, TERCEIRA TURMA, DJe 05/08/2008);

RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. ATO JUDICIAL QUE DETERMINOU A PENHORA DE NUMERÁRIO EM CONTA CORRENTE EM QUE SERVIDOR PERCEBE SEUS VENCIMENTOS. EXISTÊNCIA DE RECURSO CABÍVEL. AFASTAMENTO DA SÚMULA 267/STF. DECISÃO MANIFESTAMENTE ILEGAL.

I - A jurisprudência desta Corte orienta que é possível a impetração de Mandado de Segurança quando o ato jurisdicional contiver manifesta ilegalidade ou venha revestido de teratologia, ofendendo, assim, direito líquido e certo do impetrante e podendo causar dano irreparável ou de difícil reparação.

II - O ato que determina o bloqueio de saldo em conta corrente em que servidor público estadual percebe seus vencimentos é manifestamente ilegal (CPC, art. 649, IV). Recurso Ordinário em Mandado de Segurança provido. (RMS 26.937/BA, Rel. Min. SIDNEI BENETI, TERCEIRA TURMA, DJe 23/10/2008);

CIVIL E PROCESSUAL. RECURSO ESPECIAL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO RECEBIDOS COMO AGRAVO REGIMENTAL. EXECUÇÃO. PENHORA. PERCENTUAL EM CONTA-CORRENTE. VENCIMENTOS. PREQUESTIONAMENTO. PRESENÇA.

Acesso ao Sumário

I. Indevida penhora de percentual de depósitos em conta-corrente, onde depositados os proventos da aposentadoria de servidor público federal. A impenhorabilidade de vencimentos e aposentadorias é uma das garantias asseguradas pelo art. 649, IV, do CPC.

II. Agravo desprovido. (AgRg no REsp 969.549/DF, Rel. Min. ALDIR PASSARINHO JUNIOR, QUARTA TURMA, DJ 19/11/2007)

8.- Ante o exposto, conhece-se o Agravo de Instrumento e dá-se parcial provimento ao Recurso Especial para determinar a impenhorabilidade de depósitos em conta corrente da recorrente, nos termos dos fundamentos acima indicados. (Ag 1159796, Relator Ministro Sidnei Beneti, j. 16 de agosto de 2010).

Pelo exposto, meu voto nega provimento ao recurso.

SOUZA LOPES, 3º Desembargador

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2009109-19.2014.8.26.0000, da Comarca de Bragança Paulista, em que são agravantes GUSTAVO DE OLIVEIRA MOTA (MENOR(ES) REPRESENTADO(S)) e TATIANE DE OLIVEIRA (JUSTIÇA GRATUITA), são agravados DOUGLAS ALVES MACHADO, LO SARDO MATERIAIS PARA CONSTRUÇÃO LTDA. e ITAU SEGUROS S/A.

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 da Relatora, que integra este acórdão. **(Voto nº 186)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores CAMPOS PETRONI (Presidente) e MORAIS PUCCI.

São Paulo, 5 de agosto de 2014.

ANA CATARINA STRAUCH, Relatora

Ementa: AGRAVO DE INSTRUMENTO - Ação indenizatória - Acordo homologado - Pagamentos efetivados - Indeferido o levantamento dos valores pertencentes aos menores de idade e os relativos aos honorários advocatícios contratados - Rateio entre os irmãos menores a ser tratado, oportunamente, em inventário ou arrolamento - Agravante, incapaz, representado pela genitora também no contrato de

Acesso ao Sumário

prestação de serviços advocatícios - Destinar parte da quantia de direito do menor para quitar serviços do patrono implicaria ato que extrapola a administração de bens do incapaz - Art. 1.691, CC - Beneficiário da justiça gratuita - Não há obrigação ao pagamento de honorário de advogado, seja contratual ou sucumbencial - Art. 3º, V, Lei nº 1.060/50 - Razoável e legítima a liberação do importe direcionado ao tratamento dentário do menor - Necessidade comprovada - Indispensável a subsequente prestação de contas - Decisão reformada em parte - Recurso parcialmente provido.

VOTO

Vistos.

Trata-se de AGRAVO DE INSTRUMENTO interposto por GUSTAVO DE OLIVEIRA MOTA, MENOR REPRESENTADO PELA GENITORA, nos autos da ação indenizatória ajuizada em face de DOUGLAS ALVES MACHADO E OUTROS, contra a decisão que, em vista do acordo homologado, indeferiu o levantamento dos valores pertencentes aos menores de idade e indeferiu o levantamento dos honorários advocatícios contratados.

Inconformado, requer o agravante a concessão de efeito suspensivo e, ao final, o provimento para que sejam deferidos os aludidos levantamentos.

Processado o recurso sem a outorga do efeito suspensivo (fl. 120), foi certificado o decurso do prazo sem apresentação de contraminuta (fl. 122).

A Procuradoria Geral de Justiça emitiu parecer pelo provimento parcial do recurso (fls. 124/128).

Vieram os autos para julgamento.

É o relatório.

Acesso ao Sumário

Inicialmente, convém destacar que o presente julgado é adstrito ao cerne da discussão, qual seja se é ou não o caso de ser deferido o requerimento formulado pelo agravante/menor Gustavo Mota nos autos de origem, acerca do levantamento dos valores depositados nos autos em razão do acordo feito pelas partes e regularmente homologado pelo Juízo *a quo*.

Com efeito, compulsando atentamente os autos é possível constatar ter sido proposta demanda de indenização por Gustavo Mota (menor) e sua genitora Tatiane Oliveira, em razão do falecimento do pai e companheira, respectivamente, de pessoa falecida em acidente de trânsito (fls. 16/28).

No curso da lide, sobreveio manifestação de Kevynn Santos, na qualidade

de outro filho menor do falecido (fls. 75/76), tendo sido determinada sua inclusão no polo ativo da ação indenizatória (fl. 81).

As partes litigantes transacionaram, juntando aos autos o acordo de fls. 88/92, devidamente homologado pelo magistrado de Primeiro Grau à fl. 94.

Referido acordo estipulou que os réus pagariam aos autores o valor total de R$ 71.000,00; que os patronos dos autores renunciariam o direito aos honorários dos réus, de modo que receberiam apenas os honorários pactuados contratualmente com os respectivos clientes e que a divisão dos importes observaria a seguinte forma:

- R$ 34.120,00 para a autora Tatiane Oliveira, a ser pago pela Seguradora;

- R$ 18.440,00 para o menor Gustavo Mota, a ser pago pela Seguradora e

- R$ 18.440,00 para o menor Kevynn Santos, a ser pago R$ 10.690,00 pela Seguradora e R$ 7.750,00 pelos corréus empresa Lo Sardo Materiais para Construção e Douglas Machado.

Não obstante, ficou avençado que cada parte arcaria com as custas e despesas processuais, observado o benefício da justiça gratuita concedido aos autores.

Já no acordo, o menor Gustavo Mota requereu o levantamento de 40% do valor a seu favor para a realização de tratamento odontológico, bem como registrou que iria direcionar R$ 3.760,00 ao meio irmão Kevynn, a título de divisão das quantias recebidas pelas verbas trabalhistas e rescisórias, além do DPVAT, ressaltando não ter sido realizada a partilha pelo fato de Kevynn ter se habilitado somente após o recebimento destes importes.

Os réus efetuaram os depósitos que se obrigaram por força da transação (fls. 96/103).

Nesse contexto, tem-se que muito embora o menor Kevynn tenha pleiteado o levantamento dos seus valores de direito (fls. 104/105), o indeferimento pelo Juízo *a quo* a seu respeito não será apreciado no presente recurso, uma vez que o agravo de instrumento ora julgado foi interposto apenas pelo menor Gustavo Mota, representado por sua genitora (fl. 01).

Por este mesmo motivo, com relação ao requerimento de fls. 106/107 do advogado Maurício Penha, para o levantamento de honorário contratual, este igualmente não será apreciado.

Ainda que o próprio recorrente tenha pretendido o rateio com o meio irmão, tal questão compete ao Juízo apropriado do inventário ou arrolamento, pois, como muito bem asseverado pela D. Procuradoria Geral de Justiça, não há comprovação dos valores recebidos pelo menor Gustavo com relação às verbas trabalhistas do falecido, nem há demonstração de qual seria a parte cabível a Kevynn.

Acesso ao Sumário

Além disso, é absolutamente indevido imputar ao menor o dever de arcar com eventual verba honorária contratual, ou seja, do valor que lhe cabe não é possível proceder ao direcionamento favorável ao patrono.

Isto porque, o incapaz foi representado por sua genitora também no contrato de prestação de serviços advocatícios, motivo pelo qual a utilização de parte do valor de direito do menor com o escopo de quitar os serviços do patrono implicaria verdadeiro ato que extrapola a mera administração de bens do incapaz, o que é vedado pelo art. 1.691, do CC.

Frise-se, aliás, que o menor é beneficiário da justiça gratuita, não sendo obrigado a pagar honorários ao advogado, sejam contratuais ou sucumbenciais, de acordo com a norma prevista no art. 3º, V, da Lei nº 1.060/1950.

Neste sentido:

"AGRAVO DE INSTRUMENTO - Ação de indenização de danos materiais e danos morais - Incapazes representados - ***Contrato de honorários advocatícios - Indeferimento de levantamento de honorários advocatícios sobre a parte do montante paga aos incapazes*** *- Manifestação do Ministério Público contrária ao deferimento, com respaldo no art. 1.691, do Código Civil, uma vez ausente a prévia autorização judicial, por ser ato que extrapola a simples administração de bens de incapaz, e também por serem os menores beneficiários da Justiça Gratuita - Decisão correta - Acórdão proferido em razão de recurso de apelação que determinou que a parte da indenização destinada aos incapazes, relativamente à indenização pelo dano moral, deverá ficar depositada em Juízo e seu levantamento somente se dará por ordem judicial precedida de oitiva do Ministério Público - Além disso, os menores são beneficiários da Justiça Gratuita, benesse que abrange também os honorários advocatícios contratados - Recurso não provido."* (TJSP - AI nº 0248656-87.2012.8.26.0000. Relª. Desª. Denise Andréa Martins Retamero. Julg. 29/05/2014) (g.n.)

Por derradeiro, no que pertine à liberação do valor capaz de viabilizar o tratamento odontológico prescrito ao agravante, em conformidade com o orçamento de fl. 93, este há de ser deferido, mas com a observação de que deverá ser realizada a prestação de contas correspondente.

Ora, o valor do menor deve ser revertido a seu favor e, no presente caso, é razoável e legítimo o levantamento para a efetivação do tratamento dentário que irá lhe beneficiar exclusivamente, cuja necessidade está cabalmente comprovada, justificando-se, destarte, a liberação apenas deste importe.

Não é diferente a posição da jurisprudência:

"Seguro de vida. Ação de indenização com danos morais. Acordo homologado. Valores devidos a menor. Intervenção do Ministério Público. Necessidade de depósito judicial da quantia devida ao beneficiário menor. Recurso provido. (...) A parcela pertencente ao menor Henrique, terá que ficar

Acesso ao Sumário

depositada em conta judicial, conforme parecer da douta PGJ, fl.348/349, somente podendo ser movimentada com ordem judicial. (...) O menor faz jus a receber o fixado no acordo, equivalente a 50% para cada uma das partes, sendo depositada a sua quota em conta judicial, a qual ***somente será utilizada para a subsistência e necessidades, devidamente comprovadas em juízo e autorizado judicialmente o levantamento, mediante prestação de contas.****"* (TJSP - Apel. nº 0155371-07.2007.8.26.0100. Rel. Des. Bonilha Filho. Julg. 05/02/2014) (g.n.)

Desse modo, diante das peculiaridades do caso em tela, aliado ao conjunto probatório carreado aos autos, é de rigor a reforma, em parte, da decisão agravada, apenas para determinar o levantamento do valor de R$ 1.960,00, com o espoco de ser realizado, especificamente, o tratamento dentário do menor e agravante Gustavo Mota, conforme fl. 93, mediante subsequente prestação de contas nos autos, o que é imprescindível para se evitar eventual desvio de finalidade.

Por esses fundamentos, DÁ-SE PROVIMENTO PARCIAL AO RECURSO.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2087180-35.2014.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que são agravantes RENAULT DO BRASIL S.A. e RENAULT DO BRASIL COMÉRCIO E PARTICIPAÇÕES LTDA., são agravados LÓTUS VEÍCULOS LTDA., EUROCAR VEÍCULOS LTDA., NORTPAR CONCESSIONÁRIA DE VEÍCULOS LTDA., RENOME CONCESSIONÁRIA DE VEÍCULOS LTDA., RENOME JAPAN CONCESSIONÁRIA DE VEÍCULOS e JMC PARTICIPAÇÕES LTDA..

ACORDAM, em 31ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Rejeitadas as preliminares, conheceram do agravo, mas lhe negaram provimento. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 16.757)**

O julgamento teve a participação dos Exmo. Desembargadores FRANCISCO CASCONI (Presidente) e PAULO AYROSA.

São Paulo, 12 de agosto de 2014.

ADILSON DE ARAUJO, Relator

Ementa: AGRAVO DE INSTRUMENTO. PEÇAS OBRIGATÓRIAS. ALEGAÇÃO DE FALTA DA CÓPIA DA DECISÃO AGRAVADA.

Acesso ao Sumário

APRESENTAÇÃO DA PUBLICAÇÃO NO DIÁRIO DE JUSTIÇA. SUFICIÊNCIA. PRELIMINAR DE NÃO CONHECIMENTO AFASTADA. RECURSO CONHECIDO. Conquanto exigida cópia da decisão agravada no art. 525, I, do CPC, o equívoco do recorrente pela apresentação da que decidiu os embargos de declaração a ela opostos não impede o conhecimento do recurso se trazida cópia da publicação da intimação com seu inteiro teor. Com isso, viabilizou-se o amplo conhecimento do inconformismo e o contraditório recursal.

AGRAVO. DECISÃO AGRAVADA OBJETO DE EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. PRELIMINAR EM CONTRAMINUTA DE NÃO CONHECIMENTO PELA NÃO RATIFICAÇÃO DO RECURSO APÓS O JULGAMENTO DOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO, CONFORME SÚMULA 418 DO STJ. HIPÓTESE DE CONHECIMENTO DO RECURSO: EMBARGOS DE DECLARAÇÃO OPOSTOS CONTRA CAPÍTULO DIVERSO E INTERPOSIÇÃO DO AGRAVO APÓS JULGAMENTO E EM CIRCUNSTÂNCIAS DENOTATIVAS DE CONHECIMENTO PELAS AGRAVANTES. PRELIMINAR AFASTADA. O agravo foi interposto após o julgamento dos embargos de declaração, com evidência de que as agravantes tinham amplo conhecimento de seu teor, tanto que, por equívoco, anexaram sua cópia como se fosse do capítulo que não se conformaram. Ademais, referidos embargos abrangeram outro capítulo autônomo da decisão, cujo julgamento não interfere nos temas apresentados no agravo.

AGRAVO. CONTRATO DE CONCESSÃO DE VENDAS DE VEÍCULOS. AÇÃO INDENIZATÓRIA AJUIZADA POR GRUPO DE CONCESSIONÁRIAS, EM LITISCONSÓRCIO ATIVO, COM CAUSA DE PEDIR E PEDIDOS BASEADOS EM COMPORTAMENTO ILÍCITO DAS CONCEDENTES DESDE A FASE PRÉ-CONTRATUAL, QUE EXTRAPOLAM AS CLÁUSULAS DO CONTRATO. ALEGAÇÃO

Acesso ao Sumário

DE LITISPENDÊNCIA E COISA JULGADA APRESENTADA PELAS CONCEDENTES COM BASE EM AÇÕES INDENIZATÓRIAS AJUIZADAS EM FACE DE TRÊS CONCESSIONÁRIAS COM FUNDAMENTO NA LEI Nº 6.729/79. NÃO ACOLHIMENTO, NO CASO. CORREÇÃO. RECURSO IMPROVIDO. Sem a congruência dos elementos da ação, não se justifica guarida ao pleito de decretação da extinção do processo, sem resolução de mérito, com fundamento na alegação de coisa julgada e litispendência.

VOTO

Trata-se de agravo, sob a forma de instrumento, interposto por **RENAULT DO BRASIL S.A.** e **RENAULT DO BRASIL COMÉRCIO E PARTICIPAÇÃO LTDA.** (rés) em face de **EUROCAR VEÍCULOS LTDA.**, **LÓTUS VEÍCULOS LTDA.**, **NORTPAR CONCESSIONÁRIA DE VEÍCULOS LTDA.**, **RENOME CONCESSIONÁRIA DE VEÍCULOS LTDA.**, **RENOME JAPAN CONCESSIONÁRIA DE VEÍCULOS LTDA.** e **JMC PARTICIPAÇÕES LTDA.** (autoras), contra a r. decisão que rejeitou o pedido de reconhecimento da coisa julgada material e litispendência e consequente extinção do processo sem resolução de mérito.

Alegam as agravantes, em síntese, responder ação indenizatória proposta pelas agravadas com base nos arts. 24 e 25 da Lei nº 6.279/79 ("Lei Ferrari"), postulando danos materiais e morais com alegação de pretensas imposições contratuais e denúncia irregular do contrato de concessão para vendas de veículos "Renault" e respectivos serviços. Vindo os autos ao Juízo *"a quo"*, postularam a extinção do processo, sem resolução de mérito, pela ocorrência de coisa julgada e litispendência, em virtude de três ações anteriores que ajuizaram em face das agravadas RENOME, EUROCAR e NORTPAR, conforme quadro de fls. 11: a primeira julgada procedente, com trânsito em julgado, na qual foi reconhecida causa da rescisão do contrato exclusiva por culpa da concessionária; a segunda também foi julgada procedente, confirmada em apelação e se aguarda o trânsito em julgado após decisão em agravo tirado contra despacho denegatório de Recurso Especial; e a terceira encontra-se em fase de produção de prova pericial.

Ainda segundo as agravantes, a causa de pedir e pedido da presente ação são os seguintes: (a) *causa de pedir*, supostas imposições contratuais que teriam determinado a rescisão, ou seja, sem culpa das agravadas; (b) *pedidos*, condenação ao pagamento de indenização com base na "Lei Ferrari", ressarcimento dos valores expendidos na implantação e manutenção das

Acesso ao Sumário

concessionárias, cumulados, com danos morais pela rescisão supostamente imotivada do contrato de concessão. Então, como todas as ações têm por base o contrato de concessão (e não os de consignação, como sustentado na r. decisão agravada), e já tendo sido reconhecida a culpa das agravadas em duas das precedentes ações contra elas movida, inclusive já condenadas a pagamentos de indenizações, patente a coisa julgada material e litispendência, respectivamente.

Por fim, sustentam não prevalecer o fundamento decisório de que nas ações movidas pelas agravantes discutiu-se apenas os contratos de consignação dos veículos, e que, nesta, tal discussão se fará apenas incidentalmente, à falta de pedido declaratório para tanto, o que justificaria a distinção de causa de pedir. Essa conclusão não é correta, devendo ser o recurso provido para a extinção do processo, sem resolução de mérito, respaldada na existência de coisa julgada material e litispendência (fls. 1/16).

Processado o recurso, as agravadas ofereceram contraminuta (fls. 519/528). Em preliminares pedem o não conhecimento por dois motivos: (a) não apresentação de cópia da decisão agravada, porque a cópia de fls. 506 reporta-se a decisão não objeto da certificação de publicação; (b) extemporaneidade do recurso tirado de decisão que, depois, foi objeto de embargos de declaração, também julgado, sem, contudo, haver ratificação, com o que aplicável a súmula nº 418 do STJ. No mérito recursal, dizem a correção do ato decisório hostilizado, cujos fundamentos referem à abrangência do contrato de concessão de todas as autoras como um todo, com imputações de fatos anteriores à própria concessão, além de outros no curso da execução como supostas causas do insucesso das concessionárias. Isso não traduz reprodução das ações anteriores, nem equivalência de objeto ou causa de pedir: o objeto da presente ação respalda-se na lei civil e não apenas na especial ("Lei Ferrari").

É o relatório.

1.-

1.1.- Rejeito o pleito de não conhecimento do agravo por irregularidade formal por falta de traslado de cópia da r. decisão agravada, trocada por outra (fls. 520/522).

É bem verdade que houve equívoco na indicação feita na petição recursal sobre a decisão efetivamente recorrida (fls. 3 e 505/506), mas, observadas as razões recursais, verifica-se a clareza no apontamento do capítulo impugnado da decisão agravada, cujo teor encontra-se na cópia da publicação no DJe anexado ao recurso para demonstrar sua tempestividade, considerada a interrupção do prazo pela oposição dos embargos de declaração, nos termos do art. 538 do CPC (fls. 508). Nessa publicação é possível a leitura dos fundamentos decisórios, inexistindo qualquer prejuízo à parte contrária, assim como para compreensão do pleito recursal.

Acesso ao Sumário

Sem prejuízo ao contraditório recursal e possível a perfeita compreensão dos temas trazidos pelas recorrentes, não prevalece a pretensão formalista de não conhecimento do recurso.

1.2.- Não configurada, também, a seguinte articulada na contraminuta: não conhecimento do recurso com base na extemporaneidade pela inexistência de ratificação recursal pelas agravantes após julgamento dos embargos de declaração opostos pelas agravadas.

Em primeiro lugar, o recurso foi interposto após o julgamento dos embargos (2/6/2014 e 27/5/2014, respectivamente) e as agravantes demonstraram ter amplo conhecimento de seu teor, tanto que, por equívoco, anexaram sua cópia como se fosse do capítulo que não se conformaram (fls. 506).

Em segundo lugar, os embargos de declaração foram opostos pelas agravadas (autoras da ação), com arguição de tema pertinente à perícia apenas, refugindo ao âmbito dos temas tratados neste recurso. São capítulos diversos e autônomos inseridos na mesma decisão interlocutória.

Não se desconhece a Súmula nº 418 do STJ, segundo a qual *"é inadmissível o recurso especial interposto antes da publicação do acórdão dos embargos de declaração, sem posterior ratificação."* Entretanto, as peculiaridades acima apontadas afastam sua incidência.

Sem prejuízo, o Excelso Supremo Tribunal Federal, por sua Primeira Turma, recentemente decidiu a possibilidade de conhecimento do recurso extraordinário, ainda que pendente de julgamento embargos declaratórios opostos pela parte contrária, *"...ficando a problemática no campo da prejudicialidade se esses últimos forem providos com modificação de objeto."* (Ag.Reg. no Recurso Extraordinário nº 680.371-SP, Rel. Min. DIAS TOFFOLI, Redator do Acórdão o Min. MARCO AURÉLIO, m.v., j. em 13/6/2013).

Esse julgamento abriu nova discussão a respeito do tema para modificar a jurisprudência sedimentada a respeito, abarcando a análise sob a perspectiva da efetividade e instrumentalidade da jurisdição. E sobreveio novo julgamento:

> "AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO DE INSTRUMENTO. PETIÇÃO DE RECURSO EXTRAORDINÁRIO APRESENTADA ANTES DO JULGAMENTO DOS EMBARGOS DECLARATÓRIOS OPOSTOS PELA PARTE ADVERSA. EMBARGOS DESPROVIDOS. RATIFICAÇÃO DESNECESSÁRIA.
>
> Sendo desprovidos os embargos declaratórios apresentados pela parte adversa contra o acórdão combatido pelo recurso extraordinário, tem-se, no momento da interposição deste, decisão final da causa apta a ensejar a abertura da via extraordinária, na forma do art. 102, III, da Constituição. Dessa forma, desnecessária a ratificação. Precedente. Agravo regimental a que se dá provimento." (Ag. Reg. no Agr. Instrumento nº 740.688-RJ, Primeira Turma, Rel. Min. ROBERTO BARROSO, m.v., j. em 3/9/2013).

Acesso ao Sumário

Com crítica à chamada jurisprudência defensiva, o ilustre professor JOSÉ MIGUEL GARCIA MEDINA, em artigo, assevera:

> "Como disse o ministro Humberto Gomes de Barros, então presidente do Superior Tribunal de Justiça, jurisprudência defensiva é postura 'consistente na criação de entraves e pretextos para impedir a chegada e o conhecimento dos recursos que lhe são dirigidos'.
>
> A definição fala por si: as manifestações de jurisprudência defensiva ou não têm base legal, ou decorrem de interpretação distorcida do texto da Lei.
>
> Tal é o que ocorre com a orientação firmada no Enunciado 418 da Súmula do Superior Tribunal de Justiça, segundo a qual é 'inadmissível o recurso especial interposto antes da publicação do acórdão dos embargos de declaração, sem posterior ratificação'. A jurisprudência, a respeito, é implacável: considera indispensável a ratificação do recurso interposto antes do julgamento dos embargos de declaração, qualquer que seja o resultado do julgamento deste recurso.
>
> É certo que, como já se decidiu, a decisão que julga os embargos de declaração, ainda que para rejeitá-lo, integra a decisão embargada. **No entanto, é evidentemente injustificável a exigência de ratificação, se não houve qualquer alteração na decisão embargada.**
>
> Esse aspecto foi destacado em julgados proferidos pelo Supremo Tribunal Federal. Em 2009, no julgamento da Ação Rescisória 1.668, o ministro Cezar Peluso chamou a atenção para o erro. Como disse ele, daquele que não interpôs embargos de declaração não se deve exigir a ratificação do recurso, após a rejeição dos embargos de declaração interpostos por outrem. Tal orientação veio a ser posteriormente confirmada pelo Supremo em 2013, no julgamento Agravo Regimental em Recurso Extraordinário 680.371, ao qual se seguiu, no mesmo sentido, o julgamento do Agravo Regimental em Recurso Extraordinário 740.688." (Revista Consultor Jurídico, publicado em 10/2/2014 no *site* conjur.com.br, grifo em negrito meu).

1.3.- Rejeitadas as questões preliminares suscitadas pelas agravadas na contraminuta, o agravo é de ser conhecido, porque presentes seus requisitos de admissibilidade.

2.- A questão processual a ser dirimida neste recurso refere-se à ocorrência ou não de coisa julgada e litispendência entre a presente demanda indenizatória em relação às ajuizadas antes pela agravante em face das agravadas RENOME, EUROCAR e NORTPAR (fls. 11).

Para tanto, as agravantes sustentam a identidade dos elementos de cada ação a justificar o acolhimento de sua pretensão processual, enquanto as agravadas argumentam que, além da não coincidência integral de partes, a presente ação contém causa de pedir e pedidos que não se inserem no âmbito de identidade com as anteriores (inclusive pedidos declaratório e condenatório

Acesso ao Sumário

por dano moral).

Eis o teor da r. decisão no capítulo objeto do inconformismo:

"1) Fls. 4415/4419 e 5094/5139: Rejeito as preliminares de litispendência e coisa julgada arguidas pelas rés Nissan do Brasil Automóveis Ltda., Renault do Brasil Comércio e Participações Ltda. e Renault do Brasil S/A. O âmbito da discussão nos autos relacionados pelas rés Renault restringe-se às penalidades pelo rompimento do contrato de consignação de veículos, sendo debatida a questão da culpa nesse contrato de consignação de modo incidental e sobre o qual não se opera a coisa julgada por falta de pedido declaratório. A ação mencionada pela ré Nissan contra a autora Lótus Veículos Ltda. (fls. 4420/4427), contém pedido declaratório de rescisão do contrato de concessão, o qual foi acolhido, mas com fundamento no encerramento das atividades após denúncia do contrato pelo término de seu prazo, o que não se está discutindo nestes autos. A presente demanda abrange o contrato de concessão de todas as autoras como um todo, desde a fase inicial até sua extinção, sendo imputadas às rés condutas antecedentes à concessão, bem como no curso de sua execução, as quais seriam a causa principal do insucesso das concessionárias. Observo também que não há identidade de todas as partes." (fls. 508).

Em resumo, as agravadas celebraram contratos de concessão de vendas de veículos das fabricantes RENAULT e NISSAN, conforme relatados nos autos, por exigência da Lei nº 6.729/79 (segundo as concessionárias, na época, a segunda fabricante era controlada pela primeira, integrando um grupo econômico para investimentos e comércio no Brasil). No curso da execução contratual, as partes resolveram modificar parcialmente a forma de relacionamento, cabendo à fabricante RENAULT a entrega dos automóveis nas concessionárias-rés respectivas, mediante assinatura de contratos de consignação; estas, depois das respectivas vendas das unidades, deveriam efetuar os pagamentos, culminando com os atos administrativos necessários para regularização junto às autoridades de trânsito.

Contudo, com alegação de infringência de cláusulas avençadas, os contratos de concessão foram rescindidos por iniciativa das concedentes RENAULT DO BRASIL S.A. e RENAULT DO BRASIL COMÉRCIO E PARTICIPAÇÕES (agravantes), mediante notificação judicial, seguida do ajuizamento de três ações condenatórias da multa legal em face das concessionárias RENOME, EUROCAR e NORTPAR.

Estas ações anteriores - ora invocadas pelas agravantes - têm como causa de pedir remota os contratos de consignação assinados a partir de abril de 2005, irradiados do primitivo de concessão; a causa de pedir próxima consistiu na falta de pagamento às concedentes, pelas concessionárias referidas, dos preços recebidos dos clientes atinentes a estes veículos recebidos em consignação e

Acesso ao Sumário

reclamações de consumidores. Consta que foram dirigidas individualmente às três concessionárias.

E a presente ação indenizatória foi ajuizada não apenas pelas concessionárias acionadas, mas também por outras integrantes do mesmo grupo econômico, além da empresa JMC PARTICIPAÇÕES LTDA., como sócia comum. Apresenta o contrato de concessão para venda de veículos como causa de pedir remota, indicando, contudo, como causa próxima, o comportamento das agravantes e suas coligadas pelo menos desde o final da década de 90, com imposição de cláusulas contratuais abusivas, medidas retaliadoras no curso da execução da concessão e infringência aos princípios da boa-fé contratual, autonomia e da livre iniciativa. Imputam as consequências desastrosas do desempenho econômico que antecedeu à rescisão promovida pelas agravantes e suas coligadas ao comportamento desleal destas. Mais especificamente, reportam-se a três contratos de concessão celebrados pelas ora autoras EUROCAR, RENOME e NORTPAR (rés nas ações anteriores), como também aos contratos de financiamentos celebrados entre todas as autoras e a corré CFI (CFI Companhia de Crédito, Financiamento e Investimento Renault do Brasil). Também trazem os contratos de concessão firmados entre as autoras RENOME JAPAN e LÓTUS com a corré NISSAN DO BRASIL AUTOMÓVEIS LTDA., integrante do grupo econômico RENAULT/NISSAN.

Lembra JOSÉ JOAQUIM CALMON DE PASSOS que a *"...litispendência e a coisa julgada reclamam identidade da lide. E isso ocorre quando são os mesmos os sujeitos que a contendem a respeito do mesmo bem da vida e pela mesma causa. Há, por conseguinte, uma tríplice identidade exigida para que se reconheça a identidade de lides: identidade dos sujeitos, identidade do pedido e identidade da causa de pedir. Faltando qualquer dessas identidades, não se pode cogitar nem de litispendência nem de coisa julgada."* ("Comentários ao Código de Processo Civil", vol. III, Ed. Forense, 2ª ed., 1977, pág. 352, em comentários ao art. 301 do CPC).

Assim justifica sua lição:

"**196.9.** No tocante ao objeto mediato (o bem da vida perseguido com o objeto), há identidade quando ele é o mesmo qualitativa e quantitativamente. Se o bem garantido num caso pode conceber-se mesmo sem o bem garantido no outro, há aí diversidade objetiva das ações. Se a relação é quantitativa, isto é, se um bem é *parte* do outro, deve-se atentar para as seguintes lições, retiradas de CHIOVENDA: (a) quando o bem menor se pode conceber não só como *parte* do maior, mas também por si, a negação do bem maior não é, necessariamente, negação do bem menor; b) se pende demanda sobre uma parte (por exemplo, a respeito de uma prestação, se ela já venceu ou já foi paga), e se ajuíza demanda sobre o todo (se o total é devido), não há identidade, sim continência (art. 104), e as causas devem ser ajuizadas perante o

Acesso ao Sumário

mesmo juiz e terem o mesmo julgamento e procedimento.

196.10. A identidade da causa de pedir resulta de ser o mesmo fato jurídico de uma e outra demanda. Nele se incluem tanto o fato constitutivo do direito do autor quanto o fato constitutivo da obrigação do réu. Em resumo, ela é representada pelo fato ou pelos fatos que autorizam o pedido.

Quanto dissemos no n.º 122 é aplicável aqui. Querem, entretanto, ressaltar que um mesmo fato (acontecimento da vida) pode revestir-se de mais uma qualificação jurídica, por conseguinte, ser fato jurídico em mais de um sentido. Como, por igual, relativamente a uma relação, mais de um fato juridicamente qualificado pode existir. Fala-se, no particular, em *fattispecie*, ou fato típico complexo. Se a conseqüência jurídica pretendida é diversa, ou se para a mesma conseqüência é fato novo que se invoca, não há porque falar em identidade de causa de pedir, Por isso mesmo se reivindico determinado imóvel, afirmando-me seu proprietário e sou vencido, nada impede que venha a pretender sua a sua posse sob invocação de caber-me, em relação a ele, o usufruto. Como por igual, se pedi a anulação de um negócio jurídico argüindo simulação, e fui vencido, nada impede que venha a postular essa anulação, argüindo dolo ou coação ou outro vício do consentimento.

196.11. Para que haja litispendência, portanto, exige-se a identidade dos sujeitos da causa de pedir e do pedido nos termos estritos em que vimos de enunciar. Se essa identidade não ocorre, apenas se pode falar em conexão ou continência, que reclamam unidade de juízo, unidade de procedimento e unidade de julgamento, mas não induzem litispendência.

196.12. No referente à coisa julgada, vale tudo quanto afirmado acima. Apenas a lide, cujos elementos são considerados para efeito de confronto, em vez de estar pendente, já foi soberanamente julgada, isto é, nos termos do § 3º, já foi decidida por sentença de que não cabe recurso." (ob. cit. Págs. 354/355).

Assim como na doutrina referida, no caso em julgamento, como bem anotado pelo douto Juiz, não se fazem presentes os requisitos necessários para o reconhecimento da identidade de ações e a consequente extinção do processo, a saber:

(A) As ações anteriores foram endereçadas, individualmente, a três concessionárias, fixado o objeto litigioso, no pedido condenatório de indenização pela rescisão do respectivo contrato de concessão, sem pedido declaratório e expresso de reconhecimento da causa da rescisão do contrato de concessão de que tratou a notificação judicial. E a presente traz litisconsórcio ativo integrado por todas as empresas do grupo econômico que assumiram as concessões respectivas, como também varia nas empresas incluídas no polo passivo.

(B) Respeitado entendimento diverso, inexiste similitude jurídica das causas de pedir e pedido entre as ações anteriores e a presente. Em sua

Acesso ao Sumário

petição inicial, as agravadas apresentam fatos que, segundo elas, trouxeram-lhes prejuízos econômicos determinantes da perda dos investimentos realizados e iniciativa da rescisão da concessão, estribando-se, basicamente, no regime jurídico do Código Civil, sem olvidar as disposições da Lei nº 6.729/79 (cfr. notadamente fls. 96 e seguintes), culminando por pedir indenizações, além das previstas nos arts. 24 e 25 da referida Lei nº 6.729/79, inclusive por danos morais. Naquelas, as agravantes apresentaram substancialmente os contratos de consignação firmados a partir de 2005, ainda que decorrentes da concessão, e inadimplementos respectivos como causa de pedir (próxima e remota); mas não houve pedido de rescisão do contrato, porque fora feita notificação judicial rescisória anteriormente.

Desse modo, os fundamentos apresentados pelo douto Juiz *"a quo"* hão de ser mantidos, malgrado o inconformismo das agravantes.

3.- Posto isso, por meu voto, ***(a)*** rejeitadas as questões recursais preliminares deduzidas na contraminuta, conheço o recurso de agravo, ***(b)*** ao qual nego provimento.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2098887-97.2014.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é agravante ALENILTON BARBOSA LIMA, é agravado AYMORÉ CRÉDITO FINANCIAMENTO E INVESTIMENTO S.A. ("SANTANDER FINANCIAMENTO S.A.").

ACORDAM, em 38ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 11.615)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores SPENCER ALMEIDA FERREIRA (Presidente), FERNANDO SASTRE REDONDO e FLÁVIO CUNHA DA SILVA.

São Paulo, 20 de agosto de 2014.

SPENCER ALMEIDA FERREIRA, Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER - Apelação - Apresentação fora do prazo legal - Doença da única patrona constituída para patrocinar os interesses do autor - Advogada que sofreu torsão

e ferimento com infecção no pé esquerdo que impossibilitou seu comparecimento ao expediente de trabalho - Justa causa - Caracterização - Inteligência do artigo 183, § 1º, do CPC - A comprovação da justa causa deve ser realizada durante a vigência do prazo ou até cinco dias após cessado o impedimento, sob pena de preclusão - Justa causa tempestivamente comprovada com as razões recursais - Deserção afastada - Decisão reformada. Recurso provido.

VOTO

1.- Trata-se de Agravo de Instrumento tirado em face da r. decisão trasladada às fls. 257 que, em ação de obrigação de fazer, deixou de receber a apelação, visto que foi protocolada em 12/05/14, três dias além do prazo de 15 (quinze) dias previsto no artigo 508 do Código de Processo Civil, por entender o magistrado que se encerrou em 09/05/14.

Pleiteia o agravante a reforma do *decisum*, alegando, o protocolo do recurso foi efetuado dentro do prazo. Assevera que no dia 09/05/2014 sua Advogada sofreu um acidente onde teve uma torsão e ferimento com infecção no pé esquerdo que impossibilitou seu comparecimento ao expediente de trabalho conforme faz prova da declaração, receituário e fotografia anexa ao presente agravo de instrumento. Acrescenta que por ser esta única advogada do Agravante, não possuindo ninguém que pudesse executar o protocolo do referido recurso, o prazo, nos termos do artigo 183, § 1º, do CPC, é prorrogado para o primeiro dia útil subsequente, qual seja 12/05/2014. Exara, ainda, que segundo, a própria 25ª Vara Cível do Foro Central, devido a emenda do feriado do dia do trabalho, suspendeu os prazos para o dia 13/05/2014 como faz prova *print* anexo obtido pelo próprio *site* do TJ/SP.

Foi concedido o efeito suspensivo, processado, oferecida a contraminuta a fls. 270/273, encontram-se os autos em termos de julgamento.

É o relatório.

2.- Com razão a recorrente.

A decisão agravada foi proferida nos seguintes termos:

"Trata-se de Recurso de Apelação interposto pelo autor Alenilton Barbosa de Lima a fls. 217/243. O autor foi intimado da sentença de fls. 209/214, pela imprensa, DJE de 23/04/2014 (fls. 215), considerando a data da publicação o primeiro dia útil subsequente ao da disponibilização 24/04/2014 (quinta-feira), iniciando-se, portanto, a contagem do prazo em 25/04/14 (sexta-feira), primeiro dia útil seguinte após a intimação (art. 184, § 2º, do CPC). A apelação foi protocolada em 12/05/14, três dias

Acesso ao Sumário

além do prazo de 15 (quinze) dias previsto no artigo 508 do Código de Processo Civil, que se encerrou em 09/05/14. Isto posto, deixo de receber a apelação." (fls. 257).

Observa-se que a apelação foi protocolada após o fim do prazo recursal, acarretando o não conhecimento da peça em primeira instância.

No caso em exame, em 12.05.2014, o autor apresentou recurso (fls.159/163) e noticiou nas próprias razões recursais o impedimento ocorrido que impossibilitou a advogada de comparecer ao expediente de trabalho e como consequência informou que não pode realizar o protocolo do recurso no dia 09/05/2014, sendo ele realizado no primeiro dia útil subsequente.

De acordo com o disposto no *caput* do artigo 183 do Código de Processo Civil, ainda que transcorrido o prazo para a prática de determinado ato processual, subsiste o direito de praticá-lo se comprovada a justa causa. E o parágrafo primeiro do aludido dispositivo legal considera como "justa causa o evento imprevisto, alheio à vontade da parte, e que a impediu de praticar o ato por si ou por mandatário".

Registre-se que a doença do advogado pode constituir justa causa para os efeitos do art. 183, § 1º, do CPC, principalmente quando ele for o único procurador constituído nos autos. A comprovação da justa causa deve ser realizada durante a vigência do prazo ou até cinco dias após cessado o impedimento, sob pena de preclusão, e no caso dos autos, como mencionado a justa causa foi comprovada nas razões recursais da apelação de fls. 159/163.

Com efeito, o requerente comprovou que a sua advogada, única constituída para patrocinar seus interesses (fls. 32), sofreu acidente no dia 09.05.2014 onde teve uma torsão e ferimento com infecção no pé esquerdo que impossibilitou seu comparecimento ao expediente de trabalho, conforme se vê da declaração de comparecimento e do receituário médico juntado aos autos (fls. 259/260).

Desse modo, imperioso reconhecer que o acidente sofrido pela advogada do autor consubstancia justa causa, de modo que fica justificada a apresentação tardia do recurso.

Acesso ao Sumário

Neste sentido, confira-se o julgado proferido pelo Colendo Superior Tribunal de Justiça:

"PROCESSO CIVIL. AGRAVO NO RECURSO ESPECIAL. OCORRÊNCIA DE JUSTA CAUSA A IMPEDIR A INTERPOSIÇÃO DO RECURSO NO PRAZO LEGAL. DOENÇA DO ADVOGADO. CARACTERIZAÇÃO COMO JUSTA CAUSA. RESTITUIÇÃO DE PRAZO. ART. 183 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. QUALIFICAÇÃO JURÍDICA DOS FATOS. QUESTÃO DE DIREITO. VIABILIDADE DA ANÁLISE NO RECURSO ESPECIAL. - O transcurso do prazo para a prática do ato conduz a preclusão do direito,

salvo a exceção da ocorrência da justa causa prevista no parágrafo primeiro do artigo 183, do CPC, que exige a coexistência de evento imprevisto, alheio à vontade da parte e que a tenha impedido de praticar o ato por si ou por mandatário. - O art. 183 do CPC refere-se à restituição de prazo e não à suspensão ou à interrupção de prazo. Na ausência de fixação judicial sobre a restituição do prazo, é aplicável o disposto no art. 185 do CPC. - A doença do advogado pode constituir justa causa para os efeitos do art. 183, § 1º, do CPC, principalmente quando ele for o único procurador constituído nos autos. - A comprovação da justa causa deve ser realizada durante a vigência do prazo ou até cinco dias após cessado o impedimento, sob pena de preclusão (...)"[1]

E ainda, os arestos desta Corte de Justiça:

"Prazo - Recurso - Devolução - Doença grave do advogado - Justa causa configurada - Exegese do artigo 183 do Código de Processo Civil - Deserção afastada - Recurso provido. "Súbita enfermidade que acomete único causídico, impedindo-o de protocolar tempestivamente o recurso, caracteriza justa causa e força maior a possibilitar a prorrogação do prazo (artigo 183, § 1º, do CPC)"[2].

"INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS E MATERIAIS - Advogada - Contestação - Apresentação fora do prazo legal - Doença da única advogada constituída para patrocinar os interesses da ré - Justa causa - Caracterização - Sentença anulada - Necessidade de abertura de instrução processual para o perfeito equacionamento da lide - Reconhecimento. Se a contestação foi apresentada um dia após a justa causa impeditiva de apresentação da contestação no dia do vencimento do prazo de quinze dias, fica reconhecida a sua tempestividade, e, por conseguinte, afastados os efeitos da revelia. Recurso provido"[3].

Merece, portanto, a decisão ser reformada afastando-se o decreto de deserção, devendo o Juízo *a quo* apreciar os demais pressupostos de admissibilidade do recurso de apelação.

3.- Ante ao exposto, **dá-se** provimento ao recurso.

Acesso ao Sumário

1 AgRg no REsp. nº 533.852-RJ (2003/0054227- 5), 3ª Turma, Rel. Ministra Nancy Andrighi, J. 21.06.2005, in DJ de 05.09.2005.

2 Agravo de Instrumento nº 1165208- 0/3, Rel. Des. Andreatta Rizzo, j.05.05.08.

3 Apelação nº 0225356-92.2009.8.26.0100, Rel. Juiz. Fabio Podestá, j. 16.10.2013.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2105629-41.2014.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é agravante ESTEFANIA MARTINS GOMES DOS SANTOS, é agravada CARLA CRISTINA COSTA CUNHA.

ACORDAM, em 38ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 8387)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores SPENCER ALMEIDA FERREIRA (Presidente sem voto), FLÁVIO CUNHA DA SILVA e MAURY BOTTESINI.

São Paulo, 6 de agosto de 2014.

FERNANDO SASTRE REDONDO, Relator

Ementa: REINTEGRAÇÃO DE POSSE. Liminar. Pretensão deduzida contra companheira do titular do domínio já falecido. Ação de reconhecimento de união estável por ela promovida e julgada improcedente, com confirmação da sentença pelo Tribunal. Reintegratória precedida de notificação para desocupação não atendida. Concessão de liminar. Admissibilidade. Decisão mantida. RECURSO NÃO PROVIDO.

VOTO

RELATÓRIO

Agravo de instrumento interposto contra a r. decisão de fls. 15 que, em ação de reintegração de posse, deferiu o pedido liminar postulado pelos agravados, por estar comprovado nos autos que não houve reconhecimento judicial de união estável, tampouco direito da requerida sobre o imóvel, sendo irregular a posse exercida, que não se sustenta diante da notificação para desocupação, feita pelos herdeiros do *de cujus*, verdadeiros titulares do bem.

A recorrente postula a reforma da decisão. Requer a concessão da justiça gratuita. Alega estar pendente recurso especial do v. acórdão que manteve a sentença de improcedência da ação de reconhecimento de união estável, por ela ajuizada, não ocorrendo o trânsito em julgado daquela ação. Alega que reside no imóvel desde fevereiro de 2007, portanto há sete anos, sendo três em

Acesso ao Sumário

companhia do *de cujus*, pai da agravada, e quatro anos após a sua morte. A posse e o domínio do imóvel, objeto da ação, no qual reside, ainda está *sub judice*. A jurisprudência é unânime em reconhecer o seu direito. Ajuizou a ação de reconhecimento de união estável em 15.8.2009 e somente agora ficou sabendo do inventário promovido pela agravada, datado de 13.8.2011, portanto, sem o seu conhecimento. A agravada não tem legitimidade para pleitear a posse do imóvel em questão. Assim, apesar de já cumprida a liminar de reintegração de posse, requer a imediata determinação de seu retorno ao imóvel, até o trânsito em julgado da ação de reconhecimento de união estável. Requer o provimento ao recurso, e a decretação de nulidade de todos os atos praticados a partir do recebimento da petição inicial ou, subsidiariamente, a cassação da liminar.

Indeferido o efeito suspenso ativo ao recurso (fls. 74). Recurso tempestivo, sem preparo, pois também se postula a concessão da justiça gratuita, respondido (fls. 77/86), com documentos juntados (fls. 87/172).

VOTO

Impõe-se, inicialmente, a concessão, para fins do recurso, dos benefícios da gratuidade processual à agravante, sendo suficiente a declaração de pobreza (fls. 12), corroborada a afirmação de que está desempregada, conforme cópia de sua carteira de trabalho (fls. 59/63) e de que, por isso, não possui condições de arcar com as custas processuais, sem prejuízo de seu sustento e de sua família.

No mérito, o recurso não comporta provimento.

Os fatos narrados na petição inicial, em conjunto com as provas documental ofertada (fls. 33/38, 40/49, 51/54) permitiam a concessão da liminar, pois presentes os requisitos autorizadores, caracterizado o esbulho diante da negativa de atendimento da solicitação para desocupação do imóvel, após regular notificação da agravante.

O artigo 927, do Código de Processo Civil estabelece que cabe ao autor provar na ação possessória: a) a sua posse; b) a turbação ou esbulho praticado pelo réu; c) a data do ocorrido esbulho; e d) a perda da posse.

E, no caso, há prova de que o imóvel objeto da ação pertencia ao *de cujus*, pai da agravada, falecido em 30.6.2009, como consta dos documentos exibidos (fls. 40/49). Há, também, comprovação de que ação proposta pela agravante, visando o reconhecimento de união estável, foi julgada improcedente, inclusive no tocante ao imóvel cuja posse é disputada (fls. 51/54). A sentença de improcedência foi confirmada por acórdão proferido na apelação nº 0131257-39.2009.8.26.0001, pela 7ª Câmara de Direito Privado do TJSP (Rel. Des. Ferreira da Cruz, j. em 5.2.2014, fls. 33/38).

Nem socorre a agravante a alegação de que não transitara em julgado a ação por ela ajuizada, pois ela não lhe confere direito à posse, que haveria de ser devolvida após solicitação feita. E a recusa caracterizou, por ficção jurídica,

Acesso ao Sumário

esbulho possessório, justamente porque rompido o comodato, daí surgindo o direito do proprietário à retomada do bem.

Sobre o tema, os precedentes que seguem:

"AGRAVO DE INSTRUMENTO - REINTEGRAÇÃO DE POSSE - COMODATO - NOTIFICAÇÃO EXTRAJUDICIAL - ESBULHO - CARACTERIZAÇÃO - Desejando o agravante o término do comodato, necessária a notificação do réu, a fim de constituí-lo em mora, o que foi efetivado - Esgotado o prazo concedido sem a desocupação, caracterizado está o esbulho - Liminar deferida. Recurso provido." (Agravo de Instrumento nº 0196043- 90.2012.8.26.0000, Rel. Des. Marino Neto, 11ª Câmara de Direito Privado).

"POSSESSÓRIA - Reintegração de Posse - Comodato verbal - Realizada notificação para devolução do imóvel - Desocupação voluntária não efetivada - Esbulho caracterizado - Alegação de que as partes viveram em união estável - Questão a ser decidida em ação própria sendo irrelevante ao deslinde da presente demanda - Litigância de má-fé - Inocorrência - Sentença mantida - Recurso não provido." (Apelação n° 0198448-95.2009.26.0100. 38ª Câmara de Direito Privado. Rel. Des. Maia da Rocha).

Nesse contexto, confirmando estarem presentes os requisitos autorizadores, impõe-se a manutenção do r. despacho que deferiu a liminar e que, inclusive, já foi cumprida em 20.6.2014, conforme notificado no recurso ora apreciado fls. 29 e 31).

Diante do exposto, nego provimento ao recurso.

ACÓRDÃO

Acesso ao Sumário

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2054525-10.2014.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é agravante ASSOCIAÇÃO DOS CONDÔMINOS DO EMPREENDIMENTO CENTRAL PARK JABAQUARA TORRES I E II, é agravado HM SERVIÇOS GERAIS E MANUTENÇÃO DE IMÓVEIS S/C LTDA..

ACORDAM, em 20ª 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 0207)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores ÁLVARO TORRES JÚNIOR (Presidente) e CORREIA LIMA.

São Paulo, 4 de agosto de 2014.
ALBERTO GOSSON, Relator

Ementa: Consumidor - Desconsideração da personalidade jurídica (CDC, 28, § 5º) - Aplicação da "teoria menor" - Presença dos requisitos - Inadimplência do fornecedor e obstáculo ao ressarcimento do consumidor demonstrados - Mesmo com a aplicação do art. 50 do Código Civil ("Teoria Maior"), existem indícios de confusão patrimonial e/ou de fraude - Decisão interlocutória reformada - Agravo PROVIDO.

VOTO

Agravo de instrumento interposto de decisão interlocutória (pp. 97-9) que, em cumprimento de sentença (pp. 56-58; 50-52; 35-6; 79; 20-7; 28-30) de demanda de cobrança (pp. 8-12) indeferiu pedido de desconsideração da personalidade jurídica (pp. 91-2).

O ato judicial impugnado fundamentou como razão de decidir que *"para a desconsideração da personalidade jurídica (...), não basta pura e simplesmente o encerramento de suas atividades ou a dificuldade do credor de encontrar bens da sociedade passíveis de penhora e ou arresto"* (p. 21).

A agravante deduz, como causa de pedir, em suma, que *"está evidente que a empresa é uma fraude, que ocorre um desvio de finalidade, até mesmo pela 'declaração' do sócio de que 'a empresa existe juridicamente(...)'"*.

Recurso inicialmente distribuído à 30ª Câmara de Direito Privado, que não conheceu dele, determinando a sua remessa para a 20ª Câmara de Direito Privado, sob a razão de decidir de prevenção (RI-TJSP, art. 102) (pp. 101-103).

Redistribuído o recurso à 20ª Câmara de Direito Privado, a relatora determinou, na decisão monocrática de recebimento, a intimação da contraparte para resposta (p. 113).

Cessada a designação da relatora para exercer a função judicante na 20ª Câmara de Direito Privado (p. 119), o recurso foi novamente redistribuído, desta vez ao presente relator (p. 121).

É o relatório.

O recurso comporta provimento.

A desconsideração da personalidade jurídica tem duas diferentes disciplinas de regência no direito positivo brasileiro.

A primeira é aquela prevista no artigo 50 do Código Civil, conhecida

Acesso ao Sumário

como "teoria maior da desconsideração", que exige como requisitos: cumulativamente, (i) a *inadimplência* (insolvência) e (ii) o *requerimento da parte interessada* (ou do Ministério Público); e, alternativamente, ou (iii) o *abuso da personalidade jurídica* (caracterizado pelo *desvio de finalidade* ou pela *confusão patrimonial*), ou (iv) a *manipulação fraudulenta do instituto* (em regra, associada ao *encerramento ou à dissolução irregulares*).

A segunda, chamada de "teoria menor da desconsideração", é regulada pelo parágrafo 5º do artigo 28 do Código de Defesa do Consumidor, e prescinde do *abuso* e da *fraude*, autorizando que a simples insolvência possa justificar a aplicação do instituto, *"sempre que sua personalidade for, de alguma forma, obstáculo ao ressarcimento de prejuízos causados aos consumidores"* (CDC, art. 28, § 5º).

Assim, determinar se relação jurídica entre as partes se sujeita ao diploma consumerista ou ao civilista é questão prévia-prioritária prejudicial à análise do próprio pedido de desconsideração.

Na espécie, a relação jurídica material deduzida em juízo é de consumo, pois a agravante, nos termos do art. 2º, *caput*, da Lei nº 8.078/1990 (CDC) foi destinatária final dos serviços prestados pela agravada, a qual, por tal razão, conceitua-se como fornecedora, conforme art. 3º, *caput*, da mesma lei.

E, segundo essa linha de raciocínio, estão preenchidos os requisitos para a desconsideração sob a perspectiva consumerista: (i) a inadimplência atestada pela fase de execução forçado do débito; e (ii) o obstáculo à satisfação do crédito evidenciado pela ausência de bens, em nome da empresa, passíveis de expropriação.

Não bastasse, ainda que se entendesse pela aplicação do art. 50 do Código Civil - em vez do art. 28, § 5º, do CDC-, a confusão patrimonial e/ou a fraude estariam fortemente sugeridas unicamente pela declaração do sócio da agravada de que *"a empresa fisicamente não existe mais e não existem bens à penhora"*.

Ante o exposto, **dá-se provimento ao recurso**, para reformar a decisão interlocutória agravada, a fim de desconsiderar a personalidade jurídica da agravada.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 0200868-77.2012.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é agravante ABEXA - ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE EXPORTAÇÃO DE ARTESANATO, é agravado DIM-EXPORT COMERCIAL EXPORTAÇÃO E

IMPORTAÇÃO LTDA..

ACORDAM, em 25ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Rejeitaram as matérias preliminares, no mérito, deram provimento ao recurso de agravo, por votação unânime.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 26.883/2013)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores VANDERCI ÁLVARES (Presidente sem voto), HUGO CREPALDI e EDGARD ROSA.

São Paulo, 31 de julho de 2014.

MARCONDES D'ANGELO, Relator

Ementa: RECURSO - AGRAVO DE INSTRUMENTO - LOCAÇÃO DE IMÓVEIS - ESPAÇO EXPOSITIVO - AÇÃO DE EXECUÇÃO DE TÍTULO EXTRAJUDICIAL - PRELIMINARES DE NÃO CONHECIMENTO DO RECURSO POR INTEMPESTIVIDADE E FALTA DE DOCUMENTOS OBRIGATÓRIOS. O recurso comporta juízo de admissibilidade positivo, pois preenche todos os requisitos extrínsecos e intrínsecos exigidos por lei, em especial a tempestividade e a presença de todos os documentos necessários ao seu conhecimento. Prazo em dobro para recorrer não afastado por inaplicabilidade do Enunciado da Súmula nº 641 do Colendo Supremo Tribunal Federal, no caso concreto, ante a não extinção do litisconsórcio na origem. Procurações comprobatórias de que os advogados que atuam no recurso detêm poderes de representação. Recurso conhecido. Preliminares repelidas.

RECURSO - AGRAVO DE INSTRUMENTO - LOCAÇÃO DE IMÓVEIS - ESPAÇO EXPOSITIVO - AÇÃO DE EXECUÇÃO DE TÍTULO EXTRAJUDICIAL - DESCONSIDERAÇÃO INVERSA DA PERSONALIDADE JURÍDICA - MÉRITO. Decisão atacada que desconsiderou inversamente a personalidade jurídica da entidade executada para incluir no polo passivo da execução outra pessoa jurídica que compôs como

Acesso ao Sumário

associada fundadora. A desconsideração inversa da personalidade jurídica somente deve ser admitida quando houver prova firme, peremptória, de que o ente jurídico a ser atingido por ato do sócio foi utilizado como instrumento viabilizador de fraudar credores ou a execução. Ausência de prova concreta no caso em que a decisão está calcada em presunções de fraude e insolvência do executado. Imprestabilidade do laudo laborado pelo Administrador Judicial, à luz do simples exame dos autos para comprovar a alegada fraude à execução por interposta pessoa jurídica. Impossibilidade, ademais, de penhora do numerário existente em determinada conta bancária específica da entidade coletiva inserta no polo passivo da execução por força da desconsideração (OSCIP), de origem pública e de natureza privada, vez que repassados por entidade privada de cooperação criada pelo Governo Federal para fomento de atividade de interesse público, que, por sua vez, é subvencionada pela União Federal. Desconsideração inversa da personalidade jurídica afastada. Recurso de agravo provido para esse fim.

VOTO

Vistos.

Trata-se de **AGRAVO DE INSTRUMENTO**, com pedido liminar de efeito suspensivo, interposto contra a respeitável decisão copiada às folhas 3.659/3.661, integrada em sede de embargos de declaração pela decisão copiada às folhas 3.718/3.719 (19º volume), proferida no processo da ação de execução de título executivo extrajudicial (documento particular assinado pelo devedor e duas testemunhas, artigo 585, inciso II - cópia da petição inicial às folhas 114/127) que **DIM-EXPORT COMERCIAL EXPORTAÇÃO E IMPORTAÇÃO LIMITADA** contra **INSTITUTO FAZER BRASIL DE APOIO E CAPACITAÇÃO E PROMOÇÃO COMERCIAL DE OBJETOS E ARTIGOS BRASILEIROS**, que deferiu pedido de desconsideração inversa da personalidade jurídica da executada para trazer à lide associação constituída por esta, **ABEXA - ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE EXPORTAÇÃO DE ARTESANATO**, ora agravante, por reconhecer o insigne Magistrado singular que essa entidade foi constituída e vem sendo utilizada para fraudar a execução, e ainda, concedeu o levantamento da quantia que já havia sido penhorada eletronicamente das contas bancárias dessa entidade pelo sistema Bacen-Jud.

Acesso ao Sumário

Insurge-se a associação incluída no polo passivo da execução, de início, para demonstrar sua desvinculação com o executado, explicando o fundamento e a forma pela qual foi constituída, bem como sua finalidade social. Diz que a **APEX-BRASIL, AGÊNCIA BRASILEIRA DE PROMOÇÃO DE EXPORTAÇÕES E INVESTIMENTOS**, criada pelo Governo Federal para desenvolver a competitividade das empresas brasileiras, cujo propósito é atrair Investimentos Estrangeiros Diretos (IED) para setores estratégicos, decidiu, em fevereiro de 2010, que não mais participaria de projetos regionais, mas só de nacionais. Explica que, naquela época, quatro instituições, absolutamente autônomas e independentes entre si, representantes de milhares de artesãos do país inteiro, dentre as quais o executado **INSTITUTO FAZER BRASIL**, mantinham projetos regionais com a agência. Acrescenta que para atendimento da nova exigência da agência, as quatro entidades regionais, com orientação de consultoria prestada por pessoa jurídica especializada indicada pela própria agência, constituíram-na com o objetivo institucional de apoiar promoções comerciais no exterior, projetos locais no Brasil, além de garantir às entidades integrantes a fruição dos recursos e demais benefícios oferecidos pelo Governo Federal. Argumenta que o número restrito de sócios quando de sua constituição justifica o motivo pelo qual a Presidente do executado, **WALKIRIA DUTRA DE OLIVEIRA**, acumula cargo diretivo de projetos em sua estrutura administrativa, o que acabou sendo explorado de forma indevida pelo Magistrado singular na respeitável decisão hostilizada por influência da credora e do Administrador Judicial. Apregoa que desde a data que foi criada até junho de 2011, quando firmou o primeiro convênio com a agência fomentadora, não havia recebido nenhum recurso financeiro que deveria ser destinado ao executado. E destaca que, em maio de 2011, antes mesmo de receber o primeiro repasse de recursos da agência, o executado, consciente de suas restrições para receber repasses de recursos da agência fomentadora, requereu o seu desligamento do quadro associativo, justificando seu afastamento no óbice do artigo 7º, inciso III, de seu estatuto. Argumenta que os recursos liberados em junho de 2011, quando o executado já não fazia mais parte de seu quadro associativo, destinavam-se ao projeto específico relativo ao associado **INSTITUTO CENTRO CAPE**. Diz ainda que os recursos liberados seguidamente pela agência, em julho de 2011, foram destinados aos projetos do associado **INSTITUTO DE ARTESANATO CEARENSE**. Anota que os recursos que recebeu no final de agosto seriam dirigidos ao projeto do associado **ARTEST - ARTE E ESTILO**. Assevera que, em setembro de 2011, antes do repasse de qualquer recurso ao executado, a agência fomentadora confirmou seu impedimento oficial de participação de qualquer projeto por ela subsidiado, pois as contas que prestou em projeto próprio, mantido diretamente por ele com a agência, foram rejeitadas. Diante disso, todos os eventos previstos para o executado, consubstanciados em repasse

Acesso ao Sumário

de recursos da agência, foram cancelados, de modo que ele jamais se beneficiou de qualquer centavo repassado pela agência ao seu caixa. Sustenta ser irregular a penhora eletrônica dos R$ 923.000,00 (novecentos e vinte e três mil reais) de sua conta bancária, em 26 de outubro de 2011, e, igualmente, a desconsideração da personalidade jurídica inversa do executado em julho de 2012, quando já não mais fazia parte do seu quadro de associados, para incluí-la no polo passivo da execução. Invoca preceitos constitucionais e processuais em vigor. Expõe que atualmente é composta por 07 (sete) instituições representativas de milhares de artesãos, as quais estão prejudicadas seriamente pela decisão agravada. Finaliza dizendo ser associação séria, lícita, com objetivos sociais bem definidos, não podendo ser taxada de instituição fraudulenta ("laranja"), como assevera a credora na ânsia de obter seu crédito a qualquer custo, mesmo que tenha que prejudicar terceiros. Cita textos doutrinários e julgados sobre a teoria da desconsideração da personalidade jurídica em sua forma tradicional e inversa, bem como o Enunciado nº 283 do Conselho da Justiça Federal. Impugna o trabalho do Administrador judicial ao fundamento de que é superficial e que sua conclusão está aportada em presunções e não em provas. Suscita a análise do convênio que mantém com a agência fomentadora para que se constate que os recursos que recebe não podem ser penhorados, porque ostentam natureza pública, devendo ser devolvidos a ela ao final dos projetos, com os respectivos rendimentos, quando não utilizados. Oferta crítica ao parecer entranhado nos autos da lavra do eminente Jurista Ives Gandra da Silva Martins. Colaciona cópia integral dos autos da execução na tentativa de comprovar que não há nenhuma prova de que tenha custeado qualquer despesa do executado ou que a ele esteja vinculado de qualquer modo, como constou do parecer que sugeriu a desconsideração da personalidade jurídica ora impugnada. Destaca ainda ofensa ao devido processo legal e a necessidade de caução para o levantamento da quantia penhorada. Destaca que o bloqueio dos recursos constritos trata manifesto prejuízo há mais de três mil artesãos nacionais, haja vista que não terá recursos financeiros para custear exposições em feiras e eventos tradicionais na França, Espanha, Estados Unidos e Alemanha, nos quais exporiam suas mercadorias. Diz, mais, na hipótese de não haver retorno dos recursos, ficará inadimplente perante a agência fomentadora e seus associados para com a União, o que lhes impedira de obterem certidões negativas viabilizadoras de outros convênios. Aponta, por derradeiro, a iliquidez da dívida, eis que atualizada pela credora sem critério. Pugna, nesse contexto, seja provido o recurso para que a respeitável decisão atacada seja reformada, reconhecendo não ser caso de se aplicar a teoria da desconsideração da personalidade jurídica inversamente, decretando-se, em razão disso, sua ilegitimidade para figurar no polo passivo da execução e a imediata liberação da quantia penhorada eletronicamente de sua conta bancária.

Acesso ao Sumário

De início, o recurso foi distribuído à Egrégia 27ª Câmara de Direito

Privado (conforme termo de distribuição de folha 3.725), que, em julgamento, por votação unânime, não o conheceu por admitir a prevenção desta Egrégia 25ª Câmara de Direito Privado (Venerando Acórdão de folhas 3.733/3.740 - 19º volume dos autos).

Recebidos os autos do recurso de agravo de instrumento por esta Egrégia 25ª Câmara, determinou-se seu processamento com a atribuição de efeito suspensivo para obstar o levantamento dos valores bloqueados eletronicamente da conta bancária da agravante até o final do processamento (decisão de folhas 3.744/3.745).

Contraminuta às folhas 3.748/3.790 (19º volume). Nesse momento, a agravada suscita preliminar recursal de intempestividade do recurso manejado, ao fundamento de que não incide na hipótese o prazo recursal em dobro previsto no artigo 191 do Código de Processo Civil, por incidência do enunciado da Súmula nº 641 do Colendo Supremo Tribunal Federal. Diz ainda que o recurso é intempestivo porque os embargos de declaração opostos pela agravante não interrompeu a fluência do prazo recursal, porquanto dotado de caráter infringente (folha 3.718). Alega, ademais, que o recurso não foi instruído com todas as peças obrigatórias, na medida em que as procurações de três litisconsortes, ou as respectivas certidões de inexistência das procurações, não se encontram nos autos. Assevera, quanto ao mérito, breve em resumo, que a decisão agravada deve ser mantida, vez que a agravante cuida-se em verdade de instituição criada pelo devedor primitivo com o objetivo espúrio de evitar a execução, consoante constatou o Administrado Judicial.

Cumprida a determinação contida no artigo 526, "*caput*", do Código de Processo Civil (folhas 3.969/3.979, 19º volume).

Informações prestadas pelo juízo de origem encartadas às folhas 3.982/3.984.

Em petição apresentada às folhas 4.042/4.043 (20º volume), a agravante pede a juntada dos documentos de folhas 4.044/4.050, expedidos pelo Ministério da Justiça, por entender que são comprobatórios de que é entidade séria, proba, com finalidade delimitada e seguida.

Este é o relatório do necessário.

O recurso comporta juízo de admissibilidade positivo, pois todos os requisitos legais estão presentes, em especial aqueles apontados como ausentes pela agravada, ou seja, tempestividade e documentos essenciais (Código de Processo Civil, artigo 522 e seguintes).

Iniciando-se pela tempestividade, com efeito, por força da decisão copiada às folhas 3.659/3.661 do presente instrumento, integrada em sede de embargos de declaração pela decisão copiada às folhas 3.718/3.719 (19º volume), a agravante **ABEXA** foi inserida no polo passivo da execução para,

Acesso ao Sumário

conjuntamente com o **INSTITUTO FAZER BRASIL** e suas dirigentes, trazidas à lide por desconsideração da personalidade jurídica deste, **WALKIRIA DUTRA DE OLIVEIRA**, **MEIRE TERESINHA DE AZEVEDO BERALDO** e **MARILDA COSTA SALLES**, responder pelo crédito em execução em litisconsórcio passivo.

Ao ingressar nos autos com procuradores distintos, a exemplo dos demais, passou a agravante a ter direito à contagem dos prazos legais em dobro para contestar, recorrer e falar nos autos, independentemente de requerimento ou qualquer manifestação judicial nesse sentido (Código de Processo Civil, artigo 191).

E, ao contrário do que sustenta a agravada com suporte no enunciado da Súmula nº 641 do Colendo Supremo Tribunal Federal – que estabelece a contagem de prazo simples para recorrer quando só um dos litisconsortes sucumbir –, não se pode dizer que o prazo para recorrer deixou de ser dobrado no caso concreto, uma vez que não foi apenas a agravante a prejudicada pela respeitável decisão agravada.

A dita decisão agravada, em tese, também acarretou prejuízo a coexecutada **MEIRE TERESINHA DE AZEVEDO BERALDO** e a terceira interessada **APEX-BRASIL, AGÊNCIA BRASILEIRA DE PROMOÇÃO DE EXPORTAÇÕES E INVESTIMENTOS**, que manejaram seus recursos próprios de agravo de instrumento, os quais ainda estão pendentes de julgamento (nºs 0193669-04.2012.8.26.0000 e 0169434-70.2012.826.0000).

Ainda que não fosse assim, não seria o caso de retirar da agravante o benefício legal do prazo em dobro para recorrer, inadvertidamente, com apoio no enunciado da Súmula nº 641 do Colendo Supremo Tribunal Federal.

É que, na forma dos precedentes que deram origem ao texto sumulado, referentes a Recursos Extraordinários e derivados, o benefício do prazo em dobro deve ser considerado extinto somente quando o recorrente for o único que detenha interesse recursal por força de extinção do litisconsórcio junto ao juízo de origem, hipótese deveras distinta dos autos, em que a decisão recorrida é interlocutória e não pôs fim ao processo, afigurando-se potencialmente lesiva aos interesses das diversas partes constantes dos autos, como inclusive já restou evidenciado ante o manejo de três recursos de agravo de instrumento e uma ação de embargos de terceiro (confira-se os precedentes citados quando da aprovação da Súmula nº 641: AI 86800 AgR, DJ 11.06.82; AI 154873 AgR, DJ 02.06.95; AI 243497 ED, DJ 25.06.99; AI 235655 ED, DJ 06.08.99; AI 236832 ED, DJ 13.08.99; AI 235635 AgR, DJ 08.10.99; AI 243148 ED, DJ 15.10.99; AI 244660 AgR, DJ 15.10.99).

Por outras palavras, não se afigura coerente, somente no âmbito recursal, retirar o benefício do prazo em dobro para que a agravante possa recorrer

Acesso ao Sumário

enquanto continua a gozar do benefício legal na origem, restando inaplicável na hipótese, pois, o entendimento sumulado nº 641 do Colendo Supremo Tribunal Federal.

Também não se pode dizer, de outra quadra, que o recurso é intempestivo porque os embargos de declaração manejados pela agravante não interrompeu o prazo recursal por ser dotado de caráter infringente, uma vez que foram conhecidos pelo juízo da execução, restando apenas desacolhidos no que toca a questão de fundo, isto é, o mérito propriamente dito (respeitável decisão de folhas 3.718/3.719, 19º volume).

Ainda que assim não fosse, a mera oposição do recurso de embargos de declaração já teria interrompido o prazo recursal, independentemente de ser conhecido, porquanto dotado em si de efeito interruptivo, na forma da previsão expressa do artigo 538, "*caput*", do Código de Processo Civil.

A propósito do tema, o Egrégio Superior Tribunal de Justiça assentou, desde o julgamento do EREsp nº 302.177/SP, Relatado pelo Eminente Ministro FRANCISCO PEÇANHA MARTINS, em 27 de setembro de 2004, que "a oposição de Embargos de Declaração, mesmo quando incabíveis ou de caráter manifestamente infringente, interrompem o prazo para a interposição de outros recursos, a não ser na hipótese de os Embargos não serem conhecidos por intempestividade", o que, à evidência, não se aplica à espécie, uma vez que os embargos foram conhecidos, porém julgados improcedentes (folhas 3.718/3719).

Neste passo, considerando que a decisão agravada copiada às folhas 3.659/3.611 foi publicada em 26 de julho de 2012 (certidão de publicação à folha 3.664 verso destes autos), considerando ainda que o prazo recursal se iniciou a partir de 30 de julho de 2012 (primeiro dia útil seguinte ao da publicação; artigo 4º da Lei 11.419/06), e, também, que foi ele interrompido em 03 de agosto de 2012 pela oposição dos embargos de declaração (confira-se protocolo da petição à folha 3.697), os quais foram julgados em 22 de agosto de 2012 (folha 3.724 - decisão publicada em 24 de agosto), e que somente a partir daí se abriu o prazo recursal de 20 (vinte) dias para a interposição do presente recurso, findando-se em 12 de setembro de 2012 (prazo recursal em dobro), o recurso em questão é inegavelmente tempestivo, pois foi esta a data em que foi protocolizado (confira-se à folha 02).

Admitida como certa a tempestividade do recurso, avança-se sobre a preliminar de irregularidade formal por ausência de peças obrigatórias, a qual se adianta, também não é de ser acolhida.

Na forma do artigo 525, inciso I, do Código de Processo Civil, o recurso deve ser instruído, obrigatoriamente, com as procurações outorgadas aos advogados do agravante e do agravado.

Acesso ao Sumário

No caso vertente, conquanto a agravante não tenha trazido aos autos as procurações de todas as partes que figuram na execução muito embora tenha indicado às folhas 45/47 todos os patronos que atuam no feito junto à origem, colacionou ao presente instrumento a procuração que outorgou aos seus advogados e a que a exequente, ora agravada, concedeu para os seus patronos, o que se afigura suficiente para o exame do recurso, na medida em que as procurações permitem aferir que quem subscreve a peça recursal foi, de fato, o procurador da agravante e que o digno causídico que fora intimado para responder ao recurso era de fato procurador da agravada, tanto que ofertou contraminuta em tempo oportuno.

Diante disso, inegavelmente, presentes os poderes de representação e a capacidade postulatória exigidos para o conhecimento do recurso (Código de Processo Civil, artigos 524, inciso III, 525, inciso I, e 527, inciso V).

Ademais, o fato de a agravante não ter trazido aos autos do recurso as procurações relativas a todas as partes executadas (apresentou procurações de três de cinco executados) não oferece risco de prejuízo a elas, uma vez que o eventual provimento do recurso somente pode vir a beneficiá-las, e, ainda assim, reflexamente.

Enfim, o recurso de agravo de instrumento não padece de nenhuma falha que impeça o seu conhecimento.

Considerando que o recurso foi instruído com cópia integral do processo de origem, que conta com mais de 4.000 (quatro mil) folhas e 20 (vinte volumes), diversos recursos e que deu azo, também, a ação de embargos de terceiro, afigura-se conveniente, para que se possa dar ao leitor uma exata dimensão da lide, elaborar breve apanhado da execução desde o momento em que foi proposta até o que trouxe à lide a **ABEXA** para responder pela dívida do executado **INSTITUTO FAZER BRASIL**.

Depreende-se dos autos do instrumento que **DIM-EXPORT COMERCIAL EXPORTAÇÃO E IMPORTAÇÃO LIMITADA** firmou contrato de locação de determinado espaço expositivo com o **INSTITUTO FAZER BRASIL DE APOIO E CAPACITAÇÃO E PROMOÇÃO COMERCIAL DE OBJETOS E ARTIGOS BRASILEIROS**, situado na "Galerie Lafayette", em Paris, na França, no ano de 2005. O prazo da locação foi de 20 (vinte) dias, com início de vigência em 08 de junho de 2005 e término previsto para o dia 28 daquele mês. Como contrapartida, a locatária se obrigou ao pagamento de R$ 548.000,00 (quinhentos e quarenta e oito mil reais), os quais seriam pagos mediante sinal de 10% (dez por cento) no ato da celebração e o restante até 10 de julho de 2005. Segundo a locadora, não obstante o ajuste e a ocupação do espaço, a locatária deixou de quitar esta última parcela significativa do preço, dando causa à execução do título executivo em pauta, consubstanciado

Acesso ao Sumário

em documento particular assinado pelo devedor e duas testemunhas (Código de Processo Civil, artigo 585, inciso II, com a redação então vigente cópia da inicial às folhas 114/127, 1º volume).

Initio litis, houve arresto cautelar de numerário então encontrado nas contas bancárias do executado no importe de R$ 23.792,73 (vinte três mil setecentos e noventa e dois reais e setenta e três centavos) e R$ 46.348,71 (quarenta e seis mil trezentos e quarenta e oito reais e setenta e um centavos), como se pode inferir de folhas 257 e 281/283.

Diante do arresto, o executado apresentou embargos à execução, sem, contudo, garantir o juízo. Na oportunidade, o devedor impugnou a certeza do título ao fundamento de que a exequente não cumpriu com sua parte na avença locatícia na forma como se obrigara (folhas 299/305). Argumentou ainda que a exequente tinha conhecimento de que os recursos obtidos para o evento expositivo no exterior foram angariados com suporte na Lei Federal de Incentivo à Cultura (Lei nº 9.313, de 23 de dezembro de 1991 - Lei Rouanet) diretamente da PETROBRÁS, e foram utilizados para pagamento de diversas despesas imprevistas que tiveram de suportar no exterior por responsabilidade da credora. Como garantia da execução, ofertou imóvel de uma de suas dirigentes, **MEIRE TERESINHA DE AZEVEDO BERALDO**. Busca a liberação imediata de suas contas bancárias, porque supostamente destinadas a receber recursos provenientes de patrocínios vinculados sujeitos a prestação de contas.

Naquela época a credora tentou obter a satisfação do seu crédito mediante arresto cautelar dos recursos que financiariam o evento expositivo no exterior, os quais seriam passados pela PETROBRAS, no importe de R$ 600.000,00 (seiscentos mil reais), para o executado **INSTITUTO FAZER BRASIL** o realizasse. Todavia, a medida deixou de ser cumprida porque a PETROBRAS já havia entregado o numerário ao executado.

Os embargos à execução não foram recebidos por falta de garantia suficiente do juízo (decisão às folhas 488/489). Todavia, houve a liberação condicional de parte dos recursos constritos judicialmente para que o executado pudesse fazer frente às despesas com funcionários, desde que as comprovasse (folha 396).

O executado ofereceu então exceção de executividade em que suscitou a nulidade da execução, por não ostentar a credora título executivo líquido, certo e exigível (folhas 490/501, 3º volume).

O Juízo da execução rejeitou liminarmente a defesa destituída de garantia, por entender que a matéria arguida carecia de análise probatória. Na oportunidade, indeferiu a penhora do bem imóvel ofertado em nome da diretora do executado para garantir a execução, porque pertencente a terceiro junto ao Registro de Imóveis (respeitável decisão às folhas 540/542, 3º volume).

Acesso ao Sumário

A exequente se manifestou na sequência e impugnou o deferimento do levantamento de parte do numerário bloqueado para que o executado pudesse destiná-lo ao pagamento de funcionários. Na mesma oportunidade, requereu a penhora de ativos financeiros em nome dos dirigentes da instituição executada (folhas 544/548, 3º volume).

O pleito de impedimento de levantamento da quantia penhorada foi acolhido em parte, porquanto exigiu o juízo a comprovação das despesas operacionais do executado para que pudesse ocorrer a liberação de parte do numerário. O pedido de penhora de ativos financeiros dos dirigentes da instituição executada, porém, foi negado, pois, não compunham, à época, o polo passivo da execução (respeitável decisão à folha 549, 3º volume).

Contra essa respeitável decisão, o executado manejou o recurso de agravo de instrumento nº 0006275-58.2006.8.0000, que não foi conhecido, por votação unânime, desta Egrégia 25ª Câmara de Direito Privado, em julgamento ocorrido em 09 de maio de 2006 (folha 554, 3º volume).

A exequente solicitou o levantamento do numerário penhorado eletronicamente que se encontrava a disposição do juízo (folha 564/566, 3º volume).

O pedido foi indeferido até que o executado se manifestasse a respeito (folha 566, 3º volume).

O executado apresentou petição sustentando que os recursos então penhorados de conta bancária específica não deveriam ser levantados, porquanto captados sob a forma da Lei do Mecenato (Lei nº 8.313/91 - Lei Rouanet), e, também, porque destinados a projeto específico patrocinado à época, note-se, pela **APEX BRASIL - AGÊNCIA BRASILEIRA DE PROMOÇÃO DE EXPORTAÇÕES E INVESTIMENTOS**, para utilização em projeto certo e determinado. Em resumo, já naquela época, argumentou-se que os recursos penhorados pertenciam a terceiro (folhas 575/577, 3º volume).

É importante notar que já naquela oportunidade, em março de 2006, a **APEX BRASIL - AGÊNCIA DE PROMOÇÃO DE EXPORTAÇÕES E INVESTIMENTOS** informou ao juízo que os recursos então constritos eram impenhoráveis, porque de origem pública vinculados a projeto específico (folhas 578/589 e 595/597, 3º volume).

Seguidamente, o juízo indeferiu em definitivo o pedido de levantamento (folha 611, 4º volume).

A credora, inconsolada, interpôs recurso de agravo de instrumento contra a respeitável decisão denegatória de levantamento (folhas 616/625, 4º volume).

Naquela época fora requerido pelo devedor que quaisquer recursos que ingressassem em suas contas bancárias específicas de projetos com origem na Lei do Mecenato, Lei Roaunet, fossem livrados de eventual penhora (folhas

Acesso ao Sumário

644/645, 4º volume).

Em consequência, o juízo determinou que a parte contrária se manifestasse a respeito (folhas 646 e 653, 4º volume).

Dessa decisão, jungida às anteriores, o executado também tirou agravo de instrumento (folhas 659/676).

A exequente anunciou ao juízo ter constatado que, em 22 de agosto de 2003, as dirigentes do executado, **WALQUIRIA DUTRA DE OLIVIERA**, **MARILDA COSTA SALLES** e **MEIRE TERESINHA DE AZEVEDO BERALDO** haviam criado a pessoa jurídica de direito privado **O FAZER DO BRASIL COMÉRCIO E REPRESENTAÇÃO LIMITADA**, que, em sua modalidade societária, estava obrigada ao pagamento de tributos e demais encargos. E, já em 05 de novembro de 2003, criaram o executado **INSTITUTO FAZER BRASIL** como Organização da Sociedade Civil de Interesse Público - OSCIP, com o propósito de se furtarem a obrigações tributárias. Argumentou então a credora que o executado vinha se furtando à execução, pois se valia das contas bancárias daquela outra instituição privada para operar, requerendo assim a penhora dos ativos que constassem em seu nome (folhas 710/714, 4º volume).

Diante do noticiado, o juízo condutor da execução reconheceu a presença de confusão patrimonial entre as duas pessoas jurídicas, bem como a presença dos mesmos dirigentes em ambas, acarretando também abuso de personalidade por absoluto desvio de finalidade, e, então, desconsiderou a personalidade jurídica do executado, inserido no polo passivo da lide executiva também aquela outra pessoa jurídica, ademais de todos os dirigentes e conselheiros das duas entidades (folha 728, 4º volume).

Ato seguinte, determinou o juízo que fossem remetidas cópias do feito ao Ministério da Justiça, ao Ministério da Cultura e ao Ministério Público Estadual e Federal, para que perquirissem se as entidades criadas com diferença de pouco mais de dois meses, com finalidades sociais muito assemelhadas, não estariam sendo utilizadas de modo indevido por suas dirigentes para se valerem indevidamente de recursos de origem pública (decisão copiada à folha 783; 4º volume).

Contra essa respeitável decisão, o executado manejou mais um recurso de agravo de instrumento (folhas 786/808, 4º e 5º volumes).

Sobreveio então decisão final quanto ao agravo de instrumento manejado pelo executado contra a decisão que desconsiderou sua personalidade jurídica e autorizou que a execução fosse voltada contra seus dirigentes e em face da outra instituição privada (cópia do venerando acórdão às folhas 1.027/1.032, 6º volume).

A exequente, aportada na decisão confirmatória da desconsideração da personalidade jurídica do devedor, requereu o bloqueio judicial de diversos

Acesso ao Sumário

veículos que se encontravam registrado em nome dos dirigentes e conselheiros do executado que foram incluídos no polo passivo da execução por força da desconsideração (folhas 1.034/1.037, 6º volume).

O pedido foi deferido e cumprido (folhas 1.074/1.075, 6º volume), porém, posteriormente, quando já penhorado bens e valores de ex-dirigentes e de ex-conselheiros do executado, foram eles excluídos da lide, com liberação de seus bens, por força da decisão proferida em sede de embargos de declaração manejado no âmbito do recurso de agravo de instrumento tirado contra a respeitável decisão que desconsiderou a personalidade jurídica do executado, mantendo-se no polo passivo da execução apenas o **INSTITUTO FAZER BRASIL DE APOIO À CAPACITAÇÃO E PROMOÇÃO COMERCIAL DE OBJETOS E ARTIGOS BRASILEIROS**, **O FAZER DO BRASIL COMÉRCIO E REPRESENTAÇÃO LIMITADA**, **WALKIRIA DUTRA DE OLIVIERA**, **MARILDA COSTA SALLES** e **MEIRE TERESINHA DE AZEVEDO BERALDO** (confira-se às folhas 835/836, 862/868, 988/1.007 - 5º volume, 1.109/1.113 - 6º volume, 1.475/1.489 - 8º volume, 1.501, 1.548 - 8º volume, 1.619, 1.639/1.641, 1.741 - 9º volume, 2.003/2.016 - 10º volume).

Entrementes, o recurso de agravo de instrumento manejado pela credora contra a decisão que havia indeferido seu pedido de levantamento dos valores constritos no curso da ação foi julgado, indeferindo o levantamento do numerário por impertinência do pedido naquele momento processual, em que sequer os embargos à execução haviam sido apreciados (folhas 1.209/1.214, 7º volume).

A credora formulou novos pedidos de penhora em face das dirigentes do devedor mantidas no polo passivo da execução por força da desconsideração da personalidade jurídica, **WALKIRIA**, **MARILDA** e **MEIRE** (folhas 1.382/1.387, 7º volume).

A credora requereu ao juízo o julgamento dos embargos à execução manejados pelo devedor logo no início da execução, noticiando o transcurso de dois anos desde que foram opostos sem que tivessem sido apreciados por falta de segurança intencional do juízo pelo devedor (folha 1.516, 8º volume).

Seguiu-se nova determinação de aguardo da segurança do juízo (folha 1.517, 8º volume).

Sobreveio o julgamento do recurso de agravo de instrumento que havia sido interposto pelo executado contra a respeitável decisão que havia deferido o levantamento do numerário penhorado eletronicamente de suas contas bancárias (Agravo de Instrumento nº 1.100.440-0/8), autorizando o levantamento, o que foi cumprido (folhas 1.557/1.581 e 1.582, 8º volume).

Seguidamente, foram penhorados dois imóveis das coexecutadas dirigentes do devedor **MARILDA** e **MEIRE** (termos de penhoras às folhas 1.682/1682, 9º volume).

Acesso ao Sumário

O devedor peticionou nos autos suscitando a impenhorabilidade da conta bancária que mantém junto ao Banco do Brasil sob o nº 00.025.718-4, agência 0722-6, sob o fundamento de que é destinada apenas para aporte de recursos oriundos da **APEX-BRASIL**, recebidos por meio de Convênio de Cooperação Técnica e Financeira, para realização de projetos específicos, consoante documentos probatórios emitido pela agência (folhas 1.692/1.721, 9º volume).

A **APEX-BRASIL** encaminhou declaração ao juízo da execução informado que a conta bancária mencionada de fato era destinada ao repasse de recursos para fomento de projeto próprio (folha 1.721; 9º volume).

Os embargos à execução foram, enfim, apreciados (respeitável sentença de folhas 1.842/1.844, 10º volume), quando então fora reconhecido excesso de execução por razão de não cumprimento parcial da obrigação pela locadora-exequente, conforme dispositivo que a seguir se transcreve:

> *"Ante o exposto e considerando o mais que dos autos consta, JULGO PARCIALMENTE PROCEDENTE a ação para REDUZIR do título executivo extrajudicial: a) o valor correspondente aos dias não explorados pela embargante; b) o valor correspondente à redução da área explorada (10%); c) os pagamentos comprovadamente feitos à Lafayete em razão das vendas".*
>
> *"Condeno a embargada, em razão do decaimento, ao pagamento das custas processuais, corrigidas desde quando desembolsadas, e honorários advocatícios, ora arbitrados em dez por cento sobre o valor atualizado diferença a ser constatada".*

Diante dessa decisão a credora atualizou seu crédito informando ao juízo, em 29 de setembro de 2010, ter direito a R$ 791.576,88 (setecentos e noventa e um mil quinhentos e setenta e seis reais e oitenta e oito centavos). Nessa ocasião, solicitou o bloqueio de bens em nome das duas pessoas jurídicas que figuravam no polo passivo da execução e de suas três dirigentes (folhas 2.060/2.062, 11º volume).

Naquele instante ocorreu novo bloqueio eletrônico das contas bancárias dos executados a pedido da credora (folhas 1.979/1.983; 10ª volume).

A coexecutada **WALKIRIA** requereu a liberação de R$ 750,00 (setecentos e cinquenta reais) penhorados de sua conta bancária, ao fundamento de que se tratavam de proventos de aposentadoria, e, no mesmo ato, pediu a liberação dessa conta bancária ao fundamento de que era destinada apenas ao recebimentos de proventos (folhas 2.072/2.073, 11º volume).

A credora comunicou ao juízo ter tomado conhecimento de que o executado **INSTITUTO FAZER BRASIL** continuava a receber verbas da **APEX BRASIL**, assim, requereu duas providências: (1º) fosse realizada a penhora de valores que a **APEX BRASIL** tivesse em favor de qualquer um dos executados, e; (2º) que a agência informasse quais e onde foram creditados

Acesso ao Sumário

os valores transferidos para os devedores nos últimos cinco anos (folhas 2.083/2.084; 11º volume).

O pedido de penhora dos valores que a **APEX BRASIL** teria a repassar para os devedores foi deferido em 04 de novembro de 2010, já o segundo pedido foi indeferido (folha 2.087, 11º volume).

Em seguida, a credora informou ao juízo que não obstante as contas bancárias dos executados estivessem sempre sem saldo quando dos diversos bloqueios eletrônicos, tomou conhecimento de que continuavam a participar de eventos no exterior que demandavam gastos excessivos e incompatíveis com a movimentação financeira que apresentavam (folhas 2.109/2.112, 11º volume). Na oportunidade, requereu fosse oficiado ao Banco Central do Brasil para que apresentasse extratos de todas as movimentações financeiras dos executados, incluindo-se contratos de câmbio e transferência ao exterior, e, igualmente, que fosse oficiada a Receita Federal para que fornecesse cópia das declarações de renda dos últimos cinco anos, o que foi deferido com expedição de ofícios (folhas 2.109/2.112; 11º volume).

Na sequência, a credora solicitou o bloqueio permanente das contas bancárias dos executados, data em que indicou seu crédito atualizado no montante de R$ 945.751,34 (novecentos e quarenta e cinco mil, setecentos e cinquenta e um reais e trinta e quatro centavos - folhas 2.133/2.136, 11º volume), medida que também restou deferida (folha 2.139, 11º volume).

Nova constrição eletrônica foi efetivada (folhas 2.161/2.199, 11º volume).

A credora pediu o levantamento dos novos valores penhorados no importe de R$ 38.866,68 (trinta e oito mil, oitocentos e sessenta e seis reais e sessenta e oito centavos - folha 2.192, folha 11º volume), pedido este que também restou deferido (folha 2.307, 12º volume).

Houve novo bloqueio eletrônico de R$ 9.230,80 (nove mil duzentos e trinta reais e oitenta centavos; folha 2.363, 12º volume).

Diante da dificuldade em satisfazer seu crédito, a credora pediu fosse penhorado 50% (cinquenta por cento) do faturamento da pessoa jurídica **EDITORA PHOTON LIMITADA**, tocante a proporção do capital social de sua sócia e coexecutada **MARILDA**. No mesmo ato, foi solicitada a nomeação de Administrado Judicial para tornar possível a penhora do faturamento dessa nova pessoa jurídica e disponibilizá-lo ao juízo.

Acesso ao Sumário

O pedido de penhora do faturamento da pessoa jurídica mencionada foi deferido em 10 de maio de 2011, data em que fora nomeado o administrador judicial **MARCO ANTÔNIO PARISI LAUREA**, advogado, para que interviesse nas pessoas jurídicas executadas e elaborasse plano de penhora (folha 2.399, 12º volume).

A credora noticiou então ter tomado conhecimento de que a coexecutada

MEIRE havia modificado seu perfil de investimento para se furtar à penhora eletrônica de seus ativos financeiros a partir do momento em que fora incluída no polo passivo da lide, pois, a partir de então, estaria investindo em planos de previdência privada e fundos de investimentos. Requereu, assim, a penhora desses ativos (folhas 2.493/2.497, 13º volume).

Entrementes, mais R$ 30.605,57 (trinta mil seiscentos e cinco reais e cinquenta e sete centavos) foram penhorados das contas bancárias da coexecutada **MEIRE** e acabaram levantados (folhas 3.126/3.127, 13º volume).

Em seguida foram penhorados os créditos dessa mesma coexecutada relativos a planos de previdência privada no importe de R$ 54.665,73 (cinquenta e quatro mil seiscentos e sessenta e cinco reais e setenta e três centavos), e foram levantados (folhas 3.129/3.131 e 3.136, 13º volume).

Em 18 de outubro de 2011, a credora comunicou ao juízo ter descoberto que o **INSTITUTO FAZER BRASIL**, por meio de suas dirigentes, em especial por **WALKIRIA**, movimentou muito dinheiro em suas contas bancárias durante a execução. Todavia, depois do bloqueio permanente de todas as contas bancárias, a movimentação financeira não mais se efetivou, sem que, porém, o executado deixasse de operar no Brasil e no exterior. Disse que, procurando descobrir como os devedores estavam burlando a execução, tomou conhecimento de que, com a finalidade de se esquivar de bloqueios judiciais e do pagamento de suas obrigações para com seus credores, em flagrante fraude a execução, verificou que os devedores fundaram no final de 2010 à ora agravante ABEXA, que passou a movimentar em seu próprio nome os recursos que antes eram dirigidos àqueles (executados) pela **APEX BRASIL**, os quais totalizam aproximadamente R$ 8.000.000,00 (oito milhões de reais). Explicou ainda que, como parte da fraude à execução, o Regimento Interno desta nova instituição previu que todas as Notas Fiscais ou "*Invoices*" a serem utilizadas por seus membros deveriam ser emitidas em seu próprio nome, tais como despesas de aluguel de espaço, montagem, taxas locais, de modo que a **ABEXA** "tornou-se uma espécie de 'laranja', voltada a receber recursos em nome do executado e a pagar suas despesas em seu próprio nome, sem que os valores passassem pelas contas bancárias penhoradas" (folhas 3.163/3.169, 16º volume).

Ressaltou a credora que o fato de o executado **INSTITUTO FAZER BRASIL** ser sócio fundador da agravante **ABEXA** não é mera coincidência, na medida em que seu objetivo social é bastante assemelhado (promoção do desenvolvimento e apoio à comercialização internacional do artesanato brasileiro) e que sua Presidente **WALKIRIA** também acumula os cargos de Presidente do Conselho Deliberativo, representando o executado e a Diretoria Executiva de Projetos da **ABEXA**, competindo-lhe, entre outras funções, a de buscar parcerias e recursos financeiros, o que lhe possibilita participar ativamente das decisões da associação, opinando e deliberando, inclusive, sobre

Acesso ao Sumário

a aplicação e repasse dos recursos entre as entidades, através da emissão de notas em nome da associação, furtando-se às determinações de bloqueio que recaem sobre o executado.

Posto isto, pediu a penhora "*on line*" de todo e qualquer valor oriundo de contas correntes ou investimento de titularidade da **ABEXA**; subsidiariamente, requereu a penhora dos valores em aberto das contas da **APEX BRASIL** para que deposite nos autos valores que estivessem direcionados a associação ou ao seu fundador **INSTITUTO FAZER BRASIL**. Postulou, por fim, fosse oficiado o Ministério Público Estadual e Federal para que fosse investigada a possível utilização irregular de "**verbas públicas**" (folhas 3.168, 16 volume).

O juízo da execução acolheu o pedido de penhora em nome da agravante **ABEXA**, bem como o subsidiário relativo à **APEX-BRASIL** (folha 3.220, 17º volume).

A penhora da conta da **ABEXA** restou positiva, em 26 de outubro de 2011, no valor de R$ 923.586,24 (novecentos e vinte e três mil, quinhentos e oitenta e seis reais e vinte e quatro centavos - conforme documento de folha 3.224, 17º volume), momento em que interveio no feito afirmando se tratar de instituição filantrópica séria, constituída regularmente a luz da legislação vigente, tendo como associados fundadores, além do executado **INSTITUTO FAZER BRASIL**, já retirado de seu quadro associativo por rejeição de contas, condição essencial para que se mantivesse associado, o **INSTITUTO CENTRO DE CAPACITAÇÃO E APOIO AO EMPREENDEDOR - ICCAPE, o INSTITUTO CEARENSE DO ARTESANATO - ICA e a ASSOCIAÇÃO DE ARTESANATO E ESTILO - ARTEST**, entidades representativas de milhares de artesãos do país inteiro, emergindo desse fato não ter sido constituída em fraude à execução, como apregoa a exequente (folhas 3.234/3.242, 17º volume).

Explicou ainda que os recursos penhorados em sua conta bancária não são de sua titularidade ou de seus associados, mas sim da **APEX-BRASIL**, que lhe destina numerário por convênio técnico de participação financeira, para que seja aplicado especificamente na promoção de exportações tendentes a contribuir para a melhoria e aumento da inserção do artesanato brasileiro no mercado internacional, desenvolvendo assim a cultura exportadora e, por consequência, aumentando o volume de exportações, fortalecendo assim o mercado interno, devendo ser devolvido ao final dos projetos em curso caso não fossem cumpridas as obrigações ali determinadas. Colacionou declarações emitidas pelo Banco do Brasil em que a conta bancária foi penhorada e também da agência fomentadora para ratificar que os recursos não são seus.

Acesso ao Sumário

Argumentou, ainda, que desde a sua constituição, nenhum recurso da agência fomentadora foi repassado ao executado **INSTITUTO FAZER BRASIL**, porquanto, quando do primeiro repasse de recursos pela agência

fomentadora em junho de 2011, já havia ele se retirado de seu quadro associativo, desde maio de 2011, por não estar quites com suas obrigações perante a **APEX-BRASIL**, condição exigida como pressuposto da associação pelo artigo 23 do Regimento Interno.

Aduziu também que a alegação leviana de que seu Regimento Interno foi formulado de modo a permitir o esvaziamento do executado, por assunção de suas obrigações, não corresponde a realidade, posto que a credora interpretou o regimento com a finalidade de demonstrar a suposta ligação existente comprovadora de fraude, quando, em verdade, o regimento é claro em estabelecer que as despesas decorrentes dos projetos estabelecidos pela agência devem ser quitadas pela associação porque é a única obrigada a apresentar contar para a **APEX-BRASIL**, motivo pelo qual as notas fiscais e "*invoices*" deveriam ser emitidas em seu próprio nome.

Em resumo: sustentou a agravante que não deve responder pelas obrigações do executado pelo fato de ter figurado em seu quadro associativo como sócio fundador, uma vez que já retirado por não atender às exigências da agência fomentadora, que, em última razão, deve ser considerada a verdadeira titular do numerário bloqueado.

O insigne Magistrado "*a quo*" manteve a constrição do numerário ao fundamento de que o bloqueio eletrônico era salutar até a apuração final da questão (folha 3.302, 17º volume).

Na sequência, o ilustre Magistrado proferiu o seguinte despacho, cujo teor se transcreve na íntegra em razão de sua importância:

> *"**O ponto fulcral da questão diz respeito ao numerário constrito pertencer à executada** (desviado à ABEXA) **ou ser efetivamente de sua titularidade.***
>
> *Nessa linha de raciocínio, **alega a ABEXA, que o numerário lhe pertence** e que a constrição gera prejuízo ao 'artesanato brasileiro'. O documento emitido pelo Banco do Brasil informa que a origem do recurso é da APEX - BRASIL. A APEX, por sua vez, informa haver um 'convênio para inserção do artesanato brasileiro no mercado internacional'. Requer a liberação do numerário, afirmando que não prova de fraude.*
>
> ***A DIM Export afirma** que a executada vem fraudando o processo e **que a ABEXA é sua 'laranja'**. Afirma, ainda, que a petição deveria ser apresentada como 'embargos de terceiro' e que há intempestividade.*
>
> *Não há intempestividade e a questão pode ser tratada como incidente de execução, lembrando que os embargos de terceiro possuem um prazo bem dilatado.*
>
> *Frise-se, mais uma vez, não ser caso de liberação do numerário.*
>
> ***'É caso, sim, de aferição da origem desse numerário'**.*
>
> ***'Para tal nomeio o Dr. Marco Antônio Parise Lauria como***

Acesso ao Sumário

***administrador judicial**, a fim de que **faça um levantamento efetivo do numerário**, lembrando, mais uma vez, que referido valor constrito somente vai ser levantado por instância superior, não sendo caso, ainda, de se oficiar ao Ministério Público, antes da diligência do administrador judicial. Intime-se para que estime seus honorários'" (folhas 3.323/3.324, 17º volume).*

A coexecutada **MEIRE** se manifestou nos autos alegando excesso de execução por erro dos cálculos da credora. Argumentou que embora a sentença tenha julgado procedente em parte os embargos, a credora vem atualizando o crédito exequendo em desconformidade com o parâmetro lá fixado, importando em excesso de execução e excesso de penhora. Destacou que a credora já levantou parte do crédito que lhe é devido sem, porém, computá-lo no seu cálculo. Assim, apresentou memória de cálculo do quanto entende devido. Pediu ainda a liberação de suas contas bancárias, bem como das demais sócias do devedor, além da liberação dos veículos penhorados e do valor penhorado da **ABEXA**, por não fazer parte da demanda, afastada a constrição dos imóveis, mantendo-se constrito somente o imóvel que lhe pertence, por ser suficiente para suportar a execução. Por fim, pediu fosse a credora condenada a lhe pagar o dobro da diferença que cobra indevidamente nos autos (folhas 3.329/3.330, 17º volume).

A **APEX-BRASIL** interveio no feito. Em alentado resumo, sustentou a impossibilidade da penhora do numerário das contas da **ABEXA**, por se tratar de valores seus, próprios, destinados ao cumprimento dos objetivos do Convênio de Cooperação Técnica e Financeira nº 11-16/2011 firmado com a **ABEXA**. Argumentou que o recurso tem fim específico e não constitui receita ou rendimento da **ABEXA** ou do executado **INSTITUTO FAZER BRASIL**, de modo que não pode ser objeto de penhora para pagamento de dívidas que não dizem respeito ao convênio mencionado. Enfatizou a data em que o convênio foi formado, 10 de junho de 2011, para demonstrar que, à época, o executado não mais compunha o quadro associativo da agravante. Diz que tanto o dinheiro é seu que o executor do convênio é obrigado a devolvê-lo ao final do projeto caso dele não se utilize na forma para a qual foi direcionado. Pediu a liberação dos recursos bloqueados e a decretação de impossibilidade de novos bloqueios de recursos seus ou oriundos do seu caixa direcionados à **ABEXA** (folhas 3.327/3.339, 17º volume).

Acesso ao Sumário

Contrária à nomeação do Administrador Judicial para apurar a origem do numerário bloqueado, a credora agravou de instrumento requerendo, na oportunidade, autorização para levantar o numerário constrito (cópia às folhas 3.374/3.397, 17º volume).

O Recurso foi distribuído à 27ª Câmara de Direito Privado, sob o número 0302715-59.2011.8.26.0000, não conhecido eis que formulado pleito de

desistência (folhas 3.443/3.446).

O laudo do Administrador Judicial encontra-se às folhas 3.485/3.495 (18º volume).

A **APEX-BRASIL** se manifestou contrária ao laudo técnico. Disse que, por vício de intimação, seu assistente técnico não pôde participar da aferição. Aduziu, na ocasião, que o perito expôs apenas sua impressão própria extraída dos autos lastreada em presunções infundadas, e não logrou indicar nenhuma prova de que a **ABEXA** estivesse custeando despesas do executado **INSTITUTO FAZER BRASIL** com os recursos que lhe repassou por força do convênio noticiado (folha 3.504/3.510, 18º volume).

Diante das impugnações, o administrado judicial complementou seu laudo às folhas 3.544/3.553, concluindo que, embora a origem do dinheiro bloqueado seja da **APEX BRASIL**, passou a ser propriedade da **ABEXA** quando do ingresso em sua conta bancária, de modo que essa somente pode vir a ser obrigada a ressarcir aquela em caso de não cumprimento de obrigação. E quanto a prova de que esta tenha quitado obrigações do **INSTITUTO FAZER BRASIL**, disse que a associação assumiu a posição do executado no mercado, esvaziando-o economicamente de forma fraudulenta.

Aportada na conclusão do trabalho técnico, a credora pediu a desconsideração inversa da personalidade jurídica da devedora, para inserir no polo passivo da execução também a **ABEXA** (folhas 3.566/3.588).

A credora juntou aos autos parecer elaborado pelo eminente jurista Ives Gandra da Silva Martins, atinente à questão da titularidade do numerário penhorado das contas da **ABEXA** e de sua natureza, se público ou privado. Em resumo, concluiu o insigne parecerista que o convênio firmado entre a agência fomentadora e a associação se traduz, à luz do regimento legal, em mero acordo de parceria, negócio jurídico celebrado entre particulares, de modo que a vinculação dos recursos entre as duas entidades não pode vincular terceiros. Asseverou haver evidências de que a associação foi constituída para impedir que seu associado **INSTITUTO FAZER BRASIL** respondesse pela execução em foco, não demonstrando idoneidade para se credenciar junto à agência fomentadora. E concluiu, peremptoriamente, que o verdadeiro destinatário dos recursos recebidos da agência é o próprio executado, de idoneidade financeira comprovadamente negativa, que, porém, inexplicavelmente, continuou perfeitamente ativo nos últimos anos (folhas 3.614/3.658, 19 volume).

Diante disso, o insigne Juiz da execução, reconhecendo o abuso da personalidade do **INSTITUTO FAZER BRASIL**, por desvio de finalidade e pela confusão patrimonial com a **ABEXA**, desconsiderou sua personalidade jurídica inversamente e incluiu essa no polo passivo da execução, autorizando, ainda, o levantamento do numerário bloqueado.

Acesso ao Sumário

Inconformada com essa decisão, **MEIRE** opôs embargos de declaração ao fundamento de que não poderia ser deferido o levantamento do numerário antes de se apurar o valor correto do crédito da exequente (excesso de execução), conforme havia requerido anteriormente. Na oportunidade, argumentou que o próprio administrador judicial mencionou ser necessária a confirmação do cálculo apresentado pela credora pelo contador do juízo. Aduziu ainda que a autorização do levantamento importaria na extinção da execução, de modo que deveria ter sido mencionada a liberação de todos os bens móveis, imóveis e contas bancárias penhoradas na execução. Assim, pediu que fosse obstado qualquer levantamento até ulterior deliberação sobre o valor correto da execução (folhas 3.665/3.671, 19º volume).

O digno Magistrado singular suspendeu a ordem de levantamento e determinou que o credor se manifestasse sobre o alegado excesso (folha 3.675, 19º volume).

A **APEX BRASIL** agravou de instrumento da decisão mencionada (folha 3.676/3.692, 19º volume).

Já a **ABEXA** interpôs embargos de declaração, aduzindo que sua inclusão no polo passivo da lide deveria ser precedida da análise da necessidade de que todas as instituições que a compõe deveriam vir a integrar a lide. E aduziu que o excesso de execução deveria ser apurado, por ter ingressado na lide somente nessa fase processual (folha 3.697/3.702, 19º volume).

A credora, a seu turno, destacou o não cabimento dos embargos interpostos (folhas 3.706/3.717, 19º volume).

Sobreveio então a respeitável decisão de folha 3.718/3.719 (19º volume), que conheceu dos embargos da **ABEXA**. Firmou o entendimento de que a decisão que desconsiderou a personalidade jurídica estava preclusa em primeiro grau de jurisdição; sustentou que a decisão fixadora dos cálculos também já estava preclusa; tocante aos embargos de **MEIRE**, deles não conheceu, ao fundamento de que não detém legitimidade para requerer o impedimento de levantamento do dinheiro penhorado, porque de outrem, sem que tenha lhe acarretado dano material algum; ressalvou que, ainda que conhecidos, também não poderiam ser providos, pois as contas foram bem esmiuçadas e o administrador judicial enfrentou todas as questões levantadas; e, diante desse quadro, em resumo, conheceu dos embargos da associação, negando- lhes provimento, deixando de conhecer os embargos de **MEIRE**; e, ao final, anotou que, ainda que os embargos desta última fossem conhecidos, no mérito seria desprovido.

Acesso ao Sumário

Essas as principais passagens do processo.

Analisa-se, partir de agora, o mérito recursal.

A questão principal que se põe, em termos simplistas, é saber se a agravante **ABEXA**, pessoa jurídica de direito privado plúrima - associação (Código Civil,

artigo 44, inciso II, e 53, "caput") deve responder com seu patrimônio próprio, em prejuízo de todos os demais associados, pelas dívidas de seu ex-integrante fundador **INSTITUTO FAZER BRASIL**.

A outra questão, secundária, diz respeito a possibilidade de o numerário penhorado de origem pública, porque repassado da União para a agência fomentadora **APEX-BRASIL** e desta para a **ABEXA** pode ou não ser utilizado para quitação do débito da entidade privada **INSTITUTO FAZER BRASIL** caso a **ABEXA** seja mantida no polo passivo da execução por força da desconsideração inversa da personalidade jurídica do devedor.

Apesar de não haver previsão expressa no ordenamento jurídico vigente tratando da chamada "desconsideração inversa da personalidade jurídica", a doutrina e a jurisprudência já consolidaram o entendimento segundo o qual é possível, em situações extremas, excepcionais, quando reste bem comprovado que o sócio controlador fraudulentamente transferiu seu patrimônio pessoal para a pessoa jurídica controlada como modo de fraudar credores – expediente pelo qual continua a usufruir de seu patrimônio de forma indireta pela pessoa jurídica interposta, que serve de anteparo em prejuízo de seus credores –, é perfeitamente possível o afastamento episódico do véu protetor do ente jurídico para que seja responsabilizado diretamente pelo desviou operado em seu benefício com prejuízo de terceiros.

Todavia, uma vez reconhecida a utilização fraudulenta do ente jurídico, somente poder vir a ser responsabilizado nos limites do desvio comprovado, sob pena de se permitir que venha a ser responsabilizado, indevida e ilimitadamente, em prejuízo indireto de seus demais sócios, por todas as obrigações de seu sócio controlador praticante de ato fraudulento, ou seja, sem que a entidade coletiva tenha se beneficiado de alguma forma para que seja considerada responsável.

Em outras palavras: a desconsideração inversa tem lugar para permitir que a entidade jurídica responda com seus bens, limitadamente, à extensão da fraude pela qual foi beneficiada por ato de seu sócio controlador, desde que, é evidente, seja comprovada.

A propósito, RUBENS REQUIÃO assertoa "que a personalidade jurídica não constitui um direito absoluto, mas está sujeita e **contida pela teoria da fraude contra credores e pela teoria do abuso de direito**" ("*in*" Curso de Direito Comercial, 22ª edição, São Paulo, Saraiva, 1995, Volume I, página 277).

A respeito da excepcionalidade da medida e da prudência em sua aplicação a eminente Ministra NANCY ANDRIGHI, do Egrégio Superior Tribunal de Justiça, assentou brilhantemente, quando do julgamento do REsp. 948.117/MS, julgado em 22 de junho de 2010, que:

> *"(...) considerando-se que a finalidade da* disregard doctrine *é combater a utilização indevida do ente societário por seus sócios, o*

Acesso ao Sumário

que pode ocorrer também nos casos em que o controlador esvazia o seu patrimônio pessoal e o integraliza na pessoa jurídica, conclui-se, de uma interpretação teleológica do art. 50 do CC/02, ser possível a desconsideração inversa da personalidade jurídica, ***de modo a atingir bens da sociedade em razão de dívidas contraídas pelo sócio controlador****, conquanto preenchidos os requisitos previstos na norma".*

O Conselho da Justiça Federal já assentou nos seus enunciados de nºs 7 e 283 (I e IV jornada), em atenção ao disposto no artigo 50 do Código Civil, que:

"Só se aplica a desconsideração da personalidade jurídica quando houver a prática de ato irregular e, ***limitadamente, aos administradores ou sócios que nela hajam incorrido"*** *(Enunciado nº 7 - sem destaques no original).*

"É cabível a desconsideração da personalidade jurídica denominada 'inversa' ***para alcançar bens de sócio*** *que se valeu da pessoa jurídica para* ***ocultar ou desviar bens patrimoniais, com prejuízo a terceiro****" (Enunciado nº 283 - sem destaques no original).*

Logo, não basta a simples insolvência do sócio para se afastar a autonomia patrimonial de determinada pessoa jurídica que compõe para que responda por suas obrigações, sendo necessária a comprovação da prática de atos fraudulentos por parte do sócio detentor de poder de controle com o propósito de lesar seus credores pessoais. Somente comprovado o ato fraudulento, pois, é que a sociedade personificada deve vir a responder, e, ainda assim, limitadamente ao quinhão societário pertencente ao sócio ou à medida de proveito gerado indevidamente à sociedade por força do desvio perpetrado.

A esse respeito FÁBIO ULHOA COELHO assertoa:

"(...) ***O credor*** *da sociedade que pretende a sua desconsideração* ***deverá fazer prova da fraude perpetrada, caso contrário suportará o dano da insolvência da devedora. Se a autonomia patrimonial não foi utilizada indevidamente, não há fundamento para a sua desconsideração****" ("in" Manual de Direito Comercial, 20ª ed. São Paulo: Saraiva, 2008, páginas 126/127 - sem destaques no original).*

A propósito da limitação da responsabilidade, necessário ainda registrar outra peculiaridade do caso em questão, a **ABEXA** é associação civil "Organização Civil de Interesse Público (OSCIP)" decorrente da união de pessoas que se organizaram para fins não econômicos, de modo que, na forma do parágrafo único do artigo 53 do Código Civil, não há entre os associados direitos e obrigações recíprocos, a exemplo do que ocorre diversamente nas sociedades em que pessoas se organizam reciprocamente para o exercício de atividade econômica e a partilha, entre si, dos resultados (Código Civil, artigo 981), de modo que, eventual responsabilização da **ABEXA**, com mais evidência, somente lhe pode ser imposta, limitadamente, aos recursos comprovadamente recebidos em seu próprio nome por ato fraudulento praticado por seu associado

instituidor.

Nesse panorama, passa-se a se perquirir se há prova nos autos de que o **INSTITUTO FAZER BRASIL** transferiu ao patrimônio da **ABEXA**, fraudulentamente, patrimônio que lhe era próprio, de modo a fraudar a execução, e, também, se há prova de que a **ABEXA** está sendo utilizada para impedir que receitas que deveriam aportar nos caixas do executado fossem parar no seu próprio caixa por gestão abusiva de sua dirigente, também executada, **WALKIRIA DUTRA DE OLIVEIRA**.

Com efeito, a respeitável decisão que desconsiderou inversamente a personalidade jurídica do executado para trazer à execução a **ABEXA** tem por fundamento: (a) o laudo pericial elaborado pelo Administrador Judicial; (b) o parecer do Ilustrado Professor Ives Gandra da Silva Martins, também elaborado à luz do laudo elaborado pelo Administrador Judicial, e; (c) documentos comprobatórios de que o executado permaneceu ativo no mercado, participando de feiras e exposições, embora não detivesse movimentação financeira condizente.

Eis a transcrição do laudo elaborado pelo Administrador Judicial que ensejou a inclusão da **ABEXA** no polo passivo da lide:

> ***"III – CONCLUSÕES DECORRENTES DA ANÁLISE DOS AUTOS.***
>
> *Segundo se extrai da narrativa do* iter processual *feita no tópico anterior, a exequente vinha tentando obter uma prestação jurisdicional efetiva em face das executadas, tendo sucesso apenas relativo, já que logrou, por meio de penhoras anteriores, que se aperfeiçoasse constrição sobre parcela menor de seu crédito.*
>
> *Em razão disso, aprofundando diligências acerca das atividades do coexecutado 'Instituto Fazer Brasil', a exequente constatou ser ele membro da 'ABEXA', entidade que recebe verbas oficiais e, a partir delas, atual em prol dos objetivos sociais declarados, quais sejam, a capacitação e apoio ao artesanato.*
>
> *Neste sentido,* ***os elementos dos autos indicam que a 'ABEXA' recebeu recursos oriundos da Agência de Promoção de Exportações do Brasil - APEX BRASIL, e que estes recursos acabaram atingidos pela constrição judicial determinada nestes autos****.*
>
> *Assim, numa primeira análise, poder-se-ia concluir pela desvinculação entre a verba constrita (convênio ABEXA-APEX) e a entidade aqui executada ('Instituto Fazer Brasil').*
>
> *Entretanto,* ***devem ser considerados outros aspectos contidos nos autos, que demonstram uma dinâmica anômala que não pode passar despercebida pelo Poder Judiciário.***
>
> *De fato,* ***os autos indicam a existência de tentativas frustradas de penhora*** **on line** ***sobre ativos financeiros do 'Instituto Fazer Brasil',***

Acesso ao Sumário

indicativas de movimento de caixa irrisório. Tal aparente ausência de recursos, entretanto, não se coaduna com a normalidade das atividades daquele ente coexecutado, que nos últimos tempos se manteve perfeitamente ativo, conforme se pode aferir em pesquisa na internet.

Esta idiossincrasia tem explicação na estrutura estatutária da 'ABEXA'*, cuja constituição e funcionamento foram superiormente demonstrados pela exequente como indissociavelmente vinculadas à figura da também executada Walkiria Dutra, cujas funções executivas tanto no 'Instituto Fazer Brasil' quanto na 'ABEXA' são inegáveis.*

Realmente, ***não existe explicação lógica para a míngua de recursos do 'Instituto Fazer Brasil' em confronto com a normalidade de sua atuação, senão o fato de, por interposição da 'ABEXA', utilizar-se dos valores destinados a esta entidade, inclusive os com origem na 'APEX-BRASIL'****.*

Neste sentido, ***a previsão do Regimento Interno da 'ABEXA' quanto à emissão, em seu nome, das notas fiscais relativas a pagamentos de responsabilidade de seus membros é índice de utilização da entidade (quiçá de sua criação) justamente para isentar associados como o 'Instituto Fazer Brasil' de manter contabilidade regular****, com ingresso de receitas naturalmente aptas a cobrir suas despesas, possibilitando, deste modo, o funcionamento das entidades associadas de modo a ficarem imunes à obrigações assumidas perante terceiros.*

Em outras palavras, ***a estrutura associativa da 'ABEXA'****, não por acaso, dada a coincidência diretiva,* ***assume a função de liberar suas associadas do pagamento de suas obrigações, na medida em que toma para si a quitação das despesas correntes das afiliadas****, possibilitando, consequentemente, que destinem suas receitas de modo informal.*

Tal circunstância, sempre sub censura *desse MM. Juízo, caracteriza o abuso da personalidade jurídica a que alude o artigo 50 do Código Civil, justificando a forma excepcional de desconsideração inversa daquela personalidade, ou seja, atingindo-se bens e direitos da entidade destinada à atuação irregular antes descrita" (folhas 3.492/3494).*

Como se retira da conclusão do laudo, embora o Administrador Judicial tivesse sido nomeado apenas para determinar a origem do numerário penhorado da conta bancária da **ABEXA** se dela ou da **APEX-BRASIL**, disso não tratou na forma devida e enveredou por seara que não lhe era afeta, quando, à luz de suas impressões próprias decorrentes apenas da análise dos autos, sem que tivesse diligenciado a fundo ou ido a campo para encontrar elementos robustos de prova da fraude alegada, concluiu que a **ABEXA** vem sendo utilizada de forma fraudulenta para evitar que o executado **INSTITUTO FAZER BRASIL**

Acesso ao Sumário

se furte da execução.

Essa conclusão do Administrador Judicial é de que a **ABEXA** é entidade destinada ou utilizada para fraudar a presente execução parte da premissa de que a única explicação lógica para que o **INSTITUTO FAZER BRASIL** se mantivesse ativo, embora sem movimentação de caixa, seria pela interposição da **ABEXA**, que receberia recursos da **APEX-BRASIL**, os quais seriam destinados ao executado, mas que, por manobra fraudulenta, foram parar nos caixas da **ABEXA**, que, aportada em seu Regimento Interno elaborado de forma a permitir a ocultação da movimentação financeira de seus associados, pagava as obrigações do executado permitindo que fraudasse a execução.

A conclusão do Administrador Judicial, contudo, não é apta a comprovar a alegada fraude mencionada a ensejar a desconsideração inversa da personalidade jurídica do executado para que a **ABEXA** seja responsabilizada por suas obrigações, uma vez que está amparada, é evidente, em presunções, em conjecturas, decorrente da leitura do Regimento Interno da **ABEXA** de forma a dar suporte ao raciocínio desenvolvido, isso tudo, é claro, aliado ao fato de que a ocupação do cargo de diretora da ABEXA pela coexecutada WALKIRIA enseja a presunção de que a **ABEXA** está sendo utilizada de forma a fraudar a execução.

Em nenhum momento, contudo, o Administrador Judicial indicou ter encontrado provas de que a **ABEXA** recebeu em seu nome recursos financeiros que seriam destinados ao executado **INSTITUTO FAZER BRASIL**, pressuposto necessário para que fosse configurado o desvio patrimonial fraudulento.

Além disso, embora tenha consignado veementemente que o Regimento Interno da **ABEXA** continha "inusitada cláusula de assunção de obrigações" que autorizava que a associação quitasse em seu próprio nome despesas do executado **INSTITUTO FAZER BRASIL**, que, desse modo, deixava de movimentar recursos em seu próprio caixa para se furtar à execução, também não indicou ter encontrado nenhuma prova de que isso tenha ocorrido, indicando apenas que a **ABEXA** participou de eventos que tradicionalmente contavam com a participação do executado.

E a conclusão do Administrador Judicial de que não há explicação lógica para que o executado **INSTITUTO FAZER BRASIL** continue a atuar no mercado sem movimentação de caixa, a não ser se não for por intermédio da ABEXA, deixa muito claro que seu trabalho está amparado, lamentavelmente, em ilações e suposições tiradas apenas da análise superficial dos autos e em suas próprias impressões pessoais, não em provas como se exige para a desconsideração inversa da personalidade jurídica, medida excepcional.

Tanto é assim, que depois de criticado o laudo técnico pelas partes (folhas 3.501/3.502, 3.504/3.510, 3.513/3.518), sobretudo no tocante à falta de

Acesso ao Sumário

comprovação de que os recursos advindos da **APEX-BRASIL** para o caixa da **ABEXA** foram utilizados para saldar obrigações do executado **INSTITUTO FAZER BRASIL**, o administrador judicial assentou que não haveria como comprovar tais pagamentos porque, em verdade, a inusitada cláusula de assunção de custos inserta no Regimento Interno da **ABEXA** serviria "de escudo a possibilitar às afiliadas uma curiosa via de mão única, por ter seus custos suportados pela **ABEXA**, sem que a isso tenha de corresponder o ingresso contábil natural dos valores necessários aos compromissos da própria associada" (folhas 3.548/3.549).

Afirmou o Administrador Judicial:

> *"**São incontroversos** os seguintes fatos:*
>
> *Houve um convênio entre ApexBrasil e ABEXA, destinado à promoção de exportações de artesanato entre 2011 e 2012 (fls. 3109 e seguintes), do qual se extraem previsões de repasse e de contrapartidas;*
>
> *Houve efetivo repasse de valores à ABEXA, nos termos do convênio;*
>
> *Independentemente de qualquer convênio, **o Estatuto Social da ABEXA (art. 28) prevê a possibilidade de quitação de valores de responsabilidade de suas associadas**;*
>
> *O Instituto Fazer Brasil, não obstante inicialmente atuante, inclusive em feiras internacionais (docs. anexos), não apresentou movimentação bancária regular que pudesse fazer frente a seu objeto social, ao ponto de, por exemplo, após ter participado - segundo ela própria anunciou em seu site - por 14 vezes da emblemática feira 'Maison & Objet', ter deixado de fazê-lo **para que a Abexa assumisse este lugar a partir do corrente ano de 2012"** (folhas 3.549/3.550 - sem destaques no original).*

E mudando o enfoque que fora dado anteriormente quando afirmou que o **INSTITUTO FAZER BRASIL** se mantinha ativo, embora não ostentasse movimentação financeira, porque a ABEXA custeava em seu próprio nome suas obrigações afirmou:

> *"**Estes fatos**, aliados àqueles já apontados no parecer inicial, indicam a fragilidade prática da argumentação ora analisada, na medida em que **evidenciam que a ABEXA assumiu papel de substituta do Instituto Fazer Brasil em suas relações com o mercado em geral, permitindo seu esvaziamento**" (folha 3.550).*

E foi à luz dessas frágeis considerações do Administrador Judicial que o ilustrado Mestre e Professor Ives Gandra da Silva Martins elaborou seu parecer, o qual, ressalta-se, afigura-se técnico e preciso, como de hábito, quando trata da natureza dos recursos transmitidos e do convênio firmado pela **APEX-BRASIL** com a **ABEXA**, todavia, frágil no que pertine à comprovação da fraude, requisito essencial para a desconsideração inversa.

Eis, em resumo, as principais conclusões do eminente parecerista no que

Acesso ao Sumário

diz respeito à suposta fraude: (a) a ABEXA foi constituída no curso da presente execução, com finalidade de impedir que seu associado Instituto Fazer Brasil respondesse pela execução; (b) o verdadeiro destinatário dos recursos recebidos da **APEX** é o **INSTITUTO FAZER BRASIL**, de idoneidade financeira comprovadamente negativa, como demonstram as tentativas frustradas de penhora sobre seus ativos financeiros; (c) os documentos estatutários e o próprio "*modus operandi*" da ABEXA - dirigida pela Sra. Walkiria Dutra, também executada e que exerce funções executivas tanto nessa entidade como no Instituto Fazer Brasil caracteriza abuso de personalidade jurídica, a que alude o artigo 50 do Código Civil, justificando a desconsideração, e; (d) a celebração do convênio entre a **APEX-BRASIL** e a **ABEXA** teve por objetivo inviabilizar a execução, liberando suas associadas do pagamento de suas obrigações perante terceiros.

E foi com base no laudo técnico do Administrador Judicial e no parecer trazido aos autos pela credora que o juízo concluiu ser caso de se desconsiderar inversamente a personalidade jurídica do executado para trazer ao polo passivo da execução a **ABEXA** (decisão de folhas 3.659/3.660).

Entretanto, a análise detida e imparcial de todos os documentos encartados nos autos e das alegações dos envolvidos, leva à conclusão, como já sinalizado, em sentido diametralmente oposto.

A credora justificou ao insigne Magistrado singular ter tomado conhecimento de que depois do bloqueio permanente das contas bancárias de todos os executados, ocorrido em fevereiro de 2011 (conforme decisão de folha 2.139, 11º volume), tomou conhecimento de que o **INSTITUTO FAZER BRASIL**, por meio de suas dirigentes coexecutadas, havia fundado a **ABEXA** com o propósito de fraudar a execução, o que foi acatado pelo Administrador Judicial e pelo eminente parecerista como fato verdadeiro.

Entretanto, segundo informações extraídas do documento de folhas 54/85 (1º volume), elaborado pela agência **APEX-BRASIL**, percebe-se que depois de a agência apoiar por diversos anos quatro projetos de promoção às exportações de artesanato em parceria com o **CENTRO CAPE** de Minas Gerais, **FAZER BRASIL** de São Paulo (ora executado), **ARTE BRASIL**, da região nordeste, e **ARTESTE** do Paraná, entendeu a agência que para ter maior controle e melhor integração setorial do artesanato seria necessária a constituição de uma única entidade que atendesse as demandas próprias das quatro instituições que já operavam e as regionais então encaminhadas diretamente a ela, orientando como modo de viabilizar a continuidade dos projetos a constituição de uma entidade nacional de exportação de artesanato (folha 65, 1º volume dos autos).

E, foi nessa perspectiva que, em 04 de novembro de 2010, antes mesmo do bloqueio permanente das contas bancárias dos executados ocorrido apenas

Acesso ao Sumário

em fevereiro de 2011, que as quatro instituições que até então operavam de forma isolada e com projetos próprios com a **APEX-BRASIL**, dentre os quais o executado **INSTITUTO FAZER BRASIL**, constituíram a **ABEXA**, quando então os dirigentes das instituições fundadoras assumiram os cargos de dirigentes dessa nova pessoa jurídica, que, a partir de então, passou a deter personalidade jurídica e vida própria, embora não contasse com patrimônio, detendo, justamente por esse motivo, objeto social similar, mesmo ramo de atividade e, inclusive, a mesma qualidade de Organização da Sociedade Civil de Interesse Público - OSCIP que o executado que participou de sua fundação (Estatuto às folhas 92/97, 1º Volume, e Ata de Constituição à folha 3.173/3.174, 16º Volume).

Da ata de constituição da **ABEXA** resta claro ter sido ela fundada pelos **INSTITUTO CENTRO DE CAPACITAÇÃO E APOIO AO EMPREENDEDOR - ICCAPE**, **INSTITUTO FAZER BRASIL DE APOIO E CAPACITAÇÃO E PROMOÇÃO COMERCIAL DE OBJETOS E ARTIGOS BRASILEIROS - FAZER BRASIL** (executado), **INSTITUTO CEARENSE DO ARTESANATO - ICA** e **ASSOCIAÇÃO DE ARTESANATO E ESTILO - ARTEST** (folha 3.173, 16º Volume).

E desde a fundação da **ABEXA** dois de seus associados fundadores, dentre eles o executado, retiraram-se da associação e outros a ela se associaram enquanto membros participantes: **APAPI - ASSOCIAÇÃO DOS ARTESÃOS PROFISSIONAIS AUTÔNOMOS DO PIAUÍ; COOPERALDEIA - COOPERATIVA DE TRABALHO DA ÁREA TÊXTIL, VESTUÁRIO, MODA DECORAÇÃO E ARTESANATO; MAZAL - INSTITUTO MAZAL; NATIVE - NATIVE ORIGINAL PRODUCTS; SOLIDARIUM – SOLIDARIUM COMÉRCIO JUSTO** (conforme informação de folha 13, do 1º Volume, que pode ser confirmada no sítio eletrônico "endereço eletrônico constante no texto original", tida como verdadeira até prova em sentido contrário).

Diante disso, não se pode afirmar, como sustenta a agravada credora, com apoio no parecer do eminente Ives Gandra da Silva Martins, elaborado a partir do laudo do Administrador Judicial, que a **ABEXA**, enquanto corporação resultante da união de diversas pessoas jurídicas engajadas no nobre propósito de fomentar as exportações do artesanato brasileiro, foi constituída com a finalidade específica de fraudar a presente execução que se volta contra um único associado que participou de sua criação, o **INSTITUTO FAZER BRASIL**, já fora do seu quadro de associados pelo menos desde dezembro de 2011 (confira-se às folhas 3.953/3.955, 20º volume).

Ignorar essa realidade é afirmar que todas as demais entidades que participaram da fundação da **ABEXA**, e as que a ela se associaram posteriormente, agiram fraudulentamente em conluio com o executado

Acesso ao Sumário

INSTITUTO FAZER BRASIL e com suas dirigentes para permitir que se esquivassem fraudulentamente da execução em foco, o que, à evidência, não se pode admitir, mormente ante o primado da boa-fé presumida em detrimento da má-fé, que deve ser comprovada.

É bem verdade que a constituição lícita da **ABEXA** não impede, porém, que seja utilizada de forma fraudulenta por suas dirigentes, em especial por **WALKIRIA**, que lamentavelmente lá ainda exerce cargo de dirigente, prejudicando a associação, mesmo depois da retirada do **INSTITUTO FAZER BRASIL** de seu quadro associativo em dezembro de 2011. Mas a prova da utilização fraudulenta é pressuposto essencial para responsabilizar a associação.

No que diz respeito a utilização fraudulenta da **ABEXA** para custear despesas do executado, cumpre analisar a questão da suposta cláusula de assunção de obrigações dos associados pela **ABEXA** constante de seu Regimento Interno, muito explorada pela credora e admitida pelo Administrador Judicial como meio de justificar a ocorrência da fraude.

Segundo a leitura do Regimento Interno da **ABEXA** efetuada pela credora, dispôs o Regimento, de forma premeditada, que a associação poderia quitar em seu próprio nome despesas de todos os seus associados, o que permitiu que o executado permanecesse ativo no mercado participando de exposições internacionais, enquanto a **ABEXA** custeava suas despesas em fraude à execução com o dinheiro que lhe deveria ter sido transmitido diretamente pela **APEX-BRASIL**.

Bem examinando as disposições contidas nos artigos 27 e seguintes do Regimento Interno da **ABEXA**, denota-se que as previsões tratam da aplicação das verbas recebidas pela **ABEXA** da **APEX- BRASIL** por força do convênio técnico que firmaram, pelo qual a **ABEXA** se obrigou, em seu próprio nome, como não poderia ser diferente, porque era a convenente que recebia os recursos, a prestar contas à agência fomentadora do empenho de todos os recursos que lhe foram repassados, e isso decorreu de orientação da **APEX-BRASIL** à **ABEXA** por expressa disposição contida no Manual de Procedimentos de Convênios, assim redigido:

> ***3.1.2 - ORIENTAÇÕES ESPECÍFICAS SOBRE DOCUMENTAÇÃO COMPROBATÓRIA.***
>
> *"Para a correta comprovação da despesa, faz-se necessária a apresentação do documento fiscal original* ***emitido em nome do convenente e com a discriminação detalhada do serviço prestado ou do material entregue****, acompanhado do respectivo comprovante de pagamento.*
>
> *As despesas de contrapartida efetuadas pelas empresas participantes do projeto serão comprovadas por meio de documentos cuja data seja posterior àquela em que se formalizou a adesão da*

Acesso ao Sumário

respectiva empresa ao projeto. Não serão aceitos documentos com rasuras ou prazo de validade vencido.

***O documento fiscal comprobatório (nota fiscal, fatura,* invoice *ou recibo) deve conter a identificação do convênio e o atesto de que o material foi entregue ou o serviço foi prestado**. Sendo assim, o executor deve carimbar cada documento fiscal conforme modelo abaixo:" (sem destaques no original).*

Em verdade, o Regimento Interno da **ABEXA** previu que todas as notas fiscais, faturas, "*invoices*" ou recibos fossem emitidos em seu próprio nome porque era a única responsável por prestar contas dos recursos recebidos da **APEX-BRASIL** por força do convênio que firmaram, competindo-lhe demonstrar detalhadamente, por meio de documentação específica em seu próprio nome, o empenho de todos os recursos em consonância com os projetos preestabelecidos e ações desenvolvidas.

A propósito, a **APEX-BRASIL** impôs à **ABEXA** como condição para o convênio a obrigatoriedade de prestar contas de tal forma ao estabelecer no mencionado Manual de Procedimentos e Convênios, note-se, válido para todas as entidades que mantém convênio com a **APEX-BRASIL**, não só para a **ABEXA**, que o "executor que receber recursos da **APEX-BRASIL** está obrigado, por força do artigo 70, parágrafo único, da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, a prestar contas".

Vale anotar que o mencionado Manual de Procedimentos de Convênio discrimina toda a forma de aplicação dos recursos que são direcionados às entidades convenentes, chegando à minúcia de estipular que os pagamentos devem ocorrer por cheques nominais ou por transferências bancárias especificadas aos credores constante das notas fiscais, faturas, "*invoices*" ou recibos, depois de regular processo de cotação de preços, tudo a permitir um maior rastreamento e controle para efeitos de fiscalização perante o Tribunal de Contas da União em face da **APEX-BRASIL**, subvencionada por recursos públicos da União.

Em outras palavras, a previsão regimental da **ABEXA** não foi elaborada como forma de permitir desvios de recursos oriundos da **APEX-BRASIL**.

Logo, a leitura dos mencionados dispositivos do Regimento Interno da **ABEXA** deve ser contextualizada com a origem dos recursos que a associação utiliza para o desenvolvimento dos projetos que realiza com colaboração de seus associados, quais sejam, recursos recebidos da **APEX-BRASIL** com suporte em convênios de cooperação técnica financeira, pelo qual a associação, enquanto entidade executora dos projetos perante a agência fomentadora, assume a obrigação de comprovar a contrapartida mínima de recursos que seus associados estão obrigados a realizar para que possam se utilizar dos recursos disponibilizados pela agência para a **ABEXA**, e, outrossim, a efetiva prestação

Acesso ao Sumário

de contas da dotação orçamentária recebida.

Tenha-se como exemplo que o convênio de cooperação técnica financeira de nº 11-16/2011, que deu azo à penhora dos recursos em questão, contou com a previsão de que o valor total do ajuste fixado entre a **ABEXA** e **APEX-BRASIL**, de R$ 8.466.524,00 (oito milhões, quatrocentos e sessenta e seis mil, quinhentos e vinte e quatro reais), seria compostos por R$ 5.537.000,00 (cinco milhões, quinhentos e trinta e sete mil reais) repassados pela agência fomentadora **APEX-BRASIL** para a **ABEXA** para a promoção de exportações a aumento da inserção do artesanato brasileiro no mercado internacional, mediante desenvolvimento de projetos menores pelos associados da **ABEXA** em três etapas, desde que houvesse uma contrapartida financeira de R$ 2.056.530,00 (dois milhões, cinquenta e seis mil, quinhentos e trinta reais) e uma contrapartida econômica de R$ 872.994,00 (oitocentos e setenta e dois mil, novecentos e noventa e quatro reais) por parte da **ABEXA** e de seus associados.

E a liberação dos recursos previstos para a segunda etapa do convênio foi condicionada à aprovação das contas apresentadas pela **ABEXA** da dotação orçamentária que lhe foi encaminhada para os projetos (cláusula 5.3 do convênio), oportunidade em que se obrigou também a prestar conta dos recursos que lhe foram transferidos, assim como das contrapartidas, sob pena de ser obrigada a restituir os valores transferidos, atualizados monetariamente, e de deixar de receber novos repasses do convênio (cláusulas 9.1 e 11.1 do convênio).

Foi por esse motivo, pois, que a **ABEXA**, lembre-se, entidade coletiva composta por diversas instituições presumivelmente idôneas, inseriu em seu Regimento Interno a previsão de que todas as despesas que custearia com recursos da **APEX-BRASIL** deveriam ser emitidas em seu próprio nome, uma vez que é a única pessoa obrigada a prestar contas para a agência fomentadora.

Diante disso, completamente descabida a leitura dos dispositivos do Regimento Interno da **ABEXA** como forma de comprovar a alegada fraude à execução.

De outro lado, fundamentou o Administrador Judicial que a participação do **INSTITUTO FAZER BRASIL** em feiras internacionais sem que ostentasse movimentação financeira correspondente comprova que a **ABEXA** vinha custeando suas exposições, em fraude à execução.

Todavia, é bem de ver, a mera suposição de custeio, sem prova efetiva de que tenha ocorrido, não é o bastante para autorizar a desconsideração anunciada, sobretudo porque, não se pode perder de vista que desde o início da execução, ainda no ano de 2005, o executado vinha recebendo em suas contas bancárias vultosas quantias, muitas das quais advindas da **APEX-BRASIL**, sem que fossem localizados ativos financeiros em seu nome para a satisfação da execução, quer porque em alguns momentos as quantias eram sacadas

Acesso ao Sumário

imediatamente, como revelou a quebra do sigilo bancário do executado e de sua dirigente **WALKIRIA**, quer porque por vezes esta engendrava meios de burlar a execução, motivo que a trouxe para o polo passivo da execução.

Apenas a título exemplificativo, confira-se as manobras bancárias havidas antes do bloqueio permanente das contas bancárias de todos os executados, ocorrido em fevereiro de 2011 (conforme decisão de folha 2.139, 11º volume), consistentes em retiradas volumosas de valores creditados nas contas do **INSTITUTO FAZER BRASIL** por ato de sua Presidente **WALKIRIA** logo depois do momento em que eram creditados (confira-se documentos de folhas 2.650, 2.659, 2.660, 2.662, 2.742, 2.746, 2.755, 2.780, 2.813, 2.817, 2.821 e 2.825 - 14º volume e seguintes), bem como pela utilização de suas contas pessoais para o pagamento de despesas relacionadas a eventos expositivos do executado (folhas 2.522/2.548, 13º volume), outrora tida por impenhorável por ser sua conta bancária pessoal, supostamente destinada a receber apenas proventos de aposentadoria, tudo com o propósito de fraudar a execução (conforme petição de folhas 2.072/2.073, 11º volume).

Confira-se, ademais, à folha 2.118/2.120, a informação veiculada pela **APEX-BRASIL** de que no ano de 2008 firmou convênio com o executado **INSTITUTO FAZER BRASIL** no valor de R$ 1.361.393,00 (um milhão, trezentos e sessenta e um mil, trezentos e noventa e três reais), época em que o executado continuava ativo no mercado, participando de feiras e eventos, sem que, porém, a credora lograsse obter seu crédito.

E ainda que, em 28 de maio de 2010, antes, porém, da fundação da **ABEXA**, o executado firmou o Convênio de Cooperação Técnica e Financeira nº 10-12/2010 diretamente com a **APEX-BRASIL**, cujos recursos lhe foram liberados em dezembro, a exemplo do que já vinha fazendo há anos, o que talvez explique de onde vieram os recurso que lhe permitiu participar da Feira Maison & Objet em 21 de janeiro de 2011, ou da Feira Ambiente em Frankfurt, em 11 de fevereiro de 2011 (folhas 3.603/3.604), sem que ostentasse movimentação bancária correspondente.

Acesso ao Sumário

Ademais, embora possa ser plausível que o executado deixou de atuar no mercado depois da constituição da **ABEXA** porque esta o substituiu em suas operações, mediante intervenção da coexecutada **WALKIRIA**, não se pode ignorar que o executado **INSTITUTO FAZER BRASIL** pode ter deixado de operar no mercado porque perdeu o direito ter acesso aos recursos de origem pública advindos da **APEX-BRASIL** desde o último convênio (nº 10-12/2010) que firmaram diretamente em dezembro de 2010, sem a intermediação da **ABEXA**, pelo fato de suas contas terem sido rejeitadas (conforme informação prestada pela **APEX-BRASIL** referente ao Memo nº 2.825/211).

Enfim, do que foi exposto, conclui-se não haver provas de que a **ABEXA**

foi beneficiada com recursos fraudulentamente desviados do executado por força do convênio de Cooperação Técnica e Financeira nº 11-16/2011 que firmou com a **APEX-BRASIL**, em 10 de junho de 2011 (recursos depositados no Banco do Brasil, agência nº 1003-0, conta corrente 36.177-1, que restaram penhorados).

Igualmente, não há provas de que a **ABEXA** tenha assumido obrigações em seu próprio nome em favor do executado para que se mantivesse ativo no mercado sem que fosse obrigado a cumprir com suas obrigações.

De outra banda, não há provas, ainda, que dos valores repassados pela **APEX-BRASIL** à **ABEXA** sua totalidade ou parte deles seriam direcionados ao executado, em especial porque este já estava impedido de gozar dos recursos da **APEX-BRASIL** por não haver prestado contas de seu convênio direto na forma devida.

Por derradeiro, não há provas de que a **ABEXA** tenha encampado as operações do executado **INSTITUTO FAZER BRASIL** como meio de esvazia-lo patrimonialmente em detrimento de seus credores.

Ao que tudo indica, como já assinalado, o que ocorreu foi que o executado deixou de ter acesso a recursos da **APEX-BRASIL** por sua má gestão financeira, o que lhe afasta o direito, por completo, de ter acesso ao valor penhorado nos autos, na forma da cláusula 4.4. do Convênio de Cooperação Técnica e Financeira nº 11-16/2011.

Destarte, à míngua de comprovação de que a **ABEXA** vem sendo utilizada fraudulentamente para desviar recursos do executado que seriam alcançados pela execução, é caso de se reformar a decisão que desconsiderou a personalidade jurídica do executado e a incluiu no polo passivo da execução, determinando sua exclusão da lide com liberação de todos os seus ativos financeiros constritos, depois de preclusa esta decisão.

No entanto, antes de encerrar, é necessário registrar que ainda que se pudesse manter a desconsideração da personalidade jurídica por fraude, os recursos penhorados originados da **APEX-BRASIL**, ainda que privados por se encontrarem em conta bancária de entidade privada, não poderiam ser destinados ao pagamento das dividas do executado.

Isto porque, é preciso enfocar no caso não a natureza do convênio se público ou privado que deu azo à transferência dos recursos, mas a própria origem dos recursos, que, não obstante terem se tornados privados quando aportaram nos caixas da **ABEXA**, tem origem pública e a ela foram destinados para o desempenho de atividade de interesse público específico por ente de cooperação com o Poder Público, de forma assemelhada aos convênios administrativos.

Ora, é inegável que a **APEX- BRASIL** é pessoa jurídica de direito privado sem fins lucrativos de **interesse coletivo e utilidade pública**, instituída por iniciativa do Governo Federal que deu origem à Lei nº 10.668, de 14 de maio de

2003, que a instituiu para promover a execução de políticas de exportações, em cooperação com o Poder Publico, especialmente as que favoreçam as empresas de pequeno porte geradoras de empregos (artigo 1º da lei).

Tanto é presente o interesse público envolvido que o Conselho Deliberativo da **APEX BRASIL** é composto por cinco representantes do Poder Executivo e quatro de entidades privadas, e o Presidente de sua Diretoria Executiva é indicado pelo Presidente da República (artigo 4º).

E para o desempenho de sua missão institucional, a **APEX-BRASIL** celebra contrato de gestão com a União, por intermédio do Ministério do Desenvolvimento, Indústria e Comércio Exterior (MDIC), que lhe transfere dotações consignadas no Orçamento-Geral da União, créditos especiais, créditos adicionais e demais transferências e repasses, nos termos do artigo 13 da Lei nº 10.668/03, e, outrossim, indica as metas e objetivos a serem cumpridos, impondo prazos e responsabilidades para sua execução e que estipula o critério para avaliação da aplicação dos recursos que lhe são repassados pelos convênios através do orçamento-programa (artigo 9º, inciso III).

E para a execução de suas finalidades, a **APEX-BRASIL** celebra contratos assemelhados a convênios administrativos com pessoas físicas ou jurídicas, sempre que essa for a solução mais econômica e adequada para que os objetivos previstos no contrato de gestão sejam alcançados, observados os princípios da impessoalidade, moralidade e publicidade, tal como se deu com a **ABEXA**.

No entanto, ao executar os seus convênios, que não podem ser equiparados a contratos, na medida em que os interesses dos convenentes são comuns, não antagônicos, a **APEX-BRASIL** deve fiscalizar o bom e regular emprego dos dinheiros públicos que recebe do Governo por subvenções e contribuições parafiscais e repassa aos seus convenentes, vez que é sempre obrigada a justificar a boa aplicação de tais recursos em conformidade com as leis, regulamentos e normas emanadas das autoridades administrativas competentes (Hely Lopes Meirelles "*in*" Direito Administrativo Brasileiro, 27ªed., Malheiros, p. 732).

Acesso ao Sumário

Logo, tendo em vista que o recurso que aportou nos caixas da **ABEXA** lhe foi destinado pela **APEX-BRASIL** para o cumprimento dos projetos específicos previstos no convênio firmado, e que o seu desvio para o pagamento de terceiros alheios ao convênio afetará o atendimento do interesse público ligado desenvolvimento do mercado de artesanato brasileiro, que certamente beneficiaria milhares de brasileiros, fomentando o desenvolvimento da atividade em favor da população carente, em especial no que diz respeito a pequenos grupos de artesãos, o direito de crédito do exequente, dissociado por completo de qualquer vínculo com a **APEX-BRASIL** e com a própria **ABEXA**, não pode se sobrepor ao direito dos beneficiários do convênio, pois, em última análise, estar-se-ia permitindo que o Estado pague dívida de particular com quem não

manteve qualquer relação jurídica em detrimento da coletividade, o que é inaceitável.

Significa dizer que os recursos penhorados não integrantes do patrimônio da **ABEXA**, mas a ela apenas repassados por força do convênio de cooperação técnica financeira mencionado com destinação especial pré-determinada relativa a interesse público substancial, não podendo ser utilizado para finalidade diversa, tendo assim natureza de recursos públicos, portanto, impenhoráveis.

Nesse contexto, a execução não pode atingir bens da **ABEXA**, devendo continuar por iniciativa do credor com relação apenas aos bens já penhorados no curso do processo de execução (veículos e imóveis).

Caso os bens penhorados não sejam suficientes para satisfazer o crédito em execução, compete ao credor suportar a insolvência do devedor com quem se relacionou contratualmente, sobretudo porque, poderia ter se acautelado quando da contratação exigindo alguma garantia locatícia, não podendo transferir o insucesso de sua negociação para terceiros ou, ainda que de forma indireta, ao Estado.

Ante o exposto, **afastada a matéria preliminar, no mérito, dá-se provimento ao recurso de agravo para determinar a exclusão da ABEXA do polo passivo da execução com a liberação de seus recursos penhorados eletronicamente, após o trânsito em julgado, nos moldes desta decisão.**

Agravos Regimentais

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo Regimental nº 2022625-43.2013.8.26.0000/50000, da Comarca de Guarulhos, em que é agravante TORRE FORTE EMPRESA DE SEGURANÇA PRIVADA, é agravado CENTRO AUTOMOTIVO SARUTAYA LTDA..

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 10597)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores SPENCER ALMEIDA FERREIRA (Presidente) e EDUARDO SIQUEIRA.

Acesso ao Sumário

São Paulo, 29 de julho de 2014.
MAURY BOTTESINI, Relator

Ementa: AGRAVO INTERNO - Decisão monocrática em Agravo de Instrumento negando seguimento na forma do art. 557 do CPC - Assistência judiciária indeferida - Indícios de disponibilidade financeira - Confronto com jurisprudência dominante deste Tribunal e do STJ - Agravo Regimental Improvido.

VOTO

Vistos.

É agravo interno interposto contra a r. decisão de fls. 52/54, que negou seguimento ao agravo de instrumento, aplicando o art. 557 do CPC, e indeferiu a assistência judiciária por indício de disponibilidade financeira de pessoa jurídica. Quer o provimento do agravo interno com a reforma da decisão que negou seguimento ao agravo de instrumento.

É o relatório.

A decisão agravada tem o seguinte teor: *"É agravo de instrumento tirado por TORRE FORTE EMPRESA DE SEGURANÇA PRIVADA LTDA. na ação monitória fundada em título executivo extrajudicial referente a contrato de venda e compra de produtos e serviços que lhe move CENTRO AUTOMOTIVO VIA SARUTAYA LTDA.. O recurso ataca a decisão copiada às f. 41, na parte em que indeferiu a assistência judiciária gratuita à agravante. Alega insuficiência de recursos para pagar as custas e despesas processuais, por isso quer a reforma da decisão, f. 01/13. É o relatório. 1. Tanto a Assistência Judiciária da Lei 1060, quanto à gratuidade da justiça, objeto do dispositivo constitucional, serão deferidas 'aos que comprovarem insuficiência de recursos;'. Sobre não ser cabível o benefício da assistência judiciária da Lei 1060/50 para entes morais, com ou sem finalidade de lucro, a Assistência Judiciária não dispensa a produção de prova, nos termos do art. 5º, LXXIV, C. Federal de 1988. Esse é o entendimento do TJSP: 'AGRAVO DE INSTRUMENTO - AÇÃO MONITÓRIA - JUSTIÇA GRATUITA - PESSOA JURÍDICA SEM FINS ECONÔMICOS - ASSOCIAÇÃO*

MANTENEDORA DE ENTIDADE EDUCACIONAL DE ENSINO. - A recorrente não preenche os requisitos autorizadores da concessão dos benefícios da gratuidade de Justiça. Ainda que se admita a possibilidade de concessão de tal benefício à pessoa jurídica sem fins lucrativos, a Agravante não demonstrou o seu real estado de pobreza, na acepção jurídica do termo. Os documentos juntados não são prova suficiente da presunção do estado de pobreza, já que dizem respeito a balança patrimonial do ano de 2008. A Agravante é mantenedora de entidade de ensino superior que cobra matrícula e

Acesso ao Sumário

mensalidade para prestação de serviços educacionais. A presunção de pobreza reveste-se de natureza relativa e não absoluta, o que, por conseqüência, revela a possibilidade da não concessão ou da revogação da gratuidade de Justiça, se nos autos restar provado que a parte requerente não se adéqua ao espírito da lei garantidora de tal benefício - Decisão mantida - Recurso improvido.', (TJSP, 37ª Câm. Direito Privado, Ag. Instr. nº 990.10.167888-8, Rel. Des. Eduardo Siqueira, J. 19.08.10). 2. As alegações e os documentos copiados em f. 14/47 não se prestam para provar a alegada insuficiência econômico-financeira que impossibilite a agravante TORRE FORTE EMPRESA DE SEGURANÇA PRIVADA LTDA. de pagar as despesas e as custas processuais. Se a agravante realmente encontra-se em estado de dificuldades, estará obrigada a requerer a sua liquidação imediata, com a responsabilidade de seus órgãos diretivos. Julgado deste Tribunal: 'Assistência Judiciária - Justiça gratuita - Pessoa jurídica - Indeferimento - O art. 5º, LXXIV da CF não distinguiu, para fins de concessão da assistência jurídica gratuita, a pessoa natural da pessoa jurídica - Incapacidade financeira - Não comprovação - Decisão mantida - Recurso Improvido.' (AI nº 0021829-23.2012.8.26.0000, Rel. Mário de Oliveira, 19ª Câmara de Direito Privado, j. 26.03.2012). Julgado desta Câmara: 'AGRAVO DE INSTRUMENTO - AÇÃO MONITÓRIA - JUSTIÇA GRATUITA - PESSOA JURÍDICA. Falta de robustez do conjunto fático-probatório da situação financeira precária da Agravante. Embora seja viável a concessão do benefício da justiça gratuita a pessoas jurídicas, necessária a prova cabal da ausência de condições financeiras, ainda mais em se tratando de instituição de ensino que aufere renda com mensalidade. - DECISÃO MANTIDA - RECURSO IMPROVIDO.'. (AI nº 0014728-32.2012.8.26.0000, Rel. Eduardo Siqueira, 38ª Câmara de Direito Privado, j. 9.05.2012). 3. Além disto, a agravante está assistida por advogados constituídos, f. 49, que não trabalham de graça porque o trabalho sem remuneração há muito foi abolido do País em 1888, de modo que não faltam recursos financeiros à agravante. Desse modo, a isenção proporcionada pela assistência judiciária é utilizada com um sério desvio de finalidade que cabe ao juiz reprimir. De tudo se conclui que é irretocável a decisão indeferindo o benefício da assistência judiciária. 4. A decisão objurgada está em rigorosa consonância com a jurisprudência dominante deste Tribunal. Daí a conclusão de que o agravo foi tirado em confronto com a jurisprudência deste Tribunal. Junto com o Principio da Efetividade da Jurisdição e o da Razoável Duração dos Processos, as circunstâncias do caso exigem negar seguimento ao recurso. Ao recurso é NEGADO SEGUIMENTO, porque tirado em confronto com jurisprudência dominante deste Tribunal, CPC, art. 557. Intimem-se.".

O arrazoado do recurso regimental, fls. 01/07, repassa todas as questões decididas no recurso anterior, pretendendo o reexame delas, o que transforma em recurso infringente e inadmissível.

O Voto **NEGA PROVIMENTO** ao agravo interno.

Acesso ao Sumário

Apelações

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0611369-55.2008.8.26.0100, da Comarca de São Paulo, em que é apelante A.H.M.J. e é apelada F.R.H..

ACORDAM, em 1ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao agravo retido de fls. 367/372 e ao agravo convertido em retido, alterada de ofício a parte dispositiva da sentença (para procedência em parte da ação principal e da reconvenção), provida em parte a apelação. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 29431)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores CHRISTINE SANTINI (Presidente) e PAULO EDUARDO RAZUK.

São Paulo, 1 de julho de 2014.

LUIZ ANTONIO DE GODOY, Relator

Ementa: RECURSO - Agravo retido - Alegação de que, no que concerne ao regime de bens e à ocorrência de dano moral, deveria ter sido facultada ao réu reconvinte a oportunidade de produzir prova a respeito - Cerceamento de defesa não caracterizado - Hipótese em que tais matérias, por serem exclusivamente de direito, não necessitavam de dilação probatória - Agravo retido desprovido.

RECURSO - Agravo convertido em retido - Cerceamento de defesa - Inocorrência - Pleito de atualização da prova pericial - Providência dispensável ante a apresentação posterior de laudo psicológico, bem como de laudos críticos, oportunizando-se a atualização de eventuais modificações na situação dos menores - Agravo convertido em retido desprovido.

CASAMENTO - Dissolução - Partilha de bens - Casamento realizado no (...), sob o regime legal da separação total de bens - Hipótese em que, entretanto, pouco tempo depois, o casal se mudou

Acesso ao Sumário

definitivamente para o Brasil - Requerido reconvinte que já era aqui estabelecido, tendo ido ao (...) apenas para se casar e trazer consigo a autora reconvinda - Primeiro domicílio conjugal que, para o direito internacional privado, é o Brasil - Regime de bens que, à falta de convenção, é o da comunhão parcial - Aplicação do art. 7º, § 4º, da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro - Partilha igualitária dos bens (cinquenta por cento para cada um) que era de rigor - Solução fixada no *decisum* que se revelou acertada, embora por fundamento diverso - Guarda de menores - Necessidade de proteção dos interesses das crianças, visando o seu bem estar e a estabilidade de seu desenvolvimento - Hipótese em que ambos os genitores são adequados para a criação dos filhos - Menores, entretanto, que estão sob os cuidados da autora reconvinda - Inexistência de motivo concreto para alterar-se situação atual que vem atendendo de forma satisfatória seus interesses - Convivência entre pai e filhos que deverá ser exercida por meio da ampla e irrestrita visitação, como estabelecido na sentença - Situação que pode ser alterada a qualquer tempo, pois não faz coisa julgada material - Dano moral - Pleito fundado em supostos adultério e condutas inadequadas da autora reconvinda - Hipótese em que tais fatos, a despeito de eventual dissabor causado ao réu, não são aptos, por si só, a suscitar reparação a título de abalo moral - Ausência de demonstração, ademais, da ocorrência de situação excepcional a ensejar mácula à honra do requerido - Indenização indevida - Alteração de ofício da parte dispositiva da sentença (para procedência em parte da ação principal e da reconvenção) - Sucumbência recíproca reconhecida - Recurso provido em parte.

VOTO

Trata-se de apelação da sentença de fls. 738/745 (objeto de embargos de declaração rejeitados a fls. 779), que, em hipótese de "ação de separação litigiosa c/c pedido de guarda definitiva de menores e partilha de bens" (fls. 66) ajuizada por F.R.H. contra A.H.M.J., julgou procedente em parte a ação principal e improcedente a reconvenção, "*para decretar o divórcio de F.R.H. e A.H.M.J.,*

Acesso ao Sumário

atribuindo a cada parte 50% do patrimônio amealhado durante o casamento, a ser apurado em sede de partilha, sendo os alimentos e regulamentação de visitas objeto de fixação em ação própria. A autora ficará com a guarda dos filhos e permanecerá usando o nome de casada, à falta de pedido em sentido contrário" (fls. 745). Foram carreados ao réu reconvinte os ônus de sucumbência. Inconformado, apelou este, buscando a reforma da sentença. Para tanto, pretendeu, inicialmente, a apreciação do agravo retido de fls. 367/372 e do agravo convertido em retido (fls. 2/6 - autos em apenso). Alegou que, ao contrário do entendimento do Juiz de Direito, "*em razão do regime de bens que presidiu o casamento - separação total de bens -, nada há a partilhar ou dividir nesta sede*" (fls. 757). Ainda, afirmou reunir plenas condições para exercer a guarda exclusiva dos filhos do casal, o que teria sido cabalmente demonstrado nos autos. Aduziu, outrossim, ser devida a indenização pelo abalo moral sofrido, vez que, "*o término do enlace se deu de forma absolutamente ultrajante, carreando ao Apelante incontáveis dissabores e humilhações*" (fls. 769). Foi providenciado o recolhimento do preparo. Foram oferecidas contrarrazões. A Promotoria de Justiça reiterou a manifestação de fls. 730/737. Remetidos os autos a este Tribunal, a Procuradoria de Justiça opinou pelo desprovimento do recurso.

É o relatório, adotado, quanto ao restante, o da sentença apelada.

Busca o requerido reconvinte o provimento do agravo retido de fls. 367/372 e do agravo convertido em retido (fls. 2/6 - autos em apenso), interposto o primeiro da decisão que deixou de fixar como pontos controvertidos questões referentes ao regime de bens e à ocorrência de dano moral; e o segundo contra a decisão que indeferiu o pleito de produção de complementação da prova pericial. O inconformismo não se sustenta.

Inocorreu o alegado cerceamento de defesa, sob o argumento de que, no que concerne ao regime de bens e à ocorrência de dano moral, deveria ter sido facultada ao réu reconvinte a oportunidade de produzir prova a respeito. Consoante anotou o Juiz de Direito, referidas matérias "*não necessitam de dilação probatória para sua apreciação, tratando-se de questões exclusivamente de direito. Impertinente determinação de provas a seu respeito, razão porque tais matérias foram propositadamente omitidas em sede de saneador*" (fls. 361).

Igualmente, não há de falar-se em cerceamento de defesa em razão de ter sido indeferido o pleito de atualização do laudo social de fls. 373/394. Isso porque, além de a mencionada perícia ter trazido aos autos elementos necessários à elucidação da matéria debatida, o fato de ter sido iniciada "*No longínquo mês de novembro de 2009*" (fls. 405), não ensejou qualquer prejuízo às partes, pois, posteriormente, foi apresentado laudo psicológico (fls. 409/414 - maio de 2011), tendo sido elaborados, ainda, os laudos críticos de fls. 424/465 e 488/532 (ambos em maio de 2011), oportunizando-se, por óbvio, a atualização, até então,

Acesso ao Sumário

de eventuais modificações na situação dos infantes.

Nega-se provimento ao agravo retido de fls. 367/372 e ao agravo convertido em retido.

Conforme consta nos autos, as partes se casaram na cidade de (...), no (...)., em (...), sob o regime de separação total de bens (fls. 94/97). Em 9 de agosto do mesmo ano, vieram residir no Brasil, em que o regime legal é o da comunhão parcial, que tem como principal característica a comunicação dos bens que sobrevierem ao casal na constância do casamento (art. 1.658, do Código Civil), com as exceções previstas no art. 1.659, do mesmo diploma legal.

Como bem observado pelo ilustre revisor, Desembargador Paulo Eduardo Razuk, "*É incontroverso que o apelante já residia anteriormente no Brasil, tendo ido ao (...) para casar-se com a apelada, lá permanecendo pouco tempo, tanto que o casal logo se mudou definitivamente para o Brasil. Por conseguinte, à época do casamento, o apelante já era domiciliado no Brasil, enquanto a apelada o era no (...). A real intenção do casal era estabelecer-se neste país. A espécie é regulada pelo art. 7º §4º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, segundo a qual, tendo os nubentes domicílio diverso, o regime de bens, legal ou convencional, obedece à lei do país em que tiverem o primeiro domicílio conjugal. Ora, o domicílio civil da pessoa natural é o lugar onde ele estabelece a sua residência com ânimo definitivo, na letra do art. 31 do Código Civil de 1916, vigente à época do casamento, cujo teor foi repetido pelo art. 70 do Código Civil de 2002. Como o apelante já era estabelecido no Brasil, tendo ido ao (...) somente para casar-se e trazer consigo a apelada, a breve estada naquele país não pode ser considerada residência com ânimo definitivo. A real intenção do casal era vir ao Brasil, para aqui residir definitivamente, como de fato se deu. Portanto, o primeiro domicílio conjugal, para o direito internacional privado, é o Brasil. À falta de convenção, o regime de bens é o da comunhão parcial. Com efeito, o regime legal de bens no Brasil, à época do matrimônio, já era o da comunhão parcial, por força do art. 258 do Código Civil de 1916, alterado pela Lei nº 6.515 de 26.12.1977*".

Assim, tendo em vista as peculiaridades do presente caso, de rigor a partilha igualitária dos bens (cinquenta por cento para cada um), certo que a solução fixada no *decisum* se revelou acertada, embora por fundamento diverso.

No tocante à guarda e à visitação dos filhos do casal, antes de qualquer consideração a respeito, deve ser anotado que "*A legislação que dispõe sobre a proteção à criança e ao adolescente proclama enfaticamente a especial atenção que se deve dar aos seus direitos e interesses e à hermenêutica valorativa e teleológica na sua exegese*" (Recurso Ordinário em Mandado de Segurança nº 1.898 - SP, 4ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, v. un., Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, em 12/4/94, DJ de 17/4/95, pág. 9580). Também já foi

Acesso ao Sumário

decidido que, "*Na linha da orientação jurisprudencial firmada na Terceira Turma, o menor deve ser protegido de mudanças sucessivas e temporárias de lar, excessivamente prejudiciais a sua estabilidade emocional*" (Agravo Regimental na Medida Cautelar nº 10.531 - SP, 3ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, v. un., Rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, em 11/10/05, DJ de 19/12/05, pág. 391).

In casu, acham-se os menores sob os cuidados da autora reconvinda desde 2008, inexistindo motivo concreto para alterar-se a situação atual que, em verdade, vem atendendo de forma satisfatória seus interesses. Sucessivas alterações desse encargo acarretariam prejuízo ao bem-estar das crianças, afetando-lhes a rotina e a estabilidade emocional.

Como anotado no laudo social de fls. 373/394, "*os três filhos disseram que se sentem protegidos na companhia da mãe, a quem demonstram apego e carinho; que, muito embora gostem do pai, preferem continuar morando com a mãe*" (fls. 387). Ainda, "*a sra. F. vem exercendo a guarda dos três filhos adequadamente, acompanhando-os diariamente ao colégio, bem como acompanhando suas atividades escolares (...)*" (fls. 387). No mesmo sentido, observou a psicóloga judiciária, no laudo de fls. 409/414 que "*(...) F. reúne recursos para promover conforto emocional e acolhimento para suas crianças (...)*", demonstrando, "*(...) para com os filhos, afeto, conhecimento de suas necessidades e continência, requisitos necessários à adequada maternagem.*" (fls. 412).

Aconselhável, portanto, mantê-los em companhia da genitora, tal como determinado na sentença recorrida, o que, nessas circunstâncias, melhor assegura os interesses dos menores.

Não se desconhece, é claro, que a convivência dos filhos com o pai, sobretudo em razão da idade que ostentam, é necessária e saudável, devendo ser exercida, por ora, amplamente, por meio da visitação paterna, nos termos do *decisum*, consoante recomendado nos estudos psicossociais - contra isso, aliás, não se insurgiu a autora reconvinda.

Acesso ao Sumário

Frise-se que, na hipótese em exame, tratando-se de guarda de menores, esta pode ser alterada a qualquer tempo, inexistindo coisa julgada material.

Relativamente ao pedido de indenização por danos morais, restou corretamente observado que "*É certo que no âmbito do Direito de Família havia a aplicação da separação-sanção em desfavor do cônjuge adúltero. Hoje, como colocado, não mais se fala em discussão de culpa para o divórcio das partes. Visto isso, introduzir-se discussão a respeito de culpa para fins de apuração de danos morais parece retrocesso indesejável para o instituto do divórcio, flagrantemente facilitado pelo legislador constitucional. De fato, quis-se permitir a acelerada prestação jurisdicional, sem a interminável*

e estéril discussão a respeito de qual dos cônjuges foi o primeiro causador das dores e culpas que levaram à falência do casamento. De fato, não mais se coaduna a pretensão de indenização por danos morais, retrospectiva, inquisitiva e indagadora de culpas, com o novo regime do divórcio, contratual e prospectivo, voltado à possibilidade da mais rápida liberação das partes dos ônus de um vínculo falido. Além disso, de se ponderar que no regime antigo as penalidades à violação do casamento eram numerus clausus*, com a específica sanção da imposição da separação por culpa. Pretendesse o legislador cominar penalidade moral ao direito de família, o teria feito no tópico da separação. Se assim não agiu, é porque não quis erigir tal penalidade dentro do Direito de Família, cabendo tal tipo de indenização para o direito patrimonial em geral. Por fim, ainda que se entenda no sentido contrário, não há como se assumir que se causou dor desmesurada a impor a indenização por danos morais. Ao contrário, quando as partes se envolvem em casamento, sabem da possibilidade do erro e da decepção, estando cientes, portanto, dos riscos que correm, em especial da possibilidade de adultério.*" (fls. 743/744).

Afinal, "*Se é verdade que a conduta irregular do cônjuge no casamento, saindo para relacionamentos extraconjugais, pode ferir sentimentos importantes do cônjuge traído, verdade também é que, nas relações sentimentais que se ligam ao matrimônio, não se traduz o adultério, na atualidade, em ofensa moral que ultrapassa o sentimento pessoal de desilusão e ocasione o dever de indenizar. O contexto sentimental que une as pessoas, no casamento ou na união estável, tem como base a sua continuidade ao longo do tempo. Pode ou não persistir por tempo pequeno, médio ou grande, mas de modo algum se pode considerá-lo, em princípio, como permanente a ponto de não se sujeitar à ruptura pelos mais variados motivos. O relacionamento extraconjugal é apenas a conseqüência de uma união cujos sentimentos iniciais não perduraram no tempo, dando ensejo a que outros se sobrepusessem e levassem algum dos cônjuges ou companheiros à relação afetiva com outras pessoas. O importante, para efeito de verificação do dano moral indenizável, não é o adultério em si mesmo, porque fato previsível e até comum na atualidade, cuja ocorrência, é bom destacar, não se dá apenas por deslealdade, mas também pelas circunstâncias que hoje aproximam as pessoas com afinidades comuns muito mais do que antes. O importante é saber se dele resultou para o outro uma situação vexatória ou excepcionalmente grande o suficiente para ultrapassar os limites do desgosto pessoal pela conduta do outro cônjuge ou companheiro.*" (Apelação Cível nº 361.324.4/7 - São Paulo, 4ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, m. v., Rel. Des. Maia da Cunha, em 27/3/08), o que, no presente caso, não se verificou.

É que, muito embora eventual traição e demais condutas da autora supostamente "*dissonantes de sua condição de mãe e esposa*" (fls. 769) pudessem ter ocasionado dissabores ao réu, nada há a demonstrar a ocorrência

Acesso ao Sumário

de situação excepcional a ensejar mácula em sua honra, até mesmo porque não partiram dele alegados comportamentos desabonadores.

Não há de falar-se, pois, em dano moral indenizável.

Ressalta-se que, para a averbação do divórcio das partes, o casamento celebrado no exterior (...) deverá ser trasladado perante o cartório do registro civil do 1º Ofício desta Capital, consoante previsto no art. 32, § 1º, da Lei de Registros Públicos.

Cumpre ainda observar que, muito embora tivesse o Juiz de Direito anotado ser procedente a ação principal e improcedente a reconvenção, na verdade, ao decretar o divórcio por ruptura da vida em comum, a despeito da existência de pleito - tanto na ação principal como na reconvenção - de separação judicial, com imputação de culpa a uma ou outra parte, veio a acolher em parte as pretensões de ambos (autora reconvinda e réu reconvinte).

Diante desse quadro, é correto que se reconheça a existência de sucumbência recíproca, rateando-se custas e despesas processuais em igual proporção, bem como compensando-se as verbas de honorários advocatícios.

Em suma, nega-se provimento ao agravo retido de fls. 367/372 e ao agravo convertido em retido, altera-se de ofício a parte dispositiva da sentença (para procedência em parte da ação principal e da reconvenção) e dá-se provimento em parte à apelação.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 1049713-64.2013.8.26.0100, da Comarca de São Paulo, em que são apelantes LILIAN DOS SANTOS TAVARES e JOÃO CARLOS ALVES TAVARES (JUSTIÇA GRATUITA), são apelados ODETTE DIAB MALUF (ESPÓLIO) e RICARDO NICOLAU (INVENTARIANTE).

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 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 18447)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores NEVES AMORIM (Presidente), JOSÉ JOAQUIM DOS SANTOS e ALVARO PASSOS.

São Paulo, 21 de julho de 2014.

NEVES AMORIM, Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: COMPROMISSO DE COMPRA E VENDA - AÇÃO DE REVISÃO CONTRATUAL C.C. DECLARATÓRIA DE ANULAÇÃO DE CLÁUSULAS CONTRATUAIS, RESTITUIÇÃO DE VALORES E REPETIÇÃO DE INDÉBITO - CERCEAMENTO DE DEFESA - APLICAÇÃO DE REAJUSTES EM OBEDIÊNCIA AO CONTRATO - LEGALIDADE DO CRITÉRIO DE REAJUSTE DA DÍVIDA ADOTADO - AUSÊNCIA DE ONEROSIDADE OU ABUSIVIDADE DE CLÁUSULAS CONTRATUAIS - FORMA DE PAGAMENTO LIVREMENTE PACTUADA - SENTENÇA DE IMPROCEDÊNCIA MANTIDA. RECURSO IMPROVIDO.

VOTO

Trata-se de apelação interposta contra sentença que julgou improcedente a presente ação de revisão contratual c.c. declaratória de anulação de cláusulas contratuais, restituição de valores e repetição de indébito (fls. 220/228).

Alegam os apelantes (fls. 232/252), preliminarmente, que o processo não poderia ter sido julgado antecipadamente, sendo necessária a realização de perícia para dirimir pontos controvertidos no tocante a discrepâncias existentes entre os valores cobrados pela recorrida quando confrontados com as cláusulas contratuais e a legislação que rege o Sistema Financeiro de Habitação. Pleiteiam a nulidade da cláusula abusiva constante do contrato de compromisso de compra e venda de unidade habitacional autônoma, que possibilite a ré a calcular as parcelas a serem pagas após a "entrega das chaves", com base no sistema de capitalização de juros compostos conhecido por "Tabela Price", podendo-se inserir judicialmente, com base no poder de revisão judicial dos contratos, cláusula compatível à legislação vigente sobre a cobrança de juros. Pugnam pelo cálculo das parcelas a serem pagas após a "entrega das chaves", acrescidas de juros compensatórios, simples ou compostos, amortizados pela "Tabela Price", ou não, retroativos à data de assinatura do contrato ou a qualquer outra data anterior à entrega das chaves. Por fim, pugnam pela condenação da ré em devolver a quantia total paga a título de taxa SATI, corretagem e execução de obras e empreendimentos, conforme recibos apresentados, bem como na repetição do indébito.

Regularmente processada, vieram aos autos contrarrazões (fls. 286/297).

É o relatório.

Em que pese a argumentação dos autores, o recurso não merece

Acesso ao Sumário

provimento.

O presente feito comportava julgamento antecipado, já que o Juiz somente está obrigado a abrir a fase instrutória se, para seu convencimento, permanecerem fatos controvertidos, pertinentes e relevantes, passíveis de prova testemunhal ou pericial. Em matéria de julgamento antecipado da lide, predomina a prudente discrição do julgador, ante as circunstâncias de cada caso concreto e a necessidade de não ofender o princípio basilar do pleno contraditório.

Aliás, já decidiu o SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL que "*a necessidade da produção de prova há de ficar evidenciada para que o julgamento antecipado da lide não implique em cerceamento de defesa. A antecipação é legítima se os aspectos decisivos estão suficientemente líquidos para embasar o convencimento do Magistrado*" (RE 101.171-8-SP).

Desse modo, rejeito o aventado cerceamento por sua insubsistência.

No mérito, o inconformismo também não merece prosperar.

Consta dos autos que as partes firmaram compromisso de compra e venda em 15.07.1995, com reajuste conforme disposto na cláusula segunda, parágrafo primeiro: "*O preço e as prestações mensais a serem pagos, assim como o saldo devedor, serão corrigidos de acordo com a variação do IPC Índice de Preço ao Consumidor, publicado mensalmente pela Fundação Getúlio Vargas.*" e como bem dispôs o MM. Juiz *a quo*, "*a taxa de juros remuneratórios em razão do parcelamento é de 12% (doze por cento) ao ano, nos termos da cláusula segunda, parágrafo sétimo e multa contratual de 10% (mesmo parágrafo) não é abusiva, nos termos da Lei Civil (art. 412, CC)*."

No mais, os autores trazem aos autos argumentação confusa, não apontam as cláusulas que acreditam abusivas e tão pouco trouxeram provas das irregularidades do loteamento. Já os requeridos, comprovaram a individualização do lote e seu registro em 14.08.1995, apontando também, a inadimplência dos requerentes desde julho de 1997.

Desta forma, inexiste qualquer ilegalidade nos reajustes aplicados pelos requeridos, o que há, de fato, é mora que se estende por um logo período, que, após a aplicação dos reajustes regulares, totaliza, obviamente, valor bem superior ao disposto em contrato, contudo, em nada ilegal.

Mesmo que assim, não fosse, a argumentação de que os réus se utilizariam de Tabela *Price* para reajuste também não seria entendida como ilegal.

Como bem esclarece CARLOS PINTO DEL MAR, em sua obra "Aspectos Jurídicos da Tabela Price", publicada pela editora Jurídica Brasileira, cujo trecho ora se reproduz:

"*No Sistema Francês de Amortização as prestações são constantes, os juros são decrescentes e as amortizações são exponencialmente crescentes ao longo do tempo.*

Acesso ao Sumário

Em defesa da validade da adoção da Tabela Price, existe a argumentação de que os juros são calculados sobre o saldo devedor apurado ao final de cada período imediatamente anterior, e, portanto, não há incidência de juros sobre juros" (edição publicada em 2001, pág. 39).

Tal sistema de amortização não induz, a princípio, à capitalização dos juros, mesmo porque fixas são as parcelas. Cuida-se de tradicional mecanismo de pagamento de dívidas, destinando-se as parcelas iniciais ao abatimento dos juros e as parcelas finais à amortização do valor principal. Não se vê aí a prática do anatocismo, mesmo porque sobre os juros vencidos não incidem novos juros.

Também não há que se falar em ilegalidade no método de reajustamento das prestações do financiamento, o qual se encontra em conformidade com o disposto no referido contrato.

Diante de tal quadro, foram corretamente afastadas pela r. sentença as apontadas irregularidades e ilegalidades do contrato e outra solução não comportava a lide, senão o decreto de total improcedência da ação revisional, o que fica ratificado.

Portanto, conclui-se que a bem lançada sentença recorrida analisou corretamente as questões postas em julgamento mediante criteriosa avaliação do conjunto probatório, conferindo à causa a mais adequada e justa solução, razão pela qual resiste claramente às críticas que lhe são dirigidas nas razões recursais. Qualquer acréscimo que se fizesse aos seus sólidos fundamentos constituiria desnecessária redundância.

A propósito, o Novo Regimento Interno do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, em vigor desde 4 de novembro de 2009, estabelece que, ***"nos recursos em geral, o relator poderá limitar-se a ratificar os fundamentos da decisão recorrida, quando, suficientemente fundamentada, houver de mantê-la".***

O Colendo Superior Tribunal de Justiça tem prestigiado essa forma de julgamento:

"***PROCESSUAL CIVIL. ACÓRDÃO PROFERIDO EM EMBARGOS DECLARATÓRIOS. RATIFICAÇÃO DA SENTENÇA. VIABILIDADE. OMISSÃO INEXISTENTE. ART. 535, I, 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, atem-se aos contornos da lide e fundamenta sua decisão em base jurídica adequada e suficiente ao desate da questão controvertida.

2. É predominante na 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-a no acórdão, sem que tal

Acesso ao Sumário

***medida encerre omissão ou ausência de fundamentação no* decisum.**

3. Recurso Especial não-provido." (REsp nº 662.272-RS, Segunda Turma, Rel. Min. JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, j. 04.09.2007).

No mesmo sentido: REsp n. 641.963-ES, Segunda Turma, relator Ministro CASTRO MEIRA, DJ de 21.11.2005, REsp n. 592.092-AL, Segunda Turma, relatora Ministra ELIANA CALMON, DJ de 17.12.2004 e REsp n. 265.534-DF, Quarta Turma, relator Ministro FERNANDO GONÇALVES, DJ de 1.12.2003.

Destarte, nos termos do artigo 252 do Regimento Interno, ratifico os fundamentos da sentença recorrida, que fica mantida por se revelar suficientemente motivada.

Assim, pelo meu voto, nego provimento ao recurso.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0158098-60.2012.8.26.0100, da Comarca de São Paulo, em que são apelantes/apelados JOSE OSVALDO DA COSTA, PATRÍCIA PEREIRA BERNABÉ SOARES, JOSE YUNES, REGIANE ARAUJO BAISSO, FLORIANO CORRÊA VAZ DA SILVA, ADRIANO MEDEIROS DA SILVA BORGES e IRENE MAHTUK FREITAS MEDEIROS BORGES, é apelado/apelante REGIS FRANCO E SILVA DE CARVALHO, Apelados SILMARA FONTEBASSO (JUSTIÇA GRATUITA) e OCEANO INDÚSTRIA GRÁFICA E EDITORA LTDA..

ACORDAM, em 3ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento em parte aos recursos. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 35970)**

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

São Paulo, 22 de julho de 2014.

BERETTA DA SILVEIRA, Relator

Ementa: Apelações. Ação de indenização. Ofensas irrogadas em escritos judiciais. Inocorrência. Expressões agitadas, sem excesso, ao albergue do escudo legal conferido aos procuradores no desempenho de seu mister. Procedimento correcional. Abuso. Protocolo intempestivo a revelar a intenção de

comprometer a imagem do autor junto à Corregedoria do Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região. Dano moral caracterizado. Valor. Necessidade de redução. Conduta ilegal da preposta da empresa. Inexistência. Falso que não se pode presumir pela simples discordância com os termos de certidão lavrada pelo Ministério Público. Ausência de intenção de ofender. Verba honorária de contratação. Reembolso devido por força do princípio da restituição integral. Sucumbência. Adequação ao padrão do Código de Processo Civil e à revisão ora procedida. Sentença reformada em grau médio. Recursos providos em parte.

VOTO

Trata-se de ação de indenização por prejuízos material e moral que teve o primeiro pedido rechaçado e acolhido o segundo pela r. sentença proferida pelo ilustre Juiz Valdir da Silva Queiróz Júnior, cujo relatório é adotado.

As partes repreendem o r. julgado monocrático com o intuito de colher melhor dita aos seus interesses.

É o relatório.

O autor principiou a coeva contenda. Afirmou que os réus atacaram sua honra, fundado em arrazoados judiciais, representação perante a Corregedoria da Justiça do Trabalho e relatório díspar de certidão lavrada pelo órgão Ministerial. Entendeu que tais agravos tiveram por objetivo (1) manchar sua honra como represália à inspeção judicial empreendida em face da ré Oceano e (2) intimidar sua atuação jurisdicional. Requereu, em consequência, indenização de sessenta (60) salários mínimos mais cinco mil reais (R$ 5.000,00) pela contratação de advogado a defender seus interesses.

Em sede de defesa os réus - grosso modo - negaram a intenção de magoar o autor, sobrelevando que as palavras lançadas em suas minutas, nada mais significaram que o simples desprazer pela açodada conduta adotada pelo autor, a causar o desnecessário trânsito de pessoas na sede da empresa inspecionada. Demais disso, os bloqueios formulados pelos réus Adriano e Irene também levantaram preliminar de ilegitimidade e o da ré Silmara anotou, ainda, a impossibilidade jurídica dos pedidos e reafirmou a veracidade do relatório por ela preparado, impugnando, ambos, o monte desejado a título de dano imaterial.

A seguir, o ilustre Sentenciador de primeiro grau pôs fim à controvérsia. Julgou os pedidos improcedentes em relação às rés Silmara e Oceano, com a condenação do autor a pagar dez por cento de verba honorária a cada um

Acesso ao Sumário

dos réus, e procedente o de dano moral em relação aos demais demandados, realçando a culpa deles na apresentação extemporânea da representação perante a Corregedoria Trabalhista.

Ninguém se satisfez com o r. provimento em voga.

O autor pretende o reconhecimento da responsabilidade das rés Silmara e Oceano, o prestígio dos danos materiais e a atribuição da sucumbência - com exclusividade - aos réus, ao passo que estes, em linhas gerais, pugnam pela improcedência do pedido ou, em timbre alternativo, a redução da quantia fixada (sessenta salários mínimos).

Respostas às fls. 931/934, 939/948, 955/960, 961/964 e965/981.

A r. decisão *a quo* há de comportar mediana revisão.

Por primeiro, não há como se punir os advogados que atuaram na causa.

E isto por força de uma única – porém, decisiva – razão: nenhum arranhão se produziu no conceito do autor mercê das petições assinadas.

Ao contrário, a atitude de se insurgir contra a conduta processual do autor, que taxaram de apressada e inexperiente, nada mais significou que o uso das normas legais que garantem o exercício regular do direito de defesa, ato, pois, lícito, que, como é de ordinária ciência, constitui-se óbice ao dever de indenizar (Código Civil, art. 188, inciso I).

O ato lícito, pela força do reconhecimento do direito, tem o poder de criar a faculdade para o próprio agente. É jurígeno. Pela sua submissão mesmo à ordem constituída, não é ofensivo ao direito alheio (*Instituições de Direito Civil*, **Caio Mário da Silva Pereira**, Forense, Rio de Janeiro, 18ª edição, pág. 415).

A responsabilidade civil essencialmente considerada é a responsabilidade civil subjetiva, aquela que tem por substrato a culpa e que não dispensa a vinculação entre a pessoa e seu ato (*Atualidades Jurídicas*, Coordenação **Maria Helena Diniz**, Saraiva, São Paulo, 1999). Em matéria de responsabilidade civil, o final dever de indenizar vai sempre pressupor a culpabilidade do autor de um dano, culpabilidade esta que pressuporá, por sua vez, que foi ilícita a autuação ou a omissão do agente (obra citada, página 141).

O artigo 188 do Código Civil dispõe a respeito dos atos lesivos que não são ilícitos, operando essa circunstância como mais uma daquelas que excepcionam a responsabilidade do autor do ato. Esse dispositivo legal repele o dever de indenizar porque o procedimento do agente desenvolveu-se por razão estabelecida em lei, não sendo contrário ao direito.

Aquele que age dentro de seu direito a ninguém prejudica, mote pelo qual não será obrigado a indenizar.

Os termos apostos nas peças processuais produzidas pelos réus, respeitada a convicção do autor, apenas questionaram a inspeção judicial realizada de

surpresa, a qual, na visão deles, poderia ter sido evitada.

Vale sobrelevar que nenhuma alusão pessoal é feita ao autor no sentido de denegrir sua imagem - inclusive no plano profissional - e sim o registro técnico, diga-se de passagem, de índole objetiva, da azáfama da atitude adotada.

Repare-se, nesse cenário, o entendimento acerca do Estatuto da Advocacia, máxime quanto ao § 2º, do artigo 7º.

Consoante se extrai de sua leitura, as manifestações produzidas pelo advogado, no exercício de seu *munus*, jamais poderão ser consideradas injúria ou difamação.

A única possibilidade de as manifestações serem tomados contra o profissional é no caso de desacato, cujo conceito foi excluído da reserva legal no julgamento da ADI 1127 pelo STF.

A justificativa encontrada pelo legislador não levou em consideração a pessoa do advogado, mas sim o direito de seu cliente. Nessa liça, autoriza a lei que o causídico seja contundente em sua atuação, cujos arroubos são ínsitos ao exercício da defesa de seus constituintes.

Portanto, salvo abuso, se a exposição ocorrer no desempenho da profissão, estará o advogado isento de qualquer reprimenda civil ou criminal, afora se houver desacato.

Este argumento já seria suficiente para repelir - *ab initio* - a pretensão manejada.

Os advogados, exceto pela particular visão do autor, não agiram com *animus injuriandi*.

Doutro vértice, o mesmo não se pode dizer com relação à representação instaurada perante a Corregedoria da Justiça do Trabalho.

É que dito procedimento administrativo foi propositalmente estreado com o escopo de manchar a imagem do autor junto àquele respeitável órgão.

E assim ocorreu - à evidência - com o objetivo de tirar proveito nos casos que lá estavam em curso.

Em palavras mais singelas: a ré Oceano, caso entendesse ter havido grande desrespeito à lei por parte do autor, deveria ter-se socorrido do procedimento correcional de imediato, em vez de utilizá-lo como trunfo por ocasião de seus recursos.

Logo, houve - efetivamente - o desejo de intimidar e opor represália ao autor, não pelas expressões nela lançadas, mas sim pelo censurável objetivo de arremeter contra a honra do jovem magistrado, que nada mais fez do que agir dentro de seus poderes legais.

Esta, em verdade, a única afronta perpetrada, que não pode passar despercebida desta Corte.

Acesso ao Sumário

Entretanto, o monte outorgado precisa ser amainado, em especial para se conformar ao pensamento desta Câmara, que tem concedido indenizações mais expressivas a casos de maior relevância e repercussão na esfera da intimidade.

Nesse contexto, é razoável que a compensação seja fixada em R$ 28.000,00 (vinte e oito mil reais), com atualização a partir da sentença (Súmula 362 do STJ) e juros de mora a contar da citação.

O mesmo desiderato, contudo, não há de se dar ao relatório confeccionado pela ré Silmara.

Consoante bem pontuou o ilustre Juiz singular, além de o autor não discriminar em que teriam consistido as injúrias atiradas em tal documento, não se pode presumir que a singela colisão com a certidão de folha 18 contenha significado de falsidade ou o revestimento de maldizer o autor.

Por certo que a extensão dada ao extrato elaborado tem muito a ver com o ineditismo da situação e das consequências provocadas na ré Oceano naquela oportunidade, notadamente em relação aos funcionários então presentes.

Nem mais, nem menos.

Para que a indenização fosse admitida, mister seria existir conduta culposa por parte da ré Silmara, o que, à abundância, nunca se fez atual, haja vista o sentido absolutamente narrativo das expressões insertas em sua exposição.

Não houve, tanto quanto ocorreu com os procuradores judiciais, *animus injuriandi*, de maneira que nada há a se punir.

Relativamente aos honorários contratados entre o autor e sua douta procuradora, é devida a torna desejada.

Quanto ao tema, aponta-se o seguinte precedente do Egrégio Superior Tribunal de Justiça:

"*Aquele que deu causa ao processo deve restituir os valores despendidos pela outra parte com os honorários contratuais, que integram o valor devido a título de perdas e danos, nos termos dos arts. 389, 395 e 404 do CC/02. Recurso Especial que se nega provimento.*" (STJ - 3ª Turma - REsp nº 1.134.725/MG - Rel. Min. **Nancy Andrighi** - j. em 14.06.2011 - V.U.).

No mesmo sentido: REsp nº 1.027.797/MG.

Como paradigmas desta Corte, podem ser citados:

"*Honorários convencionais. Verba integrante da* 'restitutio in integrum'. *Consubstanciam-se danos materiais passíveis de indenização os valores gastos pelo requerido com o patrocínio de advogado em ação cível. Aplica-se,* 'in casu'*, o princípio da* 'restitutio in integrum'*, pelo qual a parte deve ser reparada de qualquer diminuição em seu patrimônio causada por ato de outrem. Recurso parcialmente provido.*" (TJ/SP - 28ª Câmara de Direito Privado - AC nº 9056343-19.2007.8.26.0000 - Rel. Des. **Mello Pinto** - j. em 24.04.2012

Acesso ao Sumário

V.U.).

"*Pedido de indenização referente a despesas com a contratação de advogados para fazer cessar ato ilícito dos réus - Improcedência - Princípio da reparação integral - Reconhecido o dever de indenizar por ilícito praticado, incluem-se na indenização as despesas realizadas com a contratação de advogados - Recurso acolhido em parte.*" (TJ/SP - 9ª Câmara de Direito Privado - AC nº 994.03.109115-0 Rel. Des. **Antônio Vilenilson** - j. em 10.08.10 V.U.).

E desta Câmara:

"*Plano de saúde. Ação de obrigação de fazer c.c. indenização por danos morais e materiais. (...) 3.- Danos materiais. Pretendido reembolso dos valores despendidos a título de honorários advocatícios contratuais. Possibilidade. Montante, na espécie, que integra o valor devido a título de perdas e danos. Sentença parcialmente reformada. apelo da autora parcialmente provido, com desprovimento do recurso do réu.*" (TJ/SP - 3ª Câmara De Direito Privado - AC nº 0017517-22.2011.8.26.0361 - Rel. Des. **Donegá Morandini** - j. em 09.04.2013 V.U.)

"*Apelação Cível - (...) Diferenciação entre honorários advocatícios processuais e contratuais - Possibilidade de condenação da ré ao pagamento dos honorários contratuais pactuados entre o autor e seu patrono - Sentença mantida - Recurso desprovido.*" (TJ/SP - 3ª Câmara de Direito Privado - AC nº 0205794-29.2011.8.26.0100 - Rel. Des. **Viviani Nicolau** - j. em 09.04.2013 - V.U.).

"*Apelação - (...) Restituição dos honorários advocatícios - Princípio do* 'restitutio in integrum' *- Valor da restituição fixada razoavelmente pelo Magistrado - Precedentes - Decisão mantida, nos termos do artigo 252 do RITJESP - Recurso não provido.*" (TJ/SP - 3ª Câmara De Direito Privado - AC nº 0188111-18.2007.8.26.0100 Rel. Des. **Egidio Giacoia** - j. em 18.09.2012 - V.U.).

Não é outra a posição da doutrina, como lembrado por **Hamid Charaf Bdine Júnior**: "*Ao acrescentar a verba honorária entre os valores devidos em decorrência das perdas e danos, parece que o legislador quis permitir que a parte prejudicada pelo inadimplemento possa cobrar o que despendeu com honorários, seja antes de ajuizar a ação, seja levando em conta a diferença entre aquilo que contratou com o seu cliente e aquilo que foi arbitrado a título de sucumbência; (...) Caso o valor dos honorários contratados pelo credor se revele exagerado, haverá abuso de direito (art. 187) é só se reconhecerá a ele o direito ao pagamento de honorários adequados ao que usualmente se paga por atividades daquela espécie-indicada, inclusive, pela Tabela de Honorários da OAB. Nem se imagine que o fato representa novidade no sistema indenizatório. Diariamente, condenam-se causadores de danos a indenizar o*

Acesso ao Sumário

valor dos honorários médicos, que também se sujeitam à verificação de sua razoabilidade. Idêntico tratamento merecerão os honorários de advogado" (*in Código Civil Comentado, Doutrina e Jurisprudência*. Coordenador Ministro **Cezar Peluso**, Ed. Manole, p. 278).

O valor reclamado encontra-se devidamente comprovado nos documentos que instruíram a vestibular, de sorte que deve ser indenizado ao autor e ver-se-á corrigido monetariamente a partir do respectivo desembolso, com juros moratórios, no piso legal, a partir da citação, e serão apurados ao ensejo da liquidação da r. sentença.

Ao cabo, a alteração de rota dada à causa em foco conduz à necessidade de reler a atribuição da sucumbência.

De fato, inconteste que o autor saiu-se vitorioso no que tange à ré Oceano, mas foi derrotado em relação aos demais réus, moldura essa que impõe a partição dos encargos segundo essa polaridade.

Assim, a ré Oceano reembolsará as despesas adiantadas pelo autor mais honorários advocatícios da ordem de dez por cento (10%) sobre o montante da indenização, consoante determina o § 3º do art. 20 ritual.

No tocante aos demais réus, o autor estornará as despesas que estes, pessoalmente, despenderam, além de honorários da condenação, que, *in casu*, por situar-se na rejeição dos pedidos agitados, hão de guardar harmonia com a dicção do § 4º do mesmo dispositivo, cuja graduação, sopesadas as alíneas do parágrafo anterior, recomendam estabelecer a verba de um mil e quinhentos reais (R$ 1.500,00) aos mandatários que atuaram em cada fração da defesa dos réus, vale dizer, (1) José Osvaldo, Patrícia, José Yunes, Regiane e Floriano, (2) Adriano e Irene e (3) Silmara, que bem estimará os trabalhos desenvolvidos.

Estes, portanto, os lineamentos que - honrada a posição do ilustre Juiz de piso - autorizam reformar seu r. pronunciamento em médio alcance.

Ante o exposto, dá-se provimento aos recursos, em parte, para julgar (1) improcedentes os pedidos em relação aos réus José Osvaldo, Patrícia, José Yunes, Regiane e Floriano, Adriano, Irene e Silmara, cabendo ao autor devolver as despesas que estes, pessoalmente, gastaram, além de honorários advocatícios de R$ 1.500,00 (Um mil e quinhentos reais) a cada bloco assim considerado linhas acima, e (2) procedente o pedido em relação à ré Oceano, que fica condenada a pagar indenização por dano moral ao autor, ajustada em vinte e oito mil reais (R$ 28.000,00), com atualização a partir da sentença (Súmula 362 do STJ) e juros de mora a contar da citação, além dos honorários contratados pelo autor com sua douta procuradora, com atualização a partir do reembolso e juros de mora a contar da citação, mais as despesas processuais por ele despendidas e honorários de sucumbência estimados em dez por cento (10%) sobre o valor total da condenação.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0011036-16.2011.8.26.0564, da Comarca de São Bernardo do Campo, em que são apelantes ODAIR VIOTTO RUBIO (E OUTROS(AS)), ADEMAR DE MELO VIANA, LUCIANO TADEU DA SILVA, ARLETE BATISTA DOMINGOS DA SILVA, MARIA RITA ALVES DOS SANTOS e LUIZ ANTONIO DOS SANTOS, são apelados IAN ERNEST VON DER HEIDE (E OUTROS(AS)), MAURÍCIA JULINDA MARQUES VON DER HEIDE, EMERSON SIMON IMBRIZI (E OUTROS(AS)), RONOWILSON DE ANGELIS e SUELI DE FATIMA COPE DE ANGELIS.

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 27.592)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores DONEGÁ MORANDINI (Presidente), BERETTA DA SILVEIRA e EGIDIO GIACOIA.

São Paulo, 22 de julho de 2014.

DONEGÁ MORANDINI, Relator

Ementa: AÇÃO DECLARATÓRIA DE ANULAÇÃO DE ATO JURÍDICO C.C. REINTEGRAÇÃO DE POSSE E INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS E MATERIAIS.

1.- Antecipação da tutela recursal. Bloqueio da matrícula do imóvel objeto da lide. Análise do pleito prejudicada. Pronto julgamento do recurso que aparta o risco de dano irreparável sustentado pelos apelantes.

2.- Cerceamento de defesa. Inocorrência. Suficiência da prova documental ao deslinde da controvérsia. Prova oral impertinente ao equacionamento da matéria controvertida. Objeto da perícia pretendida pelos recorrentes, no mais, impróprio à solução da lide. Correto julgamento antecipado da lide. Incidência do disposto no art. 330, inc. I, do Código de Processo Civil.

Acesso ao Sumário

3.- Contrato de construção estabelecido pelos autores e os corréus IAN e MAURÍCIA. Avença que previu a entrega de terreno aos autores, cujo pagamento consistia na edificação e cessão de 02 (duas) unidades do prédio a ser construído sobre a localidade. Prazo para a conclusão das obras expressamente acordado pelos contratantes. Decurso sem o cumprimento das obrigações assumidas pelos autores. Prorrogação tácita configurada. Aditamentos contratuais elaborados após o decurso do prazo inicial. Posterior interpelação extrajudicial promovida pelos réus que importou em efetiva constituição em mora dos requerentes. Emprego analógico do disposto no art. 397, par. único, do Código Civil. Mora configurada, sem a tomada de providência pelos contratantes inadimplentes, que resultou em inadimplemento voluntário absoluto, circunstância que autorizava a revenda da propriedade aos corréus. Prévia rescisão do primeiro contrato e violação ao direito de preferência. Querelas que não são objeto da demanda. Causa de pedir e pedidos limitados à anulação do segundo instrumento contratual ou ao recebimento de indenização pela perda do imóvel. Inadmissível desfazimento do pactuado. Descumprimento da primeira avença configurado. Circunstância que legitima a preservação do contrato posterior.

4.- Indenização por danos morais e materiais. Não acolhimento. Inexecução do contrato atribuída aos autores. Ilicitude contratual que não se compraz com a reparação pretendida. Inteligência do disposto no art. 389 do Código Civil.

SENTENÇA PRESERVADA. APELO IMPROVIDO.

Acesso ao Sumário

VOTO

1.- Ação declaratória de anulação de ato jurídico cumulada com reintegração de posse e indenização por danos morais e materiais julgada improcedente pela r. sentença de fls. 748/757, cujo relatório é adotado, proferida pelo MM. Juiz Edson Nakamatu.

Embargos de declaração opostos às fls. 759/772, rejeitados às fls. 774.

Recorrem os autores.

Buscam, preliminarmente, a antecipação de parte da tutela recursal e a anulação do processo por cerceamento de defesa. No mérito sustentam a necessidade de desfazimento do instrumento contratual firmado entre os réus, restabelecendo a posse do imóvel objeto da lide ou, alternativamente, arbitrando-se indenização por danos morais e materiais (fls. 779/803).

Contrarrazões apresentadas às fls. 812/814 e 815/824.

É O RELATÓRIO.

2. - Desabrida, por primeiro, a antecipação de parte da tutela recursal arguida pelos recorrentes. O imediato julgamento do apelo, com rejeição da pretensão recursal, aparta o risco de dano irreparável sustentado pelos apelantes, circunstância que desautoriza a medida postulada, consoante o disposto no art. 558 do Código de Processo Civil.

Nenhum cerceamento de defesa incorreu a hipótese dos autos. Ao correto equacionamento da lide bastavam as provas documentais encartadas aos autos, ressaltando-se que diante do manifesto descumprimento do contrato pelos autores, como ocorrido, dispensava-se a colheita da prova oral, insuficiente à modificação do quadro probatório resultante da prova documental, cuja produção, vale ressaltar, obedeceu aos ditames do art. 396 do CPC, descabendo a concessão de prazo para a juntada de outros documentos, ausentes as hipóteses do art. 397 do Código de Processo Civil.

Inoportuna, no mais, a realização da prova técnico-pericial. O objeto da perícia, segundo expresso requerimento dos autores, referia-se à identificação dos valores do terreno e das acessões nele construídas (fls. 715). Referidas medidas, no caso, mostravam-se impróprias, notadamente porque relacionadas à eventual nulidade do contrato estabelecido com os corréus, cuja ocorrência foi afastada, ou ao recebimento de indenização pelos primitivos contratantes, medida igualmente rejeitada, considerada a culpa dos autores pelo inadimplemento contratual. Correto, portanto, o julgamento antecipado da lide, presentes as hipóteses do art. 330, inc. I, do Código de Processo Civil, rejeitando-se a alegação de nulidade do processo por violação aos princípios da ampla defesa e do contraditório.

Vencidas estas questões, impõe-se, no mérito, a preservação da r. sentença recorrida (fls. 748/757), com o improvimento do apelo apresentado pelos autores.

Com efeito.

Firmado o contrato de construção e outras avenças entre os autores e os réus IAN e MAURÍCIA, estabeleceu-se como pagamento à cessão do terreno detalhado às fls. 28 a entrega de um salão comercial e de um apartamento a serem erigidos sobre a localidade (cláusula 30ª, fls. 41).

Conquanto sustentado o cumprimento das disposições contratuais, manifesta a inobservância do contrato pelos autores. O prazo para a conclusão

Acesso ao Sumário

das obras e efetiva entrega dos imóveis aos réus, como pagamento pela cessão do terreno aos autores, venceu-se em fevereiro de 2001 (cláusula 9ª, fls. 33), não se identificando o encerramento das obras até a propositura da ação, circunstância abertamente admitida pelos recorrentes (fls. 791/792) e ratificada pelas fotografias de fls. 674/683.

Nem se diga, a propósito, que previsão de entrega constante da cláusula 9ª foi prorrogada até o efetivo encerramento da edificação. Além de ausente aditamento contratual relacionado ao prazo para o encerramento das obras, prevalecendo, assim, aquele ajustado na avença primitiva, a tolerância estabelecida pelos réus encerrou-se com a interpelação extrajudicial promovida pelos requeridos (fls. 470/473), por meio da qual se concedeu um prazo suplementar de um ano e dia, a contar de janeiro de 2006, para a conclusão do empreendimento, reajuste novamente inobservado pelos autores, não se observando qualquer irregularidade com os instrumentos de fls. 470/473, os quais dependiam de tempestiva insurgência pelos interessados.

Logo, ainda que prorrogação tácita pudesse ser admitida, a constituição em mora dos recorrentes, nos termos do art. 397, par. único, do Código Civil, implicou em subsequente inadimplemento absoluto do contrato com o decurso do prazo suplementar sem o cumprimento das disposições contratuais assumidas pelas partes, em especial aquela relacionada ao término das obras. Segundo Ruy Rosado de Aguiar Junior, cujo posicionamento vai ao encontro da situação ora tratada, **"convém observar que, se para a constituição em mora, ou para a prova da mora, o credor notificou ou interpelou o devedor, essa providência é bastante para significar também a sua deliberação de que, desatendida a invocação no prazo razoável ali estabelecido, terá o contrato por extinto, sem mais" (Comentários ao Novo Código Civil. Da Extinção do Contrato. Arts. 472 a 480, volume VI, Tomo II, Editora Forense, p. 426).**

Patenteado, como se vê, a inexecução absoluta do contrato, nenhum vício se ressente da venda e compra formalizada entre IAN/MAURÍCIA e os corréus RONOWILSON, SUELI e EMERSON, envolvendo o terreno objeto da primeira transação, conforme matrícula de fls. 357/358. O descumprimento da avença importou em desfazimento do pactuado, invocando-se, sem delongas, o disposto no art. 389 do Código Civil, não se mostrando admissível a preservação do contrato sem o cumprimento das disposições que lhe eram inerentes, de modo que o inadimplemento autorizava a venda do bem a terceiros, no caso, os corréus.

Com o retorno do imóvel à propriedade dos réus IAN e MAURÍCIA, encontrava-se aberta a possibilidade de alienação do terreno a outros interessados, descabendo a invocação de que se trata de venda simulada, notadamente porque, extinto o vínculo originário, a venda por preço supostamente inferior ao praticado no mercado, além de incomprovada, ônus que seria atendido mediante

Acesso ao Sumário

a juntada de avaliações atualizadas de imobiliárias locais e não mediante a realização da prova pericial, medida excepcional e destinada apenas à resolução de efetiva controvérsia sobre a matéria, o que não é o caso, não é o bastante para a invalidação do negócio, descabendo aos autores, ante o desfazimento do liame contratual, a objeção ora apresentada, os quais sequer atingidos pelos prejuízos decorrentes da suposta simulação.

Nem se diga, no mais, que a segunda venda era dependente de prévia rescisão do primeiro contrato, descabendo, de todo modo, a manutenção do segundo instrumento ante a inobservância do direito de preferência. Querelas não contempladas no objeto da ação, anotando-se a ausência de causa de pedir ou de pedidos relacionados às matérias, descabe a invocação de tais assuntos após o prazo estabelecido pelo art. 294 do CPC ("**antes da citação, o autor poderá aditar o pedido, correndo à sua conta as custas acrescidas em razão dessa iniciativa**"), ressaltando-se, quanto à preferência, que a sua previsão encontrava-se adstrita à transferência da quota-parte dos sócios-condôminos, consoante previsão constante na cláusula 23ª (fls. 39), descabendo a preempção quando se tratar de alienação do imóvel por desfazimento do vínculo contratual, oportunidade em que encerrada a relação subjetiva envolvendo as partes originárias.

Inadmissível, finalmente, o pleito relacionado à reparação de danos. Foram os autores quem deram causa à extinção do contrato, por inadimplemento absoluto do seu objeto. Nesta hipótese, não se mostra admissível arbitrar indenização moral e material em proveito dos contratantes desidiosos, sob pena de premiar os responsáveis pela inexecução contratual. É o que se extrai, com tranquilidade, do disposto no art. 389 do Código Civil, segundo o qual o devedor responde por perdas e danos, inexistindo possibilidade de que a indenização seja arbitrada na situação inversa. Em caso parelha decidiu esta Câmara: **"Indenização por danos morais. Não acolhimento da pretensão. Adquirente que se mostrou culpada pelo inadimplemento da avença. Descabida a ilicitude atribuída à vendedora, inexistindo fundamento para a indenização postulada" (Apelação Cível n. 0012451-74.2012.8.26.0604, desta Relatoria).**

Confirma-se a r. sentença recorrida, preservando-se, ante a ausência de inconformismo recursal, a sucumbência estabelecida às fls. 757.

NEGA-SE PROVIMENTO AO APELO.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0065796-

Acesso ao Sumário

27.2003.8.26.0100, da Comarca de São Paulo, em que é apelante LOCAWEB SERVIÇOS DE INTERNET S/A, são apelados CARLINDO JOSÉ CREDIDIO MACEDO, CARLINDO MACEDO CONSULTORIA EMPRESARIAL S/C LTDA. e DADO MACEDO PRODUÇÕES ARTÍSTICAS ASSOCIADAS LTDA..

ACORDAM, em 25ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Não conheceram do agravo retido de fls. 555/557, negaram provimento ao agravo retido de fls. 1233/1235 e deram parcial provimento ao recurso de apelação, nos termos que constarão do acórdão. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 7985)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores WALTER CESAR EXNER (Presidente) e VANDERCI ÁLVARES.

São Paulo, 8 de maio de 2014.

HUGO CREPALDI, Relator

Ementa: AGRAVOS RETIDOS - Ausência de reiteração do recurso de fls. 555/557 nas razões de apelação conforme exigido pelo art. 523, § 1º, CPC - Recurso não conhecido - Agravo de fls. 1233/1235 devidamente reiterado - A participação do depoente na negociação, que culminou com a celebração do negócio entre a sua empregadora e os requeridos, compromete sua isenção, caracterizando-se seu interesse no litígio - Contradita bem acolhida - Negado provimento - APELAÇÃO - AÇÃO INDENIZATÓRIA - Preliminar de ilegitimidade ativa afastada - Conduta da ré que repercutiu negativamente na esfera jurídica dos autores - Página eletrônica dos autores retirada do ar durante realização de leilão virtual - Não incidência do CDC - Suspensão do *site* fundada em cláusula contratual válida - Falha no serviço prestado após a suspensão - DANOS MATERIAIS - Não comprovação, inclusive com relação aos lucros cessantes - DANOS MORAIS - Ocorrência - Evidente o abalo sofrido pela imagem dos autores - Redução do valor da indenização para se adequar proporcional e razoavelmente ao caso em tela - Sucumbência recíproca - Recurso parcialmente provido.

Acesso ao Sumário

VOTO

Vistos.

Trata-se de Apelação interposta por **LOCAWEB SERVIÇOS DE INTERNET S/A**, nos autos da ação indenizatória que lhe movem **CARLINDO JOSÉ CREDIDIO MACEDO e OUTROS**, objetivando a reforma da sentença (fls. 1.301/1.316) proferida pela MMa. Juíza de Direito, Dra. Carmen Lucia da Silva, que julgou procedente a ação, condenando a ré a indenizar os autores pelos danos materiais (danos emergentes e lucros cessantes), cujo valor será apurado oportunamente na fase de cumprimento do julgado, mediante arbitramento, bem como pelos danos morais, arbitrados em valor equivalente a 100 (cem) salários mínimos vigentes à época do pagamento, para cada um dos coautores. Pela sucumbência, condenou a ré ao pagamento de custas, despesas processuais e honorários advocatícios fixados em 15% do valor da condenação.

Apela o autor (fls. 1.324/1.334), reiterando os termos do agravo retido de fls. 1.233/1.235, interposto contra a decisão que acolheu a contradita ofertada pelos autores, reconhecendo não gozar a testemunha da isenção necessária para prestar depoimento.

Preliminarmente, sustenta que o contrato de prestação de serviços foi celebrado entre a apelante e a autora Dado Macedo Produções Artísticas, de modo que as demais devem ser consideradas parte ilegítima para figurar no polo ativo da demanda.

No mérito, alega a inexistência de responsabilidade civil diante da ausência de ato ilícito, visto que a desativação do *site* ocorreu com base em expressa disposição contratual, em razão de sobrecarga gerada ao servidor pelos apelados.

Nega a ocorrência de danos morais, vez que, interrogado, o autor Carlindo não soube especificar qual fato teria lhe acarretado perda da oportunidade de um negócio. Ainda, porque problemas com servidores são frequentes, inevitáveis, e não geram falta de credibilidade. Contudo, caso sejam mantidos, requer a reforma da sentença para reduzir o valor arbitrado.

Nega também a ocorrência de danos materiais, tendo em vista que não há como se presumir a existência de prejuízo, o qual deve ser efetivamente comprovado, o que não aconteceu. Diz que não houve perda de clientela e que, com relação à suposta divergência entre o preço efetivamente recebido e o preço esperado, tampouco há que se falar em danos, seja porque uma mera expectativa não gera nenhum direito, seja porque não foi demonstrado que esta expectativa teria sido frustrada ou que possuía fundamento.

Por fim, aduz não haver justificativa para a fixação dos honorários de sucumbência em valor superior ao mínimo legal, requerendo sua redução.

Acesso ao Sumário

Recebido o apelo em seu duplo efeito (fls. 1.342), houve contrarrazões (fls. 1.345/1.363).

É o relatório.

Primeiramente, não conheço do agravo retido de fls. 555/557, uma vez que sua apreciação por este Tribunal não foi expressamente requerida nas razões de apelação, conforme exigido pelo artigo 523, § 1º, do Código de Processo Civil.

Procedo, então, à análise do Agravo Retido de fls. 1.233/1.235, devidamente reiterado.

Insurge-se a ré contra a decisão interlocutória que acolheu a contradita de sua testemunha, por entender a MMa. Magistrada que aquela não gozaria da isenção necessária para prestar depoimento, uma vez que a empresa da qual é sócia mantém relações comerciais com a requerida.

Alega a agravante que as testemunhas arroladas pelos autores, que foram ouvidas, também mantém relação comercial ou de trabalho com as requerentes, mas não tiveram sua imparcialidade contestada.

De fato, como bem observado pela Douta Julgadora, a agravante não ofertou contradita contra as testemunhas apresentadas pelos autores, não podendo reclamar, portanto, que seus depoimentos foram colhidos. Ademais, a premiação da testemunha, que ganhou da requerida uma viagem para a Alemanha, e os comentários tecidos às fls. 1237 comprometem sua isenção, sendo bem acolhida a contradita.

Cumpre ressaltar que a agravante não demonstrou a necessidade da oitiva da testemunha, nem especificou os fatos que buscava comprovar com seu depoimento, não havendo que se falar na ocorrência de prejuízo a justificar a determinação de que sua declaração seja colhida.

Pelo exposto, nego provimento ao agravo retido.

Tratam os autos de ação indenizatória, movida pelos autores visando à declaração de nulidade da cláusula VI.6 do contrato firmado pelas partes, além da condenação da ré ao pagamento de indenização pelos danos materiais, inclusive lucros cessantes, em valor a ser apurado em sede de liquidação de sentença, bem como pelos danos morais, em montante a ser arbitrado, suportados pelos requerentes.

Alegam os autores que, na consecução de seus objetivos sociais, a coautora Carlindo Macedo Consultoria Empresarial exerce, através do *web site* Metramaq, o qual é hospedado pela ré, atividade de intermediação na compra e venda de máquinas e equipamentos pesados.

Explicam que uma das formas de venda disponibilizada pelo *site* é a venda *on line*, processo no qual os interessados, durante um período previamente

Acesso ao Sumário

determinado, apresentam propostas para os bens ofertados pelos clientes, que optam pelo preço que melhor lhes aprouver. Pela intermediação, a coautora Carlindo Macedo Consultoria Empresarial tem direito a uma comissão sobre o valor da proposta vencedora.

Afirmam que em 10 de dezembro de 2002, dia no qual estava programado para terminar o 5º processo de venda *on line* do Consórcio Imigrantes, avaliado em, no mínimo, R$ 1.994.475,00 (um milhão novecentos e noventa e quatro mil quatrocentos e setenta e cinco reais), o *site* Metramaq teria saído do ar, sem qualquer notificação prévia aos autores.

Relatam que a desativação da página ocorreu uma hora antes do término do processo, momento considerado o ápice do recebimento das propostas, quando seriam alcançados preços adequados aos interesses do cliente Consórcio Imigrantes.

Dizem que o *site* só teria voltado a funcionar na manhã do dia 11 de dezembro, com a contratação de nova prestadora de serviços de hospedagem, já que a ré teria se negado a reativar a página. O não encerramento do processo na data marcada e sua prorrogação para o dia seguinte resultaram no descrédito dos usuários e no descontentamento do cliente, gerando inúmeros prejuízos aos requerentes.

Em contestação, defende a ré que o *site* dos autores foi retirado do ar com base em expressa disposição contratual:

> *"São obrigações do contratante:*
>
> *V.11. Abster-se de:*
>
> *V.11.1. Utilizar programas que por qualquer razão prejudiquem ou possam a vir prejudicar o funcionamento do servidor, sob pena de imediata suspensão da prestação dos serviços ora contratados independentemente de aviso ou notificação;*
>
> *(...)*
>
> *V.11.3. Sujeitar ou permitir que o site seja sujeito a um volume excessivo de tráfego de dados que possa de qualquer maneira vir a prejudicar o funcionamento do servidor, sob pena de imediata suspensão da prestação dos serviços ora contratados, independentemente de aviso ou notificação".*

Diz a requerida que a página da Metramaq possuía uma programação *asp* (linguagem da qual são "escritos" os dados que se materializam no *site*, sob forma de *scripts*) imperfeita, e no dia 10 de dezembro de 2002, em razão do grande número de interessados em acessá-lo e executar uma série de ações que demoravam a ser cumpridas, passou a gerar uma fila virtual muito grande e a colocar em risco o funcionamento do servidor, o que fez com que o mesmo fosse retirado do ar com fundamento da cláusula supramencionada.

Ademais, afirma que o "Plano de Hospedagem Profissional I", contratado

Acesso ao Sumário

pela coautora Dado Macedo Produções Artísticas, possui custo mais baixo, vez que baseado em uma forma de tecnologia pela qual vários contratantes se utilizam de um único servidor, denominado servidor compartilhado, que, em razão do compartilhamento, é sujeito a limitações.

Por fim, nega a ocorrência dos danos alegados.

Em sede de réplica, aduzem os autores que a superação do volume máximo de transferência originalmente contratado deveria acarretar, conforme disposição contratual, a cobrança de uma taxa adicional, apurada no mês em curso e cobrada na fatura do mês seguinte, e não a retirada da página no ar. Ainda, sustentam a ilegalidade das cláusulas V.11.1 e V.11.3, porque contrárias aos princípios consumeristas, e dizem que escolheram o plano contratado após indicação da requerida, que informou que o plano seria suficiente para suas necessidades.

Determinada a realização de perícia, concluiu o *expert* no laudo apresentado (fls. 605/638):

> • *"O plano de hospedagem contratado não era suficientemente seguro para a finalidade a que se destinava, por utilizar um servidor compartilhado.*
>
> • *O contrato previa a desativação do* site *em casos que o desempenho do servidor compartilhado pudesse ser prejudicado.*
>
> • *Seguindo os direitos dados pelo contrato firmado, a requerida desativou todo o* site*, impedindo com isso que a requerente pudesse tomar medidas apropriadas.*
>
> • *A requerida, entretanto, poderia ter desativado apenas as páginas em* 'asp'*, deixando ativos os demais serviços, em particular o serviço FTP para acesso técnico à área de hospedagem.*
>
> • *Com a ação tomada pela Requerida, a autora foi impedida de adotar medidas para contornar a situação apresentando no* site*, aos usuários que estavam participando do leilão naquele momento, por exemplo, os motivos pelo qual o leilão foi interrompido e dando instruções de como proceder.*
>
> • *A requerente teve assim o leilão prejudicado pela forma como a requerida tentou solucionar o problema do servidor".*

A MMa. Magistrada *a quo* decidiu pela procedência da ação, condenando a requerida a indenizar os danos materiais, em valor a ser apurado na fase de cumprimento do julgado, bem como os danos morais, arbitrados no montante de cem salários mínimos vigentes à época do pagamento para cada um dos autores.

Inicialmente, deve ser afastada a preliminar de ilegitimidade ativa arguida pela ré.

Sustenta a apelante que, versando o feito sobre responsabilidade contratual, e sendo incontroverso que o contrato de prestação de serviço foi firmado entre ela e a autora Dado Macedo Ltda., os demais requerentes não

Acesso ao Sumário

estão legitimados para figurar no polo ativo da demanda.

Cândido Rangel Dinamarco, todavia, assim define a legitimidade das partes enquanto condição da ação:

> *"Legitimidade* 'ad causam' *é qualidade para estar em juízo, como demandante ou demandado, em relação a determinado conflito trazido ao exame do juiz. Ela depende sempre de uma necessária relação entre o sujeito e a causa e traduz-se na relevância que o resultado desta virá a ter sobre sua esfera de direitos, seja para favorecê-la ou para restringi-la. Sempre que a procedência de uma demanda seja apta a melhorar o patrimônio ou a vida do autor, ele será parte legítima; sempre que ela for apta a atuar sobre a vida ou patrimônio do réu, também esse será parte legítima. Daí conceituar-se essa condição da ação como relação de legítima adequação entre o sujeito e a causa". (*in *"Instituições de Direito Processual Civil", vol. II, Malheiros Editores, 6ª Edição, p. 313).*

Entendendo os autores que a conduta da ré repercutiu negativamente em sua esfera jurídica, são eles parte legítima para pleitear em juízo aquilo que acreditem bastante para compensar o prejuízo alegado, notadamente porquanto constituem um grupo empresarial. A discussão sobre a efetiva repercussão e a obrigação da requerida em reparar eventuais danos são questões que afetam o mérito. Nesse sentido:

> *"Para o preenchimento da condição da ação 'legitimidade' é o que basta. Faz-se suficiente que, em tese, a situação conflituosa pertença (pareça pertencer) a quem que se afirma que pertence. Se DNDN é mesmo credor de EDS, isto já não é uma questão relativa às condições da ação, mas diferentemente, ao 'mérito' de se reconhecer, ou não, se existe o direito alegado e, consequentemente, conceder, ou não, a DNDN a tutela jurisdicional que ele requereu lhe fosse prestada". (Cassio Scarpinella Bueno,* in *"Curso Sistematizado de Direito Processual Civil", vol. 1, Editora Saraiva, 7ª Edição, p.339).*

No mérito, cumpre afastar a incidência do Código de Defesa do Consumidor ao caso em questão.

Conforme decidiu o Colendo Superior Tribunal de Justiça, *"o conceito de 'destinatário final', do Código de Defesa do Consumidor, alcança a empresa ou o profissional que adquire bens ou serviços e os utiliza em benefício próprio, sem transformação ou beneficiamento na cadeia produtiva." (AgRg no REsp 508889/DF, Rel. Min. Humberto Gomes de Barros, Terceira Turma, d.j. 16.05.2006).*

Tendo em vista que a página eletrônica hospedada pela ré visou o fomento da finalidade empresarial dos autores, com o desenvolvimento de sua atividade lucrativa, os requerentes não podem ser considerados destinatários finais, tal como exige o *caput* do artigo 2º, do Código de Defesa do Consumidor.

Ademais, não há que se falar em hipossuficiência ou vulnerabilidade dos

Acesso ao Sumário

autores frente à ré. A empresa contratante possui funcionários que criaram e que administram o *web site* Metramaq, possuindo conhecimento técnico, portanto, acerca do serviço contratado. Não se justifica, desse modo, a aplicação das normas protetivas do Código de Defesa do Consumidor.

Assim, a princípio, não houve ato ilícito por parte da ré, na medida em que a retirada do *site* do ar estava prevista contratualmente para os casos de utilização de programas ou volume excessivo de tráfego de dados que possam prejudicar o funcionamento do servidor.

Todavia, conforme se constata da análise dos autos, houve falha na prestação do serviço executado pela ré. Isso porque, após retirar a página do ar, a requerida não prestou a assistência devida aos autores, que precisaram contratar nova empresa de hospedagem para retomar o funcionamento do *site* e a realização do leilão. Consta do depoimento da testemunha Cynthia (fls. 1197/1203) que *"entrei imediatamente em contato com a empresa ré, uma vez que a página da Metramaq precisava voltar ao ar a fim de que o leilão fosse finalizado. A Locaweb respondeu que não poderia voltar a página da Metramaq ao ar porque havia um arquivo que estava tendo problema. Aliás, a Locaweb não conseguiu me dizer qual arquivo estava com problema. A empresa ré não ofereceu qualquer solução ou alternativa para as autoras, e nem sequer disponibilizou informação aos participantes do leilão ao respeito do problema técnico havido durante o evento. Em outras palavras, os proponentes ficaram sem saber o que estava acontecendo, bem como ficaram impossibilitados de fazer propostas. Assim, passaram a telefonar para a Metramaq, questionando aquela situação. Alguns clientes afirmaram que tinham a impressão que a Metramaq estivesse manipulando as propostas. O problema ocorreu por volta de 16, 17 horas. Como a Locaweb não nos ofereceu nenhuma solução, nem sequer nos permitindo colocar aviso no site para os clientes, tivemos que, naquele mesmo dia, procurar uma outra empresa para hospedar nosso site. Contratamos a Global Service."*

Além disso, como concluiu a prova pericial, a apelante poderia ter desativado apenas as páginas em *"asp"*, de forma que os autores tivessem acesso técnico à área de hospedagem, podendo adotar medidas para informar aos participantes do leilão o motivo de sua interrupção e quando este seria retomado.

É inadmissível que os clientes interessados em apresentar propostas não tenham encontrado a página na Internet, devendo a ré ressarcir os prejuízos suportados.

Os danos materiais pleiteados, contudo, não restaram demonstrados. Sobre o tema, ensina Sergio Cavalieri Filho:

"O dano emergente, também chamado positivo, este, sim, importa efetiva

Acesso ao Sumário

e imediata diminuição no patrimônio da vítima em razão do ato ilícito. O Código Civil, ao disciplinar a matéria no seu art. 402 (reprodução fiel do art. 1.059 do Código de 1916), caracteriza o dano emergente como sendo aquilo que a vítima efetivamente perdeu

(...)

O ato ilícito pode produzir não apenas efeitos diretos e imediatos no patrimônio da vítima (dano emergente), mas também mediatos ou futuros, reduzindo ganhos, impedindo lucros, e assim por diante. Aí teremos o lucro cessante. É a consequência futura de um fato já ocorrido. O médico ou advogado que, em razão de um acidente, fica impossibilitado para o trabalho por vários meses, deve ser indenizado pelo que deixou de ganhar durante esse período. Na trilha do nosso Antônio Lindbergh Montenegro, que, por sua vez, se funda em Adriano De Cupis, pode-se dizer que, se o objeto do dano é um bem ou interesse já existente, estaremos em face do dano emergente; tratando-se de bem ou interesse futuro, ainda não pertencente ao lesado, estaremos diante do lucro cessante.

Consiste, portanto, o lucro cessante na perda do ganho esperável, na frustração da expectativa de lucro, na diminuição potencial do patrimônio da vítima. Pode decorrer não só da paralisação da atividade lucrativa da vítima, como, por exemplo, a cessação dos rendimentos que alguém já vinha obtendo da sua profissão, como, também, da frustração daquilo que era razoavelmente esperado.

*O cuidado que o juiz deve ter nesse ponto é para não confundir lucro cessante com lucro imaginário, simplesmente hipotético ou dano remoto, que seria apenas a consequência indireta ou mediata do ato ilícito". (*in *"Programa de Responsabilidade Civil", 9ª Edição, Editora Atlas, pp. 74-75).*

Uma vez que a conduta da ré não importou em efetiva diminuição do patrimônio dos autores, não há que se falar na ocorrência de danos emergentes.

Com relação aos lucros cessantes, os requerentes não fundamentaram sua expectativa de que os lotes leiloados alcançariam o valor de R$ 1.900.000,00 (um milhão e novecentos mil reais). Assim, não há como se falar em frustração do razoavelmente esperado. Ademais, não demonstraram que, em razão do não encerramento do leilão no dia agendado, deixaram de vender equipamentos. Ao contrário, a testemunha cujo depoimento consta às fls. 1230/1232 alegou que, após o leilão, procurou o autor Carlindo e comprou bens do Consórcio Imigrantes que não haviam sido vendidos por meio do procedimento eletrônico.

Pela necessidade de comprovação dos lucros cessantes, já decidiu este Egrégio Tribunal de Justiça:

"Responsabilidade civil. Colisão entre ônibus e motocicleta. Ação julgada improcedente. Alegação de culpa do condutor do ônibus. Danos não comprovados. Autor que não se desincumbiu do ônus de comprovar os fatos constitutivos do seu direito. Indenização indevida. Recurso

Acesso ao Sumário

improvido. Constituem pressupostos necessários para a responsabilidade civil prevista nos artigos 186 e 927 do Código Civil: a culpa, o nexo de causalidade e o dano. Bem por isso, se mostra insuficiente a prova da culpa e do nexo se, como na hipótese, o autor não consegue demonstrar a legitimidade e existência dos danos afirmados, sobretudo porque não é proprietário da motocicleta envolvida no acidente e que teria sofrido os alegados danos materiais, não sendo o caso, ainda, de indenização por danos morais e sequer comprovados os lucros cessantes". (Apelação 0036208-93.2004.8.26.0114, Rel. Kioitsi Chicuta, 3ª Câmara Extraordinária de Direito Privado, d.j. 30.01.2014).

"Ação de indenização - danos materiais e lucros cessantes - Código de Defesa do Consumidor - inaplicabilidade - ausência de prova do dano material e lucro cessantes alegados - ônus da prova que cabia à autora - art. 333, I do Código de Processo Civil - ação julgada improcedente - sentença mantida - recurso improvido." (Apelação 0005269-69.2007.8.26.0068, Rel. Coutinho de Arruda, 16ª Câmara de Direito Privado, d.j. 12.12.2013).

"Ação de indenização por danos materiais e morais - prestação de serviços de telefonia móvel - arrematação de 499 aparelhos celulares em leilão - valor repassado, assim como a quantia cabível ao leiloeiro - negócio cancelado - dever da ré de devolver o valor pago pela autora - lucros cessantes não demonstrados - dano moral não caracterizado - valor afastado - honorários advocatícios bem fixados - sentença mantida - apelação da ré provida em parte e da autora não acolhida". (Apelação 0213959-39.2009.8.26.0002, Rel. Eros Piceli, 33ª Câmara de Direito Privado, d.j. 09.12.2013).

Por outro lado, evidente que a suspensão repentina da página Matramaq, sem qualquer esclarecimento aos participantes do leilão acerca dos motivos, acarretou problemas à imagem dos autores. Diversos depoimentos testemunhais afirmaram que houve alegação dos clientes no sentido de que os requerentes estavam manipulando as propostas:

"Alguns clientes afirmaram que tinham a impressão que a Metramaq estivesse manipulando as propostas" (Cynthia Maria Ardanuy de Oliveira - fls. 1198).

"Tendo em vista que a página das autoras saiu do ar e tendo em vista que leilões virtuais erma novidade à época do fato, os arrematantes, alguns deles pelo menos, começaram a fazer comentários negativos a respeito da Metramaq, no sentido de que tratava-se de empresa que não funcionada para aquela modalidade de leilão. Tendo em vista que a página das autoras saiu do ar, houve quem cogitasse a respeito de uma eventual falcatrua, porque, repito, leilão virtual era uma novidade. Naquele momento, pelo menos a confiança na pessoa de Carlindo Macedo ficou abalada" (Josuel Herculado de Miranda fls. - 1231).

"Afirma que nos leilões realizados posteriormente ao ocorrido, diversos

Acesso ao Sumário

interessados manifestaram ter perdido a credibilidade no leilão via Internet" (Eliel Santos Silva - fls. 1268).

No mais, a caracterização do dano moral decorre da própria conduta lesiva, a qual restou devidamente comprovada, sendo aferido segundo o senso comum do homem médio, conforme leciona Carlos Alberto Bittar:

"(...) na concepção moderna da teoria da reparação dos danos morais prevalece, de início, a orientação de que a responsabilização do agente se opera por força do simples fato da violação (...) o dano existe no próprio fato violador, impondo a necessidade de resposta, que na reparação se efetiva. Surge 'ex facto' *ao atingir a esfera do lesado, provocando-lhe as reações negativas já apontadas. Nesse sentido é que se fala em* 'damnum in re ipsa'. *Ora, trata-se de presunção absoluta ou* 'iure et de iure', *como a qualifica a doutrina. Dispensa, portanto, prova em contrário. Com efeito corolário da orientação traçada é o entendimento de que não há que se cogitar de prova de dano moral." (* in *"Reparação Civil por Danos Morais", Editora Revista dos Tribunais, 2ª Ed., pp. 202/204).*

Caracterizado o dano moral, resta a análise do *quantum* indenizatório.

Para a reparação dos danos, deve ser observada a orientação jurisprudencial no sentido de que o valor da indenização deve ser fixado com moderação, considerando o ânimo de ofender, o risco criado e as repercussões da ofensa, evitando-se, contudo, o enriquecimento ilícito.

"Se inexiste uma regra legal que trate a indenização do dano moral como pena, seu cálculo haverá de se fazer apenas dentro dos parâmetros razoáveis da dor sofrida e da conduta do agente (...) com equidade haverá de ser arbitrada a indenização, que tem institucionalmente o propósito de compensar a lesão e nunca de castigar o causador do dano e de premiar o ofendido com enriquecimento sem causa." (Humberto Theodoro Júnior, *in* "Comentários ao Novo Código Civil", vol. III, Tomo II, 4ª ed., p. 82 e 85).

Em relação aos critérios para fixação da indenização, leciona Sérgio Cavalieri Filho:

*"Importa dizer que o juiz, ao valorar o dano moral, deve arbitrar uma quantia que, de acordo com o seu prudente arbítrio, seja compatível com a reprovabilidade da conduta ilícita, a intensidade e duração do sofrimento experimentado pela vítima, a capacidade econômica do causador do dano, as condições sociais do ofendido, e outras circunstâncias mais que se fizerem presentes." (*in *Programa de Responsabilidade Civil, 9ª ed., São Paulo: Malheiros, 2005, p. 98).*

Tomando-se por base aspectos do caso concreto - extensão do dano, condições socioeconômicas e culturais das partes, condições psicológicas e grau de culpa dos envolvidos - o valor deve ser arbitrado de maneira que atinja de forma relevante o patrimônio do ofensor, sem ensejar, no entanto,

Acesso ao Sumário

enriquecimento sem causa da vítima, conforme já decidido por este Egrégio Tribunal de Justiça:

> *"Ação indenizatória por danos morais - Cartão de Crédito - Cobrança de dívida paga - Apontamento indevido do nome da autora junto aos órgãos de proteção ao crédito - Procedência - Pretendida majoração do valor indenizatório - Descabimento - Montante fixado em conformidade com os critérios objetivo e subjetivo balizadores do instituto - Recurso improvido. A reparação pelo dano moral, além de destinar-se a, parcialmente, ser lenitivo ao sofrimento experimentado pelos ofendidos, carrega, também, cunho educativo àquele causador do dano, a fim de que aja de modo a evitar novas vítimas e ocorrências assemelhadas. Não pode, porém, ser fonte de enriquecimento de um, mas não deve ser de tal modo diminuta que não provoque qualquer esforço ao devedor para adimpli-lo, sob pena de frustrarem-se suas finalidades". (TJSP, Ap. 991030863393, Rel. Des. Vieira de Moraes, 11ª Câmara de Direito Privado, j. 26/08/2010 - Grifei)*
>
> *"Prestação de serviços - Telefonia - Cobrar por serviço não solicitado e não prestado e desligar linha telefônica, por ela não ter sido paga em virtude de cobrança indevida, infringe deveres que a ré tinha para com a autora consumidora e causa dano moral, gerando dever de indenizar - Dano moral, exatamente porque moral, não se demonstra nem se comprova, mas se afere, resultando por si da ação ou omissão culposa,* "in re ipsa"*, porque se traduz em dor, física ou psicológica, em constrangimento, em sentimento de reprovação, em lesão e ofensa ao conceito social, à honra, à dignidade - O arbitramento da indenização moral há de considerar a real finalidade do reparo, a de satisfazer ao lesado, tanto quanto possível, e a de servir de desestímulo, ou de inibição, para que se abstenha o lesante de novas práticas do gênero - Recurso parcialmente provido". (TJSP, Ap. 992080652700, Rel. Des. Silvia Rocha, 28ª Câmara de Direito Privado, j. 23/02/2010 Grifei)*

Considerando estes aspectos, entendo que o valor arbitrado a título de danos morais na r. sentença prolatada, cem salários mínimos vigentes à época do efetivo pagamento para cada autor, mostra-se excessivo frente a lesão sofrida, motivo pelo qual deve ser reduzido para o valor de R$ 30.000,00 (trinta mil reais) - R$ 10.000,00 (dez mil reais) para cada um dos requerentes -, com o escopo de se adequar à razoabilidade e proporcionalidade, a fim de atingir suas finalidades precípuas.

Por fim, em virtude da parcial reforma do julgado, impõe-se a sucumbência recíproca, na medida em que os autores decaíram do pedido de indenização por danos materiais, e a empresa ré foi condenada ao pagamento de indenização pelos danos extrapatrimoniais sofridos. Nesse passo, em observância ao *caput* do artigo 21 do Código de Processo Civil, cada parte deverá arcar com as custas e despesas processuais que despendeu, bem como com os honorários advocatícios de seus respectivos patronos.

Acesso ao Sumário

Pelo exposto, não conheço do agravo retido de fls. 555/557, nego provimento ao agravo retido de fls. 1233/1235 e dou parcial provimento ao recurso de apelação, para condenar a ré ao pagamento de indenização por danos morais, no valor de R$ 30.000,00 (trinta mil reais).

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0003423-66.2010.8.26.0244, da Comarca de Iguape, em que é apelante BRASIL VEÍCULOS COMPANHIA DE SEGUROS, é apelado COMEDER COMÉRCIO DE MERCADORIAS E DERIVADOS DE PRODUTOS ALIMENTÍCIOS LTDA. EPP.

ACORDAM, em 25ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 23.456/14)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores WALTER CESAR EXNER (Presidente sem voto), MARCONDES D'ANGELO e HUGO CREPALDI.

São Paulo, 8 de maio de 2014.

VANDERCI ÁLVARES, Relator

Ementa: Seguro de veículo. Danos no veículo segurado. Recusa do pagamento de indenização. Embriaguez. Procedência parcial decretada em 1º Grau.

1. Irresignação da seguradora com relação à condenação imposta de pagamento da indenização de seguro de vida, sob o argumento de que o segurado estava embriagado no momento do acidente de trânsito, o que agravou o risco segurável.

2. Infundada a alegação de invalidade do exame realizado por etilômetro com calibração vencida, porquanto é a certificação do aparelho pelo INMETRO que deve ser realizada anualmente e esta se encontrava dentro do prazo regular.

3. Ocorrido o acidente em curva suave, sem concorrência de nenhum outro veículo, durante o dia, inegável a relação entre o estado ébrio do motorista e

Acesso ao Sumário

o evento.

4. O simples fato da ré não ter juntado aos autos a cláusula do contrato de seguro prevendo a exclusão da indenização em caso de embriaguez, não tem o condão de afastar por completo a culpa do condutor, certo que tanto o Código Civil, quanto o Código de Trânsito Brasileiro preveem a exclusão da garantia em caso de agravamento do risco pelo segurado.

5. Comprovado o agravamento do risco pelo condutor do veículo de propriedade da autora, justifica-se a exclusão do dever de indenizar.

6. De rigor a rejeição da indenização por danos materiais, ante a conduta ilícita do motorista e a incidência da excludente da obrigatoriedade de indenizar.

7. Sucumbente na totalidade dos pedidos, incumbe à autora o pagamento dos ônus sucumbenciais, consubstanciado nas custas e despesas processuais, bem como honorários advocatícios ora arbitrados em 15% do valor da causa.

8. Deram provimento ao recurso, nos termos deste Acórdão.

VOTO

1. RELATÓRIO ESTRUTURADO

Inicial (fls. 02/124)

Síntese do pedido e da causa de pedir: a autora-apelada, proprietária do veículo utilitário furgão longo, Mercedes Benz, placa EAU-7060, conduzido em velocidade compatível, por um dos seus funcionários, derrapou e tombou na pista molhada, em 21/06/2010, na rodovia BR 116, km 38, município de Campina Grande do Sul/PR, sofrendo avarias na estrutura interna e externa do veículo, com perda total e fazendo jus a indenização integral de R$ 65.977,00. Contudo, na ocasião do acidente, o teste do bafômetro acusou leve embriaguez e a seguradora-ré se recusou a pagar a indenização. Afirma a autora que o funcionário não havia ingerido nenhuma bebida alcoólica no dia e que o instrumento de aferição do teor etílico estava desregulado porque a última inspeção datava de mais de um ano. Relata que em razão do não pagamento, vem arcando com o pagamento pelo transporte de seus produtos, no valor de R$ 3.600,00 mensais.

Acesso ao Sumário

Sentença (fls. 231/235)

Resumo do comando sentencial: julgou parcialmente procedente o pedido

para condenar a ré ao pagamento do valor de R$ 65.977,00, corrigido e com juros legais a partir de 16/07/2010, além de indenização pelos prejuízos no valor de R$ 3.600,00 com atualização monetária pela tabela do Tribunal e juros de 1% ao mês desde 29/09/2010. Asseverou o magistrado que a ré não demonstrou que a embriaguez excluiria expressamente o dever de indenização, prova que não se desincumbiu, e, ainda que assim não fosse, deveria a ré observar as regras dos artigos 46 e 54, § 4º, do Código de Defesa do Consumidor. O juiz adotou a tese da autora de que a embriaguez não foi provada, em face do etilômetro não ter sido inspecionado no prazo do vencimento.

Razões de Recurso (fls. 238/251)

Objetivo do recurso: insurge-se o réu contra a sentença, alegando que a embriaguez do motorista restou evidenciada nos autos, porque após o acidente, o condutor foi preso em flagrante, por infração do artigo 306 do Código de Trânsito Brasileiro, e que a exclusão da indenização por embriaguez se encontra prevista no manual do segurado, não se podendo alegar ignorância. Sustenta ainda que a embriaguez constitui excludente de garantia, como estabelece o artigo 768 do Código Civil.

É o sucinto relatório.

2. Voto.

O recurso vinga!

Trata-se de recurso de apelação interposto pelo réu BRASIL VEÍCULOS COMPANHIA DE SEGUROS contra a sentença que, nos autos da ação de cobrança ajuizada por COMEDER COMÉRCIO DE MERCADORIAS E DERIVADOS DE PRODUTOS ALIMENTÍCIOS LTDA. EPP., julgou-a parcialmente procedente.

Com todo o respeito ao entendimento perfilhado pelo juiz sentenciante, a sentença comporta reforma.

Consta dos autos que o autor contratou junto à ré a apólice de seguro de veículo nº 5147669, prevendo cobertura do veículo marca Mercedes Benz, Sprint 313 D furgão Longo, placas EAU-7060, ano 2008, que se encontrava em vigor no período de 29/03/2010 a 29/03/2011.

De acordo com a inicial, em 21/06/2010, o motorista da autora, na condução do veículo segurado, envolveu-se em acidente do qual resultou prejuízo no valor de R$ 65.977,00, referente ao valor do bem segurado.

Diante dos danos, requereu o pagamento do capital segurado junto à seguradora ré, que negou o pagamento com fulcro na cláusula que exclui o dever de indenizar quando o motorista deu causa ao acidente ao agravar o risco, dirigindo embriagado.

De fato, tenho que do conjunto probatório produzido nos autos, mostra-se irrefutável a ilegalidade da conduta do motorista.

A embriaguez do condutor se mostrou notória nos autos.

Acesso ao Sumário

A tese da autora, a qual lastreou a sentença emanada do digno juiz "*a quo*", de que o aparelho medidor do grau etílico (etilômetro ou bafômetro) estaria com a calibração vencida, não é compartilhada por este Relator.

Fundamenta-se que a calibração do aparelho se deu em 19/05/2009 e a data da aferição em 21/06/2010, e, assim, já teria transcorrido um ano sem que tenha sido realizada nova calibração, sendo inválida a prova apresentada - **fls. 68**.

Contudo, impende destacar aqui a diferença entre a calibração e a certificação do etilômetro.

A primeira somente ocorre se o aparelho apresenta defeito, não havendo prazo, pois, para a periodicidade da vistoria.

A segunda, sim, é o procedimento a que se refere a Portaria nº 06/2002 e demanda renovação anual.

E ao se analisar o resultado do teste, observa-se que a data para a próxima certificação do INMETRO é posterior à data do teste, ou seja, 23/07/2010, apresentando-se plenamente válida a aferição realizada no funcionário da autora.

Estabelece a Portaria nº 06/2002, do Instituto Nacional de Metrologia, Normalização e Qualidade Industrial - INMETRO, no item 7.2.2 que:

> ***"A verificação periódica será realizada anualmente, cabendo ao detentor do etilômetro encaminhá-lo ao Órgão da Rede Nacional de Metrologia Legal" - grifo nosso*** - fls. 77.

Como bem explanou o Desembargador Relator da Guilherme G. Strenger, da 11ª Câmara de Direito Criminal:

> **"Não há que se confundir calibração do etilômetro com sua certificação pelo INMETRO. Esta última deve ser realizada anualmente, conforme dispõe o artigo 6º da Resolução nº 206/2006 do CONTRAN. Já a calibração do aparelho somente precisa ser feita se o mesmo apresentar discrepância de resultados a demonstrar que não esteja calibrado, independentemente do prazo da última calibração".**
>
> ***(Apelação 0013818-74.2012.8.26.0462, j. 15/01/2014).***

Idêntico é o entendimento do Egrégio Superior Tribunal de Justiça sobre a questão:

> **HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ORDINÁRIO. ARTS. 306, PARÁGRAFO ÚNICO, E 309, DO CÓDIGO DE TRÂNSITO BRASILEIRO. CONCENTRAÇÃO DE ÁLCOOL NO ORGANISMO VERIFICADA POR INTERMÉDIO DE ETILÔMETRO ("BAFÔMETRO"). EXAME ALEGADAMENTE IMPRECISO. ARGUIDA AUSÊNCIA DE PROVA DA MATERIALIDADE DELITIVA. DISPOSIÇÕES DO CONTRAN. VERIFICAÇÃO ANUAL PERIÓDICA. ILEGALIDADE NÃO**

Acesso ao Sumário

EVIDENCIADA. PRECEDENTES. REEXAME DE MATÉRIA FÁTICO-PROBATÓRIA. INVIABILIDADE. FALTA DE JUSTA CAUSA NÃO DEMONSTRADA DE PLANO. ERRÔNEA IMPETRAÇÃO DE WRIT ORIGINÁRIO EM SUBSTITUIÇÃO À VIA DE IMPUGNAÇÃO CABÍVEL, QUAL SEJA, O RECURSO ORDINÁRIO CONSTITUCIONAL. AUSÊNCIA DE PATENTE CONSTRANGIMENTO ILEGAL QUE PERMITA A CONCESSÃO DE ORDEM EX OFFICIO. ORDEM DE HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDA.

1. No caso, a Parte Impetrante juntou aos autos o teste de alcoolemia, no qual consta ter sido a última calibração do etilômetro realizada em 08/09/2008 pelo INMETRO. A conduta praticada pelo Paciente ocorreu em 11/09/2010 - após a última certificação do referido órgão -, contudo, antes da seguinte, designada para o dia 15/12/2010.

2. Segundo a orientação desta Corte Superior de Justiça, a verificação periódica anual, prevista no art. 6.º, inciso III, da Resolução n.º 206, de 20 de outubro de 2006, do CONTRAN, como requisito para a constatação da regularidade do etilômetro, não se confunde com a calibração do aparelho. Por isso, correta a conclusão das instâncias antecedentes de que não há qualquer vício na medição realizada pelo aparelho, porque realizada dentro do prazo de validade da certificação.

(...).

(HC 240337/MG HABEAS CORPUS 2012/0082434-0, Ministra LAURITA VAZ, 5ª T., j. 07/11/2013, DJe 25/11/2013).

Dirimida a questão sobre a validade do exame, observa-se que a medição obtida na inspeção etílica elaborada no condutor do veículo de propriedade da autora, no dia do acidente, 21/06/2010, indicou o grau **0,41 mg/l** de sangue.

Constatada a embriaguez, o motorista José Marcio Oliveira foi autuado em flagrante delito e permaneceu em custódia na delegacia, por infração ao artigo 360 do Código de Trânsito Brasileiro - *vide fls. 140/144 e 146/148*.

Confessou ainda que havia ingerido bebida alcoólica (cerveja), no dia anterior ao acidente, em 20/06/2010 - fls. 144.

Dessa forma, inegável que a aferição obtida pode ser considerada como prova para exclusão da cobertura securitária.

E, corroborando o agravamento do risco pelo condutor, pelo estudo da dinâmica do acidente, no croqui de fls. 48/49, constata-se que o veículo da autora colidiu com um barranco e tombou, na altura do km 38 da BR 116, embora na pista molhada, *durante o dia, em curva suave, sem a concorrência de nenhum outro veículo para o acidente*, como relata o próprio motorista em fls. 144.

Nessa toada, inegável a conclusão de que houve relação entre o estado de embriaguez do condutor e o acidente, bastando atentar para as circunstâncias e a forma como ocorreu a colisão.

Acesso ao Sumário

Reza o artigo 768 do Código Civil:

"*O segurado perderá o direito à garantia se agravar intencionalmente o risco objeto do contrato*".

Nessa toada, o simples fato da ré não ter juntado aos autos a cláusula do contrato de seguro prevendo a exclusão da indenização em caso de embriaguez, não tem o condão de afastar por completo a culpa do condutor, certo que tanto o Código Civil, quanto o Código de Trânsito Brasileiro preveem a exclusão da garantia em caso de agravamento do risco pelo segurado.

O segurado, portanto, deve abster-se de tudo que possa aumentar os riscos, sob pena de perda do direito à indenização e, no caso, o condutor, um motorista profissional, contratado pela autora, teria a obrigação laboral de manter-se atento e sóbrio no exercício de suas atividades.

Não se pode olvidar que inúmeras as hipóteses em que possível cogitar que condutor alcoolizado possa ser vítima de acidente automobilístico, sem que tal tenha sido sua causa determinante. É preciso que a ingestão de bebida alcoólica influencie direta ou indiretamente no acidente.

Assim, a dinâmica do acidente também permite concluir que a embriaguez do condutor teve papel absolutamente relevante no evento, porque evidente que uma colisão dessa natureza é típica de motorista cujos reflexos estão comprometidos pelos efeitos depressores causados pelo álcool no sistema nervoso.

Não restam dúvidas, portanto, acerca da embriaguez na ocasião do acidente.

Em v. acórdão no **Recurso Especial nº 973.725/SP, julgado em 26 de agosto de 2008, o Ministro Ari Pargendler, com percuciência ímpar, assinala:**

"CIVIL. SEGURO DE VIDA. EMBRIAGUEZ.

A cláusula do contrato de seguro de vida que exclui da cobertura do sinistro o condutor de veículo automotor em estado de embriaguez não é abusiva; que o risco, nesse caso, é agravado resulta do senso comum."

Portanto, perfeitamente válida a cláusula de não indenizar, quando o condutor, às claras, deu causa ao agravamento do risco, excludente do dever de indenizar, a teor do artigo 768 do Código Civil, e não pode suportar a seguradora os riscos de fato ou situações que, à evidência, agravam o seguro.

Nesse sentido, ainda conferem-se os seguintes julgados, envolvendo casos de recusa de pagamento de indenizações securitárias (seguro de vida e seguro facultativo de veículo) pela seguradora em decorrência de embriaguez

Acesso ao Sumário

do segurado:

"APELAÇÃO - AÇÃO DE COBRANÇA - SINISTRO DO VEÍCULO SEGURADO PEDIDO DE INDENIZAÇÃO SECURITÁRIA - Recusa de pagamento pela seguradora, sob o fundamento de que o segurado conduzia o veículo sobre inequívoco estado de embriaguez - Possibilidade - Apólice securitária que exclui a responsabilidade da seguradora de indenizar em caso de direção sob a influência de álcool ou substância análoga - Comprovado agravamento do risco - Laudo necroscópico indica o teor de álcool no sangue muito superior ao admitido por lei - Laudo pericial que indica a ausência de qualquer anomalia na pista que possa ter acarretado o acidente - Inexistência do dever de indenizar da seguradora - Sentença mantida por seus próprios fundamentos- Negado provimento."

(Apelação com Revisão nº 9268661-16.2008.8.26.0000, Rel. Des. Hugo Crepaldi).

"O artigo 768 do atual Código Civil não exige, como causa do agravamento do risco que leva à perda do direito ao seguro, o embriagar-se com a intenção de agravá-lo, mas se perfaz com a atitude de quem, embora embriagado e já sem as condições mínimas de percepção do perigo, opta por dirigir assumindo agora e intencionalmente o risco de causar o sinistro."

(Apelação com Revisão nº 9137718.42.2007.8.26.0000, Rel. Des. S. Oscar Feltrin).

"Seguro de vida e acidentes pessoais. Morte do segurado e indenização reclamada pela beneficiária. Recusa da seguradora no pagamento da indenização. Ação julgada improcedente. Embriaguez do segurado que afasta obrigação de pagar indenização. Infração contratual caracterizada. Não conhecimento do agravo retido de fls. 103/107 e improvimento da apelação. (...) Havendo subsídios de ingestão de bebida alcoólica por parte do segurado, vindo ele a falecer em razão das lesões decorrentes de atropelamento, indevido é o pagamento da indenização do seguro em face de agravamento voluntário do risco. O exame feito pela Polícia constatou dosagem alcoólica de 2,8cm3/l e se situa em quadro de embriaguez com 'torpor alcoólico e dupla visão', próximo da embriaguez profunda (...) caracterizando situação do artigo 1.454 do Código Civil de 1.916. Existe circunstância real de agravamento e não probabilidade infundada."

(Apelação com Revisão nº 1.022.348-0/0, Rel. Des. Kioitsi Chicuta).

Da mesma forma, incabível o pedido de reembolso pelos danos materiais, ante a exclusão da obrigatoriedade de indenizar da seguradora.

Em razão da improcedência total dos pedidos da autora, carreio a esta a totalidade dos ônus sucumbenciais, consubstanciada no pagamento das despesas

Acesso ao Sumário

e custas processuais, bem como honorários advocatícios ora arbitrados em 15% do valor da causa.

3. "Ex positis", pelo meu voto, dou provimento ao recurso, nos termos deste Acórdão.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0003870-61.2012.8.26.0510, da Comarca de Rio Claro, em que é apelante JURANDYR ZUCCHI, são apelados PAULO FAGUNDES e PAULO FAGUNDES JÚNIOR.

ACORDAM, em 31ª Câmara de Direito Privado 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 15.992)**

O julgamento teve a participação dos Exmo. Desembargadores FRANCISCO CASCONI (Presidente) e PAULO AYROSA.

São Paulo, 13 de maio de 2014.

ADILSON DE ARAUJO, Relator

Ementa: APELAÇÃO. MANDATO. HONORÁRIOS CONVENCIONAIS DE ADVOGADO ("*QUOTA LITIS*"). AÇÃO DECLARATÓRIA DE NULIDADE DE CLÁUSULA CONTRATUAL C/C RESSARCIMENTO DE VALORES. IMPROCEDÊNCIA. DESCABIMENTO. LESÃO. RECONHECIMENTO. INTELECÇÃO DO ART. 157 DO CÓDIGO CIVIL. AMPUTAÇÃO DOS HONORÁRIOS. NECESSIDADE. PROVIDO O RECURSO DO AUTOR. O acervo probatório coligido nestes autos é robusto em demonstrar a ocorrência de lesão. Na hipótese, não prevalece o princípio "*pacta sunt servanda*", sob pena de se perpetrar enriquecimento sem causa. Demonstrada a abusividade da cláusula contratual iníqua. Evidente, assim, a ocorrência de lesão na hipótese em que um advogado, valendo-se de situação de desespero da parte, firma contrato "*quota litis*" no qual fixa sua remuneração "*ad exitum*" em 50% do benefício econômico gerado pela causa.

Acesso ao Sumário

VOTO

Trata-se de ação declaratória de nulidade de cláusula contratual cumulada com ressarcimento de valores ajuizada pelo outorgante **JURANDYR ZUCCHI** em face dos mandatários **PAULO FAGUNDES** e **PAULO FAGUNDES JÚNIOR**, sob o arrazoado de que firmaram contrato de prestação de serviços de advocacia de revisão do cálculo de benefício junto à Previdência Social (INSS), ocasião em que avençaram a *quota litis* no montante de 50% dos atrasados a serem recebidos no processo, além das verbas decorrentes da sucumbência. Aduz a abusividade da referida cláusula contratual (fls. 02/13).

Por r. sentença, cujo relatório adoto, julgou-se improcedente a ação. Sucumbente, o autor foi condenado a efetuar o pagamento das custas e despesas processuais, além dos honorários advocatícios arbitrados por equidade em R$ 1.800,00 (fls. 126/128).

Irresignado, apela o autor batendo-se pela reforma do r. *decisum*. Pondera não desconhecer os eficientes serviços de advocacia prestados pelos causídicos. Aduz que o MM. Juiz deu interpretação literal à lei. Discorre sobre as regras de interpretação jurídica. Evoca os arts. 1º, 36 e 38, todos do Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil - EOAB (Lei nº 8.906/94). Sustenta que a cobrança de 50% como *quota litis* ofende ao conceito de moderação insculpido no Código de Ética. Diz ser imperiosa sua redução de 50% para 30%. Adverte que a interpretação gramatical da norma não é a mais segura. Traz doutrina e jurisprudência. Pugna, assim, pelo reconhecimento do instituto da lesão, previsto no art. 157 do Código Civil, visto que, por inexperiência, obrigou-se por prestação manifestamente desproporcional ao valor da prestação oposta. Prequestiona a matéria. Quer, pois, o acolhimento do recurso para o fim de se reformar a r. sentença, nos termos pleiteados (fls. 132/138).

Preparado (fls. 139/140), o recurso foi recebido (fls. 141), processado e contrariado (fls. 145/150).

É o relatório.

Assiste razão ao autor, aqui recorrente.

Observe-se que, em verdade, as partes livremente firmaram a avença de prestação de serviços em que os réus postulariam em favor do autor, em face do INSS, ação de revisão de cálculo do benefício de aposentadoria. Ademais, no referido contrato, restou consignado na cláusula 2ª que *"o valor dos honorários seria de 50% (cinquenta por cento) dos atrasados a serem recebidos em razão do processo"* (fls. 16).

Por subsequentes décadas se defendeu o princípio da autonomia da vontade, sintetizado no brocardo *pacta sunt servanda*. Entretanto, como se sabe, o Direito não é estático, mas, ao contrário, em seu dinamismo, incessantemente

Acesso ao Sumário

busca acompanhar o evolver do pensamento humano e das novas necessidades que emergem, de modo a tutelar de modo mais efetivo e eficaz os fenômenos da realidade, cumprindo-se a máxima tão encarecidamente apregoada por MIGUEL REALE - *ubi societas, ibi jus* (onde há a sociedade, ali está o direito).

Na espécie, revela-se frágil, em meu sentir, a assertiva de que os referidos serviços de advocacia foram contratados por pessoa esclarecida, *in casu*, um médico, razão pela qual não poderia agora alegar surpresa e/ou lesão inesperada.

Ora, trata-se de médico com experiência em sua área, mas não, necessariamente, em questões atinentes ao labor jurídico e à prática forense.

O art. 157 do Código Civil dispõe:

"**Art. 157**. Ocorre a lesão quando uma pessoa, **sob premente necessidade, ou por inexperiência, se obriga a prestação manifestamente desproporcional ao valor da prestação oposta**.

§ 1º - Aprecia-se a desproporção das prestações segundo os valores vigentes ao tempo em que foi celebrado o negócio jurídico." **(grifei)**.

Ao trazer comentos ao dispositivo legal acima transcrito, o eminente Desembargador e Professor NESTOR DUARTE, no alentado "Código Civil Comentado", São Paulo, Manole, 7ª ed., 2013, p. 124, sob a coordenação do eminente Ministro CEZAR PELUSO, preleciona:

> "A lesão tanto pode dar-se pela desproporção grave entre as prestações opostas como na cobrança extorsiva de juros, reservando-se a as expressões lesão contratual e lesão usurária. Daquela é que se ocupa o dispositivo, já que esta é disciplinada no art. 591, além das sanções contidas no Decreto nº 22.626, de 07/4/1933.
>
> Ocorrerá lesão, apta a invalidar o negócio, quando, em negócio comutativo, uma das partes, por inexperiência ou necessidade premente, se obriga a prestação significativamente desproporcional à outra.
>
> Não se exige o conhecimento das circunstâncias pelo beneficiário, bastando o prejuízo do lesado. Diz Moreira Alves (*A Parte Geral do Código Civil Brasileiro.* São Paulo, Saraiva, 1986, p. 109) que, '*ao contrário do que ocorre com o estado de perigo em que o beneficiário tem de conhecê-lo, na lesão o próprio conhecimento é indiferente para que ela se configure*'.
>
> (...).
>
> A dificuldade está em saber quando o valor é inadequado. Oferece, todavia, Antonio Menezes Cordeiro argumento histórico de peso, fundado em constituição atribuída aos imperadores romanos Diocleciano e Maximiano, autorizando a rescisão '*quando o preço fosse inferior à metade do valor da coisa* (**ultra dimidium**)' e, '*na base deste fragmento, os glosadores da escola de Bolonha autorizaram um instituto que designaram* **laesio enormis**. *Mas tarde, ocorreriam referências a uma* **laesio enormissima**, *quando a desproporção entre o preço e o valor*

Acesso ao Sumário

fosse ainda maior'" (Tratado de Direito Civil Português - Parte Geral. Coimbra, Almedina, 2000, t. I, p. 451).

O eminente Desembargador e Professor HAMID BDINE, em seu lapidar voto nº 7.817, na Apelação com Revisão nº 0003279-82.2009.8.26.0291, em situação análoga, numa ação declaratória de inexigibilidade de débitos decorrentes de consumo de energia elétrica, fundamentou:

"No entanto, considerando que os apelados são responsáveis apenas pelos débitos referentes ao período de abril de 2006 (data da aquisição do imóvel pelo locador) a novembro de 2007, **não é possível reconhecer a validade do termo de confissão de dívida celebrado entre as partes**.

Isto porque referido instrumento incluiu valores inexigíveis em face dos apelados, **o que autoriza o reconhecimento do instituto da lesão**, tal como disciplinada no artigo 157 do Código Civil, **pois o locador assinou o termo sob premente necessidade de restabelecer o fornecimento de energia do imóvel ocupado por sua locatária**, de modo que assumiu obrigação de pagar o que não devia, o que se revela excessivamente desproporcional à prestação devida (Nestor Duarte, Código Civil Comentado, Manole, 2011, p. 127)" [TJSP, 29ª Câmara de Direito Privado, Apelação com Revisão nº 0003279-82.2009.8.26.0291, v.u., J. em 09/4/2014, **grifei]**.

A par disso, não se pode olvidar o brilhante voto da lavra do insigne Ministra NANCY ANDRIGHI, vencido o Min. MASSAMI UYEDA, do Colendo STJ, no REsp nº 1.155.200-DF (2009/0169341-4), cuja ementa vem assim vazada:

"DIREITO CIVIL. CONTRATO DE HONORÁRIOS *QUOTA LITIS*. REMUNERAÇÃO *AD EXITUM* FIXADA EM 50% SOBRE O BENEFÍCIO ECONÔMICO. LESÃO.

1. (...).

2. O CDC não se aplica à regulação de contratos de serviços advocatícios. Precedentes.

3. **Consubstancia lesão a desproporção existente entre as prestações de um contrato no momento da realização do negócio, havendo para uma das partes um aproveitamento indevido decorrente da situação de inferioridade da outra parte.**

4. O instituto da lesão é passível de reconhecimento também em contratos aleatórios, na hipótese em que, ao se valorarem os riscos, estes forem inexpressivos para um das partes, em contraposição àqueles suportados pela outra, havendo exploração da situação de inferioridade de um contratante.

5. **Ocorre lesão na hipótese em que um advogado, valendo-se de situação de desespero da parte, firma contrato *quota litis* no qual fixa sua remuneração *ad exitum* em 50% do benefício econômico gerado pela causa**.

Acesso ao Sumário

6. Recurso especial conhecido e provido, revisando-se a cláusula contratual que fixou os honorários advocatícios para o fim de reduzi-los ao patamar de 30% da condenação obtida." (REsp nº 1.155.200-DF, Relatora Designada Min. NANCY ANDRIGHI, J. em 22/02/2011 - **grifei**).

E na fundamentação de seu voto, a douta Ministra cravou:

"Gustavo Tepedino define a lesão como *'a desproporção existente as prestações de um contrato, verificada no momento da realização do negócio, havendo para uma das partes um aproveitamento indevido decorrente da situação de inferioridade da outra parte'* (*Código Civil Interpretado*. Vol. I, Parte Geral e Obrigações, Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. 295).

Segundo Humberto Theodoro Júnior, *'há na base da lesão um perigo de dano que o contratante deseja afastar, mas esse perigo não é o risco pessoal de que fala o art. 156; é a iminência de qualquer perigo de ordem patrimonial, desde que sério e grave.* ***O contrato afetado pela lesão é justamente o que se mostra, no momento e na ótica do agente, capaz de fornecer-lhe os meios necessários ao afastamento do perigo, embora a um custo exagerado e iníquo****'* (*Comentários ao Código Civil*. vol. III, t. I: Livro III - dos fatos Jurídicos: do negócio jurídico. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 225).

(...).

A interpretação do instituto da lesão deve ser sempre promovida em conjunto, no Código Civil, com todas as normas legais que estabelecem cânones de conduta, como a do art. 421 (função social do contrato), 422 (boa-fé objetiva) e 187 (vedação ao abuso de direito).

(...).

Assim, **o fato de estar, aqui, diante de um acordo *quota litis*, mediante o qual o advogado apenas receberá a sua remuneração na hipótese de êxito na demanda, não impede que se aprecie a causa sob a ótica da lesão." (grifei)**.

Neste encadeamento de ideias, reconhecida a ocorrência de lesão, na espécie, há que se perquirir a consequência jurídica de tal constatação. Em princípio, haveria a possibilidade de se cogitar de anulabilidade daquele negócio jurídico. Entretanto, o próprio dispositivo legal (§ 2º do art. 157 CC), com o beneplácito de renomados doutrinadores, abre ensanchas à possibilidade de uma revisão do contrato, evitando, assim, o desgaste de uma anulação.

Com efeito, tendo o acionante pleiteado a redução de 50% para 30%, ou seja, fossem amputados 20% da remuneração dos advogados-réus, aqui apelados, é de se acolher tal pleito.

Ante o exposto, por meu voto, **julgo procedente o recurso de apelação** para amputar 20% dos honorários (*quota litis*) para fixá-los em 30% sobre o

Acesso ao Sumário

montante do proveito econômico obtido pelo autor em sua ação previdenciária patrocinada pelos réus-apelados. Em vista disso, inverte-se a sucumbência nesta ação.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 4003476-37.2013.8.26.0320, da Comarca de Limeira, em que é apelante BENEDITO JOSÉ ROSADA, são apelados VALÉRIA MARQUEZ DE SOUZA DIAS e MILTON CARAM DE SOUZA DIAS.

ACORDAM, em 5ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Por maioria de votos, julgaram prejudicado o recurso e, de ofício, extinguiram o processo. O Revisor negava-lhe provimento e declarará voto.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 10248)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores ERICKSON GAVAZZA MARQUES (Presidente) e EDSON LUIZ DE QUEIROZ.

São Paulo, 18 de junho de 2014.

MOREIRA VIEGAS, Relator

Ementa: AÇÃO DE COBRANÇA - Compromisso de compra e venda - Inadimplemento - Réu que não figura como comprador no contrato em discussão - Ilegitimidade passiva configurada - Reconhecimento de ofício - Recurso prejudicado.

VOTO

Apelação interposta em face da r. sentença de fls. 85-88, relatório adotado, que, em ação de cobrança, julgou procedente o pedido, condenando o réu ao pagamento da quantia de R$ 71.257,13, com correção monetária e juros de mora a contar da planilha apresentada a fls. 06. Condenou o réu ao pagamento das custas, despesas processuais e honorários advocatícios fixados em 10% do valor da condenação. Julgou improcedente a reconvenção, condenando o réu ao pagamento das custas, despesas processuais e honorários advocatícios fixados em 10% sobre o valor atribuído à reconvenção, com atualização monetária e juros de mora a contar da sentença.

Apela o réu (fls. 93-98). Preliminarmente, sustenta a ocorrência de

Acesso ao Sumário

cerceamento de defesa, em vista do julgamento antecipado da lide. Também argumenta pela inadequação da ação de cobrança, pois o meio processual correto seria a ação monitória. No mérito, sustenta que as partes celebraram outros negócios, inclusive um empréstimo feito ao autor Milton no valor de R$ 70.000,00, em virtude do qual os autores teriam transferido o imóvel para a irmã do réu. Pugna pela integral reforma da sentença.

Recurso preparado, recebido em ambos os efeitos.

Contrarrazões às fls. 103-109.

É o relatório.

O processo deve ser extinto sem julgamento do mérito, por ilegitimidade passiva.

Os autores venderam a Olga Silvia Rosada um imóvel, através da escritura pública acostada a fls. 10-15. Ocorre que, aparentemente, toda a negociação foi feita por seu irmão, ora réu, que inclusive teria se responsabilizado pelo pagamento do preço, o que motivou a propositura da ação em face dele, diante do inadimplemento.

Entretanto, muito embora o réu tenha assinado o documento de fls. 16, aparentemente se responsabilizando pelo pagamento de parte do preço, ele não figura como comprador na escritura de compra e venda. Vale dizer, a relação jurídica de direito material em que se fundamenta a presente demanda não tem o réu em qualquer de seus polos, o que o torna alheio à relação jurídico-processual.

Assim, por se tratar de matéria de ordem pública, impõe-se, de ofício, reconhecer a carência de ação, por evidente falta de legitimidade passiva, nos termos do artigo 267, VI, do CPC, ficando prejudicado o recurso interposto pelo réu.

Diante do exposto, dou por prejudicado o recurso.

DECLARAÇÃO DE VOTO DIVERGENTE

Acesso ao Sumário

(Voto nº 10170)

Trata-se de ação de cobrança. Em primeiro grau, a pretensão inicial dos autores foi julgada procedente e a reconvenção, improcedente. O voto proferido pelo E. Relator Desembargador MOREIRA VIEGAS julgou prejudicado o recurso de apelação, reconhecendo, de ofício, a carência da ação, por evidente falta de legitimidade passiva, nos termos do artigo 267, VI, do Código de Processo Civil.

Respeitado o entendimento do nobre Relator, dele ouso discordar.

A questão posta nos autos pode ser resumida da seguinte forma: os autores compromissaram vender bem imóvel ao réu; ao que consta dos autos, não foi

firmado documento acerca desse compromisso; como pagamento, o réu pagou R$ 10.000,00, de forma não especificada e o saldo restante, de R$ 50.000,00, não foi pago, mas, segundo os autores, estaria representado por um escrito manual denominado de *"vale"* (fls. 16). Mediante essa promessa de pagamento, para data futura e incerta, os autores outorgaram escritura de compra e venda de bem imóvel para outras duas pessoas, da família do réu, ou seja, nua propriedade para Olga Silvia Rosada, irmã do réu e usufruto à sua filha. Finalmente, ainda ao que consta da inicial, o saldo devedor não foi pago, motivo da propositura da presente ação.

Com efeito, os fatos narrados na petição inicial e, pelo meu entendimento, os documentos lá constantes são suficientes para afastar a carência de ação, por falta de legitimidade passiva.

Assim sendo, tornou-se incontroverso nos autos, o negócio realizado entre as partes, não obstante a escritura tenha sido lavrada em favor de terceiros. Em contestação, o réu confirma a emissão do *"vale"* em favor dos autores, devidamente assinado e com firma reconhecida. No entanto, alega que o documento se refere a outro negócio e que seria ele (réu), o credor daquele valor, tendo os autores como devedores. Assim sendo, verifica- se que o ponto controvertido da lide refere-se a que negócio se trata o *"vale"* e quem seria o credor do valor apontado naquele documento.

Não se sabe qual a natureza da relação havida entre o réu e sua irmã e sobrinha, vez que o imóvel foi transferido diretamente a elas. Não se sabe se se refere a doação, dação em pagamento, venda ou estipulação em favor de terceiro (artigo 436, CPC). Essa questão é irrelevante, na medida em que ficou provada a relação jurídica obrigacional entre autores e réu.

Ademais, a extinção da ação principal não impede que seja julgada a reconvenção, que se torna independente uma vez proposta.

Nessas condições, a r. sentença deve ser mantida por seus próprios e jurídicos fundamentos, com aplicação do artigo 252 do RITJSP. Assim é que a escritura de compra e venda foi lavrada poucos dias após a subscrição do *"vale"*, pelo comprador, estabelecendo-se, até por ausência de outras provas, correlação entre os dois documentos.

Por outro lado, a questão poderia ser facilmente dirimida, mediante a apresentação de prova documental acerca do pagamento alegadamente feito pelo comprador ou pelas beneficiárias da aquisição imobiliária. É fato notório que transações de valores significativos são feitos por transferência bancária e por emissão de cheques ou de outros títulos de crédito. Não se provou a quitação e também não se provou a origem do numerário alegadamente pago.

O réu/reconvinte não produziu prova sobre o alegado empréstimo aos autores/reconvindos, pois o pagamento só se comprova por meio de recibo

Acesso ao Sumário

inequívoco e não por *"vale"* de valor eventualmente acertado. Adotando as regras inseridas no artigo 335, CPC, o que se observa que o *"vale"* ordinariamente é emitido pelo devedor em favor do credor, tendo por objeto empréstimo ou adiantamento de verba devida por este àquele.

Inviável a análise dos demais negócios realizados entre as partes, pela falta de provas, o mesmo se pode dizer em relação a eventual empréstimo aos autores/reconvindos, que não restou comprovado.

Por fim, sendo o magistrado destinatário da prova, a ele cabe aferir a necessidade de sua produção. Ora, ao julgar antecipadamente a lide, com fulcro no art. 330, inciso I, do CPC, entendeu serem suficientes os elementos trazidos aos autos para formar seu subjetivo e personalíssimo convencimento.

Finalmente, ao que consta dos autos, o negócio realizado entre as partes é extremamente suspeito. Além disso, as circunstâncias pessoais dos envolvidos também indicam a possibilidade da prática de ilícito penal e de irregularidades fiscais. Nessas condições, determina-se o encaminhamento das principais peças do processo ao Ministério Público e às Fazendas Federal, Estadual e Municipal.

Diante de tais considerações, sempre respeitando o entendimento do N. Relator, pelo meu voto, negaria provimento à apelação, com determinação.

EDSON LUIZ DE QUEIROZ, Revisor

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0002037-44.2012.8.26.0498, da Comarca de Ribeirão Bonito, em que é apelante/apelado ARTHUR ROBERTO DE ABREU OLIVEIRA, é apelado/apelante JOSÉ ANTONIO.

ACORDAM, em 3ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento aos recursos do autor e deram parcial provimento ao do réu. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 16213)**

O julgamento teve a participação dos Exmo. Desembargadores DONEGÁ MORANDINI (Presidente) e CARLOS ALBERTO DE SALLES.

São Paulo, 1 de julho de 2014.

VIVIANI NICOLAU, Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: APELAÇÕES. INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. Pretensão deduzida pelo padre da Paróquia São João Batista, sob a alegação de que

o réu, intitulando-se desembargador, teria, de forma arbitrária, impedido a utilização de aparelhagem de som e a realização de culto religioso, maculando sua imagem, honra, credibilidade e principalmente seu mister como presbítero. Improcedência da ação, em primeira instância, carreando ao autor os ônus da sucumbência. Apelo dos litigantes. Agravo retido reiterado em razões de apelo. Inconformismo do autor contra a interlocutória que, na audiência, rejeitou a contradita de testemunhas arroladas pelo réu. Eficácia probatória dos testemunhos prestados pelos policiais militares que não pode ser infirmada pelo só fato de terem os mesmos participado da diligência que deu ensejo aos fatos alegados, mesmo porque prestados em juízo, mediante compromisso e sob a garantia do contraditório. Agravo retido desprovido. Existência de decisão judicial, transitada em julgado, impondo moderação dos ruídos produzidos pela igreja ao nível legal. Inexistência de provas no sentido de que a observância do referido julgado tenha sido imposta pelo réu de forma arbitrária. Ilícito não comprovado. Indenização descabida. Honorários advocatícios majorados para R$ 2.000,00. Sentença parcialmente reformada. Negado provimento ao agravo retido e ao apelo do autor e parcialmente provido o apelo do réu.

VOTO

Trata-se de ação de indenização por danos morais ajuizada por **JOSÉ ANTONIO** em face de **ARTHUR ROBERTO DE ABREU OLIVEIRA**, julgada improcedente nos termos da r. sentença de fls. 259/261, condenando o autor ao pagamento das custas judiciais e dos honorários advocatícios fixados, por equidade, em R$ 700,00.

Dois os apelos.

O **réu** Arthur pleiteia a majoração da verba honorária (fls. 264/269).

O **autor** José, em preliminar, reitera as razões do agravo retido a fls. 150/151, tirado contra a interlocutória que, em audiência, indeferiu a contradita. No mérito, bate-se pela inversão do julgado. Em extenso arrazoado sustenta que a improcedência não se coaduna com as provas dos autos, doutrina e evolução da jurisprudência. Repisa a tese de que o réu, valendo-se de sua condição de desembargador aposentado e escudando-se na polícia local que, acionada,

Acesso ao Sumário

parou a viatura na calçada defronte a igreja, interviu na realização do culto religioso em pleno sábado de aleluia, causando-lhe danos de grande monta e grave perturbação à ordem local. Defende não se tratar de "situação trivial e diminuta" ou ainda de "mero desentendimento de convivência", ao contrário do consignado pela sentença, mas sim de uma possível perseguição religiosa, por si apta a gerar o dano, a humilhação e, como consequência, o dever de indenizar (fls. 272/306).

Tempestivos, os recursos foram recebidos (fls. 340) e respondidos (fls. 342/353 e 355/359).

É O RELATÓRIO.

JOSÉ ANTONIO ajuizou a presente ação de indenização por danos morais em face de **ARTHUR ROBERTO DE ABREU OLIVEIRA** alegando, a teor da sentença: *"... que é padre na Paróquia São João Batista, situada na cidade de Dourado, e que, inexplicavelmente, o réu vem dificultando o seu trabalho e acuando os fiéis de sua igreja. Sustentou que, em 07 de abril de 2012, preparava-se para celebrar, na praça municipal, uma cerimônia de grande tradição, na qual estariam presentes mais de 100 (cem) pessoas de toda a região. Alegou que, pouco antes do início da cerimônia religiosa, o réu chegou ao local e determinou que o som fosse desligado, bradando que o autor estava descumprindo uma ordem judicial. Aduziu, ainda, que tem problemas na voz e que, em razão da falta de aparelhos de som que seriam acoplados ao microfone, ficou impossibilitado de realizar a cerimônia religiosa, passando esta função para um seminarista.."*. Estimou a verba indenizatória em valor não inferior a 100 (cem) salários mínimos vigentes ao tempo da liquidação (fls. 12, item "A").

Dando ensejo aos presentes recursos, sobreveio o decreto de improcedência, condenando o autor ao pagamento das custas judiciais e dos honorários advocatícios fixados, por equidade, em R$ 700,00.

Preliminarmente, cabe analisar o **agravo retido** interposto contra decisão que, em audiência, indeferiu a contradita apresentada pelo autor a fls. (fls. 150/151). A irresignação é voltada contra a oitiva de policiais militares arrolados como testemunhas pelo réu.

O simples fato de as testemunhas contraditadas terem participado da ocorrência, por si só, não retira a credibilidade de seu depoimento e não tem o condão de impedi-las de prestar seu compromisso em juízo, estando advertidas de dizer a verdade.

Predomina em nossos Tribunais o entendimento acerca da presunção de que os policiais agem no estrito cumprimento do dever e nos limites da legalidade, razão pela qual seus depoimentos, realizados sob o crivo do contraditório e da ampla defesa, quando firmes, coerentes e em consonância com os demais elementos probatórios carreados aos autos, podem ser utilizados

Acesso ao Sumário

para a formação do convencimento do Magistrado.

Sob tais considerações, **nega-se provimento ao agravo retido**.

Trata-se de ação de indenização por danos morais. E para fins de reparação civil por ato ilícito não se pode olvidar que devem estar comprovados o dano e a conduta culposa do agente, ligados pelo nexo de causalidade, sendo que a inocorrência de quaisquer desses requisitos conduz à improcedência do pedido de indenização.

Na espécie, porém, não se tem por configurada a ocorrência de dano moral como decorrente de ordem arbitrária dada pelo réu que, segundo a inicial, impedindo a utilização de aparelhagem de som e a realização de culto religioso, maculou a imagem, a honra, a credibilidade e principalmente o mister do autor como presbítero.

E os autos provam que o réu, sem tencionar ofender a honra do autor, apenas expressou seu descontentamento em relação à perturbação causada pelo ruído realizado na paróquia próxima a sua residência. Vale dizer: não se tem por configurado o ato ilícito, requisito para a configuração do dever de indenizar.

A Constituição Federal, é sabido, assegura a liberdade religiosa em seu artigo 5º, inciso VI.

A liberdade religiosa, garantia constitucional, no entanto, não pode chancelar a agressão sonora contra os vizinhos do templo, mormente em existindo, como no caso, decisão judicial impondo moderação dos ruídos produzidos pela igreja ao nível legal.

Acórdão proferido pela Colenda 36ª Câmara de Direito Privado dá conta de que o réu promovera ação cominatória com vistas a impor à Paróquia de São João Batista de Dourado a remoção de carrilhão eletrônico instalado na torre da igreja matriz, proibindo também o uso de alto-falantes para irradiação de cânticos destinados ao chamamento dos fiéis, cumulando tal pretensão com indenização por danos morais decorrente do ruído excessivo e diuturno.

O decreto de improcedência exarado na origem foi reformado no julgamento da Apelação 960.901-0/00 que, relatada pelo Excelentíssimo Desembargador **PEDRO BACCARAT**, acabou por julgar parcialmente procedente a ação cominatória para o fim de impor à demandada: *"... observância dos limites próprios para as áreas 'mista residencial' 55 dB e 50 dB, respectivamente para o dia e para a noite, valores este válidos para a área externa, porque nas internas devem ser reduzidos de 10 dB se abertas as janelas e de 15 dB se fechadas, consoante item 6.2.3 da NBR 10151, nos dias úteis; para o período diurno, assim compreendido o período que medeia 09h00m às 07h00m, ruído máximo de 50 dB; nos domingos e feriados? Para o período diurno, assim compreendido o período que medeia 09h00m às 22h00m, ruído máximo de 55 dB; para o período de 22h00m às 09h00, ruído máximo de 50*

Acesso ao Sumário

dB."

Impôs à demandada, outrossim, a retirada dos alto-falantes de corneta instalados na torre da igreja, sob pena de multa de R$ 500,00 para a hipótese de descumprimento, além de condená-la ao pagamento de R$ 30.000,00 a título de danos morais; condenação que restou afastada no julgamento do Recurso Especial 951.868, interposto pela Paróquia São João Batista de Dourado (fls. 310/319 e 320/339).

O fato, portanto, é que havia uma decisão judicial a ser observada pela paróquia e, pese o réu não estivesse portando qualquer aparelho de medição de volume no dia dos fatos, da prova oral produzida não se extrai, ao contrário do alegado na inicial, a conclusão de que ele tenha imposto o cumprimento da decisão judicial referida expondo o autor, pároco da igreja, a imenso vexame e constrangimento diante de centenas de fiéis (fls. 09, item "25").

Sebastião de Assumpção Malheiro Neto, depondo em favor do autor, relatou apenas que ao chegar no local, o padre iniciou a solenidade religiosa a viva voz, porque os aparelhos de som estavam desligados. Segundo o depoente, o próprio autor lhe teria dito não poder ligar o som por correr o risco de ser preso. Afirmou categoricamente não ter visto o Sr. Arthur Roberto no dia dos fatos (fls. 154/vº).

Ana Marta Antonio, noticiando ter participado do ato religioso em questão, acrescentou que em conversa com o operador do som ele lhe teria relatado o desligamento do equipamento em razão de reclamação feita pelo Sr. Arthur Roberto. Assim como a testemunha Sebastião, não presenciou chegada do réu ao local do evento e ordem que, segundo a inicial, o demandado dera ao responsável pela aparelhagem de som para desligá-lo sob pena de chamar a polícia para prendê-lo (fls. 155/156).

Adriano Aparecido Alves, que também não presenciou a abordagem do réu, apenas relatou que o técnico do som lhe pedira para desligar o equipamento. Assim como Ana Marta Antonio, relatou não ter ouvido o réu xingar ou ofender o autor ou a polícia dizendo que poderia prender aquele que ligasse o som (fls. 157/158).

O depoimento de Luiz Rogério Mazini em nada contribuiu para o êxito da pretensão inicial, pois cingiu- se a dizer nunca ter visto qualquer tipo de desentendimento entre as partes, embora soubesse da existência de um problema que vinha desde a época do sino da igreja (fls. 161/vº). E no mesmo sentido, se tem o depoimento prestado por Maria do Carmo dos Santos que sequer discorreu sobre os fatos relatados na inaugural (fls. 162).

Maria Sílvia Juvenal Fernandes discorreu apenas sobre o estado emocional e de saúde do autor após a ocorrência dos fatos relatados na inaugural (fls. 163/vº)

José Reinaldo Vieira, seminarista que acabou por realizar o culto, afirmou não ter ouvido o réu xingar ou ofender o autor, tampouco dizer que se opunha à realização do culto (fls. 164).

Das testemunhas arroladas pelo autor, em síntese, apenas o responsável pelo equipamento de som, Iuri José Freitas Santos, afirmou ter sido abordado pelo Sr. Arthur que lhe impôs o desligamento do som ao argumento de que o padre estava descumprindo uma ordem judicial. Ainda assim, relatou não ter ouvido o requerido xingar ou ofender o autor ou mesmo dizer que não era para realizar o culto, mas apenas desligar o som (fls. 159/160).

No sentido de que não houve ofensa ao autor ou prática de atos por parte do réu no sentido de impedir a celebração do ato religioso, tem-se o depoimento das testemunhas arroladas pelo demandado.

Milton Eduardo Vieira, um dos policiais que compareceu ao local dos fatos, afirmou que o som realmente estava ligado e que *"A própria polícia pediu para o pessoal da igreja de fazer um favor de abaixar o som."* Acrescentou, ao responder as perguntas do autor, que o culto foi realizado normalmente, porém, sem a utilização de qualquer microfone ou aparelhagem de som. Foi categórico, inclusive, ao afirmar que *"Não houve nenhum tipo de imposição pelo requerido em relação à polícia pelo fato de ter sido Desembargador"* e que *"O requerido não ameaçou qualquer pessoa de prisão em razão do som alto"*.(fls. 165/166).

Wemerson Wilton Soares, policial que também compareceu ao local dos fatos, relatou não ter ouvido o réu ofender ou xingar o autor; que em nenhum momento o demandado disse que o culto não deveria ser realizado; que a própria polícia pediu para o pessoal da igreja fazer o favor de abaixar o som. Em resposta às perguntas do autor, pese tenha afirmado que o réu a ele tenha se apresentado como desembargador, não ameaçou ou intimidou o policial para que o som fosse desligado, ou mesmo determinou à própria polícia o desligamento do som que, segundo esclareceu, *"... foi desligado por vontade própria do pessoal da igreja"* (fls. 167/168).

Aparecida Cândida da Silva, funcionária do requerido, sequer presenciou os fatos (fls. 169/vº), assim como Hamilton Felix Vanucchi (fls. 170/vº).

O conjunto probatório, em síntese, impõe a conclusão de que o autor não logrou comprovar o fato constitutivo de seu direito, na forma do art. 333, I do CPC. Os fatos, como consignou a sentença: *"... não têm qualquer aptidão para causar violação aos direitos personalíssimos do autor, sendo que, não fosse o histórico entre as partes, eles seriam resolvidos sem maiores problemas."* (fls. 261, 1º §).

Por fim, no que diz respeito aos honorários advocatícios, matéria abordada no recurso interposto pelo réu Arthur, prevaleceu o entendimento do ilustre Desembargador **Donegá Morandini**, 3º Juiz, no sentido de que o valor

Acesso ao Sumário

fixado em Primeira Instância, ou seja, R$ 700,00, mostrou- se insuficiente para remunerar, com razoabilidade, o trabalho realizado pela Advogada da parte, razão pela qual, com fundamento no art. 20, § 4º, do Código de Processo Civil os honorários são majorados para **R$ 2.000,00**.

Concluindo, mantida a improcedência da ação, a r. sentença é reformada, apenas em parte, para majorar o valor dos honorários advocatícios para **R$ 2.000,00**.

Ante o exposto, **nega-se provimento ao agravo retido e ao apelo do autor e dá-se parcial provimento ao apelo do réu.**

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0031688-51.2008.8.26.0405, da Comarca de Osasco, em que são apelantes e apelados BENEDITO RUY BARBOSA e TVSBT - CANAL 4 DE SÃO PAULO S/A.

ACORDAM, em 4ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao agravo retido e ao recurso do autor, na parte conhecida, e deram provimento ao recurso da requerida. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 22.847)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores ENIO ZULIANI (Presidente) e NATAN ZELINSCHI DE ARRUDA.

São Paulo, 24 de julho de 2014.

FÁBIO QUADROS, Relator

Ementa: Ação condenatória cumulada com pedido de indenização por danos materiais e morais julgada parcialmente procedente, condenando o canal televisivo requerido ao pagamento de remuneração pela participação do autor na obra retransmitida (Pantanal), a ser apurada em arbitramento, além de condenar o requerente nas despesas processuais e honorários fixados. Insurgência de ambas as partes. Reiteração de agravo retido ao qual deve ser negado provimento. Presença do interesse de agir, sendo legítimas as partes. No mérito, acolhida das alegações da requerida. Existência de renúncia expressa, em caráter irrevogável e irretratável, ao direito de receber

Acesso ao Sumário

qualquer importância referente à novela, liberando sua reexibição, utilização e negociação com terceiros, independente de qualquer pagamento. Acórdão que apreciou o prosseguimento dos embargos de terceiro que não vincula o presente julgado. Fundamentação do acórdão que não transita em julgado, mas apenas seu dispositivo. Renúncia expressa que retira o direito de receber qualquer remuneração ou indenização patrimonial. Pedido de dano moral pelo corte de cenas e supressão de diálogos indeferido, já que não se pode imputar à requerida a responsabilidade pela inexistência nos originais adquiridos. Ausência de insurgência contra o valor dos honorários fixados, os quais restam mantidos. Nega-se provimento ao agravo retido e ao recurso do autor, na parte conhecida, acolhendo-se o recurso da requerida.

VOTO

A sentença de fls. 1226/1231 julgou parcialmente procedente a ação condenatória cumulada com pedido de indenização por danos materiais e morais que **BENEDITO RUY BARBOSA** moveu em face de **TVSBT- CANAL 4 DE SÃO PAULO**, condenando a requerida no pagamento para o autor de remuneração pela participação dele na obra televisiva por ela transmitida (novela Pantanal), a ser apurada por arbitramento e, ante a mínima sucumbência da ré, condenou o autor ao pagamento das despesas processuais e honorários advocatícios fixados em R$100.000,00 (cem mil reais).

Recorreram as partes da decisão.

O autor **Benedito Ruy Barbosa**, às fls. 1248/1276, alega ter ingressado com a ação ante a violação de direito autoral, já que, sem autorização prévia e expressa, o apelado exibiu, com cortes de cenas, a novela "Pantanal", cujo texto e roteiro são de sua autoria. Afirma que firmou contrato de cessão sobre seus direitos patrimoniais com a extinta TV Manchete, cuja validade era de 10 anos, a partir do ano de 1990 e, portanto, finalizado no ano de 2000. Aponta que, como já alegou nos embargos de declaração que opôs e que foram rejeitados, a sentença é contraditória porque ora entende que se cuida de obra coletiva, ora que há coautoria. Argumenta que a novela não é obra coletiva, mas que foi realizada em regime de coautoria e que, no que tange à violação dos danos morais, além da retransmissão indevida, o apelado utilizou-se da obra sem se ater à sua integralidade, veiculando-a de forma a comprometer a qualidade do trabalho do apelante, incorrendo na previsão do art. 25, IV, da Lei 5988/73 e

Acesso ao Sumário

24 da Lei 9.610/98. Aponta que os cortes de cenas e supressões de diálogos restaram provados pela perícia, o que caracteriza a modificação da obra. Busca seja a sentença reformada já que o apelante é autor exclusivo do argumento e roteiro, sendo, assim, coautor da obra audiovisual. Dessa forma, explica, em face do regime da obra audiovisual ser de coautoria e não coletivo, cabe ao apelante tanto a cotitularidade de direitos de autor sobre a obra quanto à titularidade exclusiva de direitos autorais em relação ao argumento ou roteiro. Afirma que uma vez constatada a autoria sobre a obra, o direito moral do autor sobre sua criação torna-se condição inerente à sua personalidade, condição esta inafastável sob qualquer hipótese, até mesmo mediante a cessão dos direitos autorais que só se permite no que tange ao aspecto patrimonial. Pleiteia seja o termo "remuneração" substituído por "indenização", a fim de que não haja futura controvérsia acerca do valor a ser apurado. Aduz que a reparação pelos danos de ordem moral e patrimonial se impõe, seja para reparar o dano efetivamente causado, seja para inibir a reincidência em eventuais práticas delitivas. Em resumo, busca que o Tribunal determine a indenização para a violação do direito do autor, seja pelo aspecto moral quanto patrimonial, a ser apurada por arbitramento do quantum indenizatório, mediante o levantamento de todo o resultado indevido obtido pelo apelado, tanto em decorrência da exibição desautorizada quando aos subprodutos criados a partir da novela, seja pela disponibilização da obra do autor no *site* da *internet*, além dos danos morais pela modificação da obra.

De outro lado, apelou **TV SBT CANAL 4 de SÃO PAULO** às fls. 1278/1285. Reitera o agravo retido de fls. 197/205. No mérito, aponta inexistente o dano material a ser reparado. Explica que remunerou devidamente os participantes, tendo divulgado em jornais de grande circulação 'Comunicado' orientando os participantes da telenovela sobre o procedimento para o recebimento de seus direitos, mas que não é o caso do autor, porque em acordo firmado entre ele e a TV Manchete, concordou o autor com a cessão da obra à emissora e renunciou a eventual recebimento para exibições futuras. Argumenta que, em tese, existiria a retribuição devida ao apelado em decorrência da reexibição da referida obra, mas que ele renunciou a esse direito. Cita julgado desta C. Câmara em que se decidiu que os contratos havidos entre o autor e a TV Manchete autorizam a comercialização da obra, na forma como ocorrida. Aponta que haveria critério para a fixação da retribuição do autor pela reprise da obra, caso não tivesse ele aberto mão dessa prerrogativa. Afirma que a improcedência da ação é medida que se impõe, já que o apelado renunciou ao direito de recebimento por futuras reexibições, e recebeu por isso. A respeito da questão de perda de cenas ou defeito nas fitas, aduz que não se pode imputar ao apelante a responsabilidade por eventual dano que teria sofrido o autor, aplicando-se o art. 248, do Código Civil. Assim, não tendo a requerida, ora apelante causado qualquer supressão

Acesso ao Sumário

de cena, a norma acima se aplica ao caso, além do teor do art. 309, do Código Civil. Busca, assim, a reforma da sentença, para que seja a demanda julgada improcedente.

Os recursos foram recebidos em ambos os efeitos (fls. 1289).

O autor Benedito Ruy Barbosa apresentou suas contrarrazões (fls. 1292/1300), nas quais explica que firmou contrato de cessão sobre seus direitos patrimoniais com a extinta TV Manchete, cuja validade era de 10 anos, a partir de 1990 e, portanto, finalizado em 2000. Cita acórdão da 2ª Câmara de Direito Privado transitado em julgado no sentido de que não houve renúncia, mas apenas cessão pelo período de 10 anos que expirou em 2000, ou seja, oito anos antes dos fatos *sub judice*, não tendo havido qualquer novação em relação ao âmbito temporal estabelecido na cessão. Aponta que não pode ser outra a interpretação dada aos documentos, até porque os negócios jurídicos em matéria de direitos autorais devem ser interpretados restritivamente, sempre beneficiando os autores das obras intelectuais. Inadmite-se, assim, qualquer outra interpretação dos contratos senão a que efetivamente demonstrada no acórdão mencionado.

A requerida TVSBT CANAL 4 DE SÃO PAULO respondeu às fls. 1302/1309, apontando que a insurgência do autor é parcial, demonstrando concordância com a sentença em alguns pontos. Reitera que o autor não só cedeu a obra à emissora como também renunciou eventual recebimento para reexibições futuras e tal cessão é permitida em lei, nos termos dos artigos 52 e 53 da Lei 5.9888/73. Afirma que improcede o pedido de indenização por danos morais já que não promoveu qualquer alteração no conteúdo da obra, como ficou elucidado pelo laudo pericial. Aduz que os julgados transcritos pelo autor não guardam semelhança com o presente caso, já que se referem a propriedade industrial e uso de obra alheia sem autorização.

É o relatório.

Ante a reexibição da telenovela "Pantanal" pela TVSBT - Canal 4 de São Paulo, ingressou o autor Benedito Ruy Barbosa com várias medidas e ações pretendendo, entre outras, suspender a reprise, receber indenização por danos patrimoniais pela exibição sem sua autorização, e morais, por terem sido feitos corte de cenas e suprimidos diálogos, e impedir uma suposta nova reexibição da novela.

Ambas as partes apelaram da sentença que julgou parcialmente procedente o pedido do autor, condenando a requerida ao pagamento de remuneração.

Em seu recurso a requerida reiterou agravo retido, o qual não merece ser acolhido.

É fato que a primeira exibição da novela Pantanal pela emissora agravante se deu de forma repentina e inesperada, o que gerou uma série de incidentes processuais.

Acesso ao Sumário

Assim, a simples ameaça ou possibilidade de reexibição da telenovela já autorizava o autor a propor novas medidas e nova ação.

Presente o interesse de agir, sendo legítimas as partes.

Além disso, deve ser ressaltado que a sentença aqui combatida julgou conjuntamente mais de uma ação proposta pelo autor Bendito Ruy Barbosa em face do Canal 4 - TVSBT.

Dessa forma, deve ser mantido o entendimento do juízo de origem de reconhecimento do interesse de agir, sendo negado provimento ao agravo retido.

No mérito, merece ser provido o recurso da requerida.

Da leitura dos documentos juntados às fls. 156/162, verifica-se que em 12.10.1989, firmaram o autor Benedito Ruy Barbosa e a TV Manchete dois contratos: a) um de prestação de serviços editoriais (fls. 156/158), em que, basicamente, comprometeu-se o autor a escrever no prazo de 12 meses uma novela e uma minissérie para a emissora, pelo valor de NCZ$30.000,00 (trinta mil cruzados novos); e b) um contrato de cessão de direitos (fls. 159/160), pelo prazo de dez anos.

Cabe aqui a primeira observação. Na cláusula 3ª do segundo contrato aventou-se a possibilidade de que a TV Manchete adquirisse de forma definitiva a totalidade dos direitos patrimoniais do autor, mediante pagamento a ser fixado pelas partes.

E tal cláusula encontrava-se em consonância com os arts. 52 e 53 da Lei 5.988/73, em vigor na época, que dispunham sobre a cessão dos direitos do autor:

> *"Art. 52. Os direitos do autor podem ser, total ou parcialmente, cedidos a terceiros por ele ou por seus sucessores, a título universal ou singular, pessoalmente ou por meio de representante com poderes especiais.*
>
> *Parágrafo único. Se a transmissão for total, nela se compreendem todos os direitos do autor, salvo os de natureza personalíssima, como o de introduzir modificações na obra, e os expressamente excluídos por lei.*
>
> *Art. 53. A cessão total ou parcial dos direitos do autor, que se fará sempre por escrito, presume-se onerosa."*

Em 27 de abril de 1995, ainda na vigência da Lei 5.988/73, foi celebrado entre as partes documento denominado "Acordo" (fls. 161/162).

Nesse acordo, na cláusula 1, são mencionados os dois contratos anteriormente firmados entre as partes e transfere-se a elaboração da obra e a produção da novela, em caráter universal, do autor para a TV Manchete.

Verifica-se na cláusula 4ª, que a TV Manchete se obrigou a pagar ao autor a importância de R$200.000,00 (duzentos mil reais), de forma parcelada, sendo que, com o recebimento da importância total, o autor daria à TV Manchete

Acesso ao Sumário

"plena, rasa e total quitação de todos os débitos passados e presentes, relativamente aos direitos que foram cedidos nos contratos supra citados, para nada mais reclamar".

Até esta cláusula 4ª, o que se verifica é que houve uma repactuação na forma de pagamento referente aos contratos anteriormente firmados.

Contudo, na sequência, vem a cláusula 5º que inova o anteriormente tratado:

"5 - Fica ainda estipulado, neste ato, que o AUTOR renuncia expressamente, em caráter irrevogável e irretratável, ao direito de receber qualquer importância referente a todos os direitos e concessões ajustados nos Contratos já referidos, principalmente no que se refere a futuras reexibições ou vendas da novela O Pantanal para o exterior, ficando a TV MANCHETE totalmente liberada para reexibi-la, utilizá-la ou negociá-la com terceiros, independentemente de qualquer pagamento ao AUTOR". (grifo nosso).

Da leitura dessa cláusula verifica-se que o autor renunciou, de forma irrevogável e irretratável, ao direito de receber valores sobre a obra, ficando acertado que a TV Manchete ficaria totalmente liberada para, inclusive, negociar com terceiros, independentemente de qualquer pagamento ao autor.

Assim, diante dessa renúncia do autor, a TV Manchete ficou apta a ceder a terceiros os direitos de exibição da novela Pantanal. E foi o que ocorreu.

O autor Benedito Ruy Barbosa assinou referido contrato em pleno exercício de sua capacidade física e mental, não havendo qualquer alegação em contrário, e dessa forma, não pode pretender, em detrimento do que licitamente ajustou, alterar a renúncia de forma a pretender corrigir eventual tardio arrependimento.

Acresça-se que a possibilidade de cessão total dos direitos autorais de caráter patrimonial já havia sido aventada quando foi contratada, em 12/10/1989, originariamente, a cessão daqueles direitos pelo período de dez anos, o que indicava a disposição das partes, já naquela época, de tratarem no futuro a cessão total daqueles direitos autorais.

Tal circunstância influi, certamente, na interpretação dos sucessivos tratos havidos entre a emissora de televisão e o festejado autor, afastando a regra da restritividade, que deve ser adotada se outros elementos não lograrem clarear a vontade dos contratantes, principalmente do titular dos direitos autorais, o que não ocorre no caso dos autos.

A renúncia é ato de vontade unilateral que independe, até mesmo, para sua efetividade, de prévia remuneração.

Ainda mais por se tratar de direitos patrimoniais, disponíveis a qualquer momento.

E, no caso, a complementar, fixou-se, para que dúvidas não houvessem,

Acesso ao Sumário

que a renúncia se dava em caráter irrevogável e irretratável, ou seja, sem possibilidade de revogação, retratação ou alteração. Impossível haver entendimento de que essa renúncia ocorreria pelo prazo de dez anos, como quer fazer crer o autor.

Ademais, não existe nos autos nenhuma impugnação sobre o descumprimento do "acordo" pela TV Manchete, nem sobre não ter havido o pagamento ao autor nos termos pactuados.

E nem se venha argumentar que no julgamento da apelação nº 597.599-4/7-00 (fls. 58/59), relatado pelo eminente desembargador Santini Teodoro, houve decisão em contrário.

Naquela ocasião, decidiu-se situação liminar, já que o recurso visava afastar sentença que indeferiu embargos de terceiro propostos pelo autor Benedito nos autos da falência da TV Manchete, tendo sido dado provimento ao recurso apenas para o fim de determinar o processamento dos embargos de terceiro.

É certo que apenas o dispositivo do julgamento faz coisa julgada, mas não sua fundamentação e nem poderia ser diferente, ainda mais neste caso, em que a discussão se mostrou mais ampla e envolve partes diversas daquelas do recurso de apelação acima mencionado.

Cuida-se de entendimento subjetivo que não tem reflexos no julgamento da presente ação

Além disso, cabe ser ressaltado que referidos embargos de terceiro não foram julgados, sequer em primeira instância, até o momento, como se verifica do andamento juntado aos autos pela Serventia, não havendo, assim, dispositivo a vincular este julgado.

Assim, ante a renúncia expressa feita pelo autor, não faz ele jus a nenhum remuneração ou indenização patrimonial, devendo ser acolhido o recurso da requerida.

A apelação do autor restou, assim, conforme anotado, parcialmente prejudicada quanto ao pedido de indenização por danos materiais.

Analisar-se-á apenas seu pedido de indenização pelos cortes de cenas e supressões de diálogos que alegou ter ocorrido e que prejudicaram o entendimento da trama.

De acordo com o laudo pericial de fls. 922 e seguintes, restou comprovada a ausência de alguns trechos e cenas e supressão de diálogos, contudo não se pode imputar à apelada a responsabilidade, já que não existiam nos originais adquiridos.

Não se podendo responsabilizar a apelada pelas supressões, impossível acolher o pedido de dano moral do autor.

Acesso ao Sumário

Em nenhum momento de seu recurso, o requerente insurgiu-se contra os honorários advocatícios fixados, motivo pelo qual serão mantidos.

Em resumo, deve ser negado provimento ao agravo retido e reformada a sentença para que seja julgada improcedente a ação movida por Benedito Ruy Barbosa em face da TVSBT, mantendo-se a condenação do autor nas custas e despesas processuais, bem como os honorários advocatícios, nos termos em que fixados em primeira instância, dando-se provimento ao recurso da requerida e negando-se provimento ao do autor, na parte conhecida.

Ante o exposto, nego provimento ao agravo retido e ao recurso do autor, na parte conhecida, e dou provimento ao recurso da requerida.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 9107899-60.2007.8.26.0000, da Comarca de Tatuí, em que são apelantes DEBORA MIRANDA CARESIA (JUSTIÇA GRATUITA) e ADONIAS ANTONIO MIRANDA, é apelado BRUNO BERTHOLOMEU.

ACORDAM, em 24ª 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 4723)**

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

São Paulo, 5 de junho de 2014.

PLINIO NOVAES DE ANDRADE JÚNIOR, Relator

Ementa: AÇÃO DE RESCISÃO CONTRATUAL, CUMULADA COM DEVOLUÇÃO DE QUANTIAS PAGAS E INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS E MATERIAIS - PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS DE FILMAGEM E FOTOGRAFIA EM FESTAS DE CASAMENTO - DECADÊNCIA - Decorrido o prazo de 90 (noventa) dias, previsto no art. 26, inciso II, do Código de Defesa do Consumidor, opera-se a decadência do direito do consumidor, apenas, de reclamação pelos vícios aparentes ou de fácil constatação, não podendo exigir do fornecedor do serviço as providências previstas no art. 20 do referido

Acesso ao Sumário

diploma legal, ou seja, a reexecução do serviço, sem custo adicional; restituição da quantia paga ou o abatimento proporcional do preço, porém não atinge o ressarcimento de danos materiais e morais, sujeitos ao prazo prescricional previsto no artigo 27 desta legislação consumerista - Precedentes do STJ e do TJ-SP - Decadência do direito dos autores apenas com relação aos pleitos de rescisão contratual e de devolução dos valores pagos pelos produtos tidos por defeituosos - Necessidade de exame dos pedidos indenizatórios por danos materiais e morais, cumulativamente formulados na petição inicial, a respeito dos quais não se operou decadência e tampouco prescrição, cujo prazo é de cinco anos, nos termos do art. 27 do Código de Defesa do Consumidor, contados da data da entrega dos produtos até o ajuizamento da ação - Sentença anulada - Recurso parcialmente provido.

VOTO

Trata-se de ação de rescisão contratual, cumulada com devolução de quantia paga e indenização por perdas e danos, ajuizada por Debora Miranda Caresia e Adonias Antônio Miranda contra PLAY-OFF Produções, representada por Bruno Bertholomeu, cujo processo foi extinto, com resolução do mérito, pela r. sentença proferida a fls. 66/67, cujo relatório adoto, em razão do reconhecimento da decadência prevista no artigo 26, inciso II, do Código de Defesa do Consumidor, condenando os autores ao pagamento das custas processuais e honorários advocatícios arbitrados em R$ 400,00 (quatrocentos reais), observada a gratuidade da justiça a eles concedida.

Inconformados, os autores apelaram (fls. 71/79), alegando que a ré, na condição de fornecedora de serviços, respondia objetivamente por seus atos, de acordo com o artigo 14 do Código de Defesa Consumidor.

Acesso ao Sumário

Sustentaram a impossibilidade de reconhecimento da decadência do direito, com base em mera presunção da data da entrega dos serviços, o que afrontou o conjunto probatório e as disposições do Código Civil, aplicável ao caso vertente juntamente com a legislação consumerista.

Pugnaram pela inversão do ônus da prova, nos moldes do artigo 6º, inciso VIII, do Código de Defesa do Consumidor, de modo a imputar à ré o ônus de provar a correta prestação dos serviços, prova esta inexistente nos autos.

Segundo afirmou a coautora Débora Miranda Caresia, a ré prestou serviço defeituoso em relação ao resultado, na medida em que as fotos da cerimônia

do seu casamento civil foram extraviadas e as outras, que lhe foram entregues muito depois do prazo ajustado, foram impressas em papel sulfite de péssima qualidade, em total desrespeito ao contrato. Tais fatos, somados à demora injustificada para a entrega dos produtos, teria lhe causado dano moral.

O coautor Adonias Antonio Miranda, por sua vez, relatou que a ré descumpriu o contrato em questão, pois alterou a decoração do seu casamento, sem o seu consentimento. Além disso, a filmagem da festa apresentou péssima qualidade e não abrangeu todos os convidados presentes no local, o que igualmente lhe causou grande abalo moral.

Os autores procuraram demonstrar o cabimento dos pedidos de rescisão contratual, restituição dos valores pagos e indenização por danos materiais e morais, decorrentes do defeituoso serviço prestado pela ré, que lhes causou grande abalo psicológico em um dos dias mais importantes das suas vidas.

Requereram, afinal, o provimento deste apelo para anular a r. sentença, declarando a rescisão contratual e condenando a ré ao pagamento de indenização por danos materiais e morais, além da devolução dos valores pagos por tais serviços defeituosos, além das verbas advindas da sucumbência.

O recurso é tempestivo e veio desacompanhado de preparo, uma vez que os autores são beneficiários da assistência judiciária gratuita (fl. 22).

A ré não apresentou contrarrazões (fls. 82).

É o relatório.

A presente ação versa sobre 2 (dois) negócios jurídicos distintos, os quais foram individualmente celebrados pelos autores com a mesma ré, "Play Off Produções" (fls. 16/17). Os autores, que são irmãos, optaram por ajuizar uma mesma demanda contra a ré, objetivando a rescisão dos contratos celebrados em razão de má prestação dos serviços, bem como indenização por danos materiais e morais daí advindos.

A coautora Débora Miranda, em 20 de abril de 2004, contratou com a ré a prestação de serviços de filmagem, fotografia e decoração do seu casamento, o qual abrangeria tanto a cerimônia civil como a celebração festiva. Por força deste contrato, a ré assumiu a obrigação de prestar os seguintes serviços: "1 álbum com 30 fotos 20x23 em papel mate; 1 álbum com cópias para escolha; 1 porta champanhe com 2 taças; 1 mesa do bolo decorada com 'bandô' vermelho; 1 tapete vermelho queimado = 5 colunas com lado; 1 arco de entrada com banda vermelha; 1 foto 30x40 na fonte com mesa e cortinas; e, 1 cesta para pétalas" (fls. 15/16).

O coautor Adonias Antonio Miranda, por sua vez, em 5 de dezembro de 2004, contratou esta mesma empresa para prestar serviços de filmagem, fotografia e decoração do seu casamento, o qual abrangeria tanto a cerimônia civil como a celebração festiva. Por força desta avença, a ré assumiu a obrigação

Acesso ao Sumário

de prestar os seguintes serviços: "30 fotos 20x25 coloridas no álbum de veludo com estojo; filmagem com entrega em 2 fitas; decoração contendo flores de seda (branco predomina) com azul tom claro, arco de entrada, mesa de bolo tom azul e castiçal com 3 velas" (fls. 17).

Em ambos os contratos não há previsão da data limite em que as filmagens e as fotos dos casamentos deveriam ser entregues pela ré aos autores.

A coautora Débora afirmou que os produtos lhe foram entregues, pela ré, em 15 de maio de 2005 (fls. 66); o corréu Adonias, a seu turno, informou que tais produtos lhe foram entregues em 5 de julho de 2005 (fls. 66).

A ré alegou, mas não provou, que tais bens foram entregues aos autores, respectivamente, em 5 de dezembro de 2004 e 20 de abril de 2005 (fls. 30).

Como bem ponderou o Meritíssimo Juiz sentenciante: "ainda que seja admitida como verdadeira a alegação da autora, no sentido de que o produto por ela adquirido somente lhe foi entregue em 15 de maio de 2005, verifica-se que, no tocante à sua pretensão, ocorreu a decadência, porque a presente ação somente foi ajuizada em 26 de agosto do mesmo ano, após, portanto, o prazo decadencial previsto em lei.

Com relação ao autor Adonias, não há qualquer comprovação nos autos no sentido de que o produto por ele adquirido somente foi entregue em 05 de julho de 2005, razão pela qual deve se presumir como data da entrega aquela que foi apontada pela requerida, ou seja, 20 de abril de 2005, de maneira que se chega à conclusão de que a pretensão do autor também foi atingida pela decadência" (fls. 66).

Por conseguinte, a autora Débora Miranda Caresia, a qual recebeu o produto em 15 de maio de 2005, conforme ela própria alegou, decaiu do seu direito de rescindir o contrato e obter a devolução dos valores desembolsados por conta desta avença, porquanto a presente ação foi ajuizada somente em 25 de agosto de 2005, ou seja, após o decurso do prazo de 90 (noventa) dias previsto no artigo 26, inciso II, do Código de Defesa do Consumidor.

Com relação ao coautor Adonias Antonio Miranda, este não comprovou, tal como lhe competia, a teor do artigo 333, inciso I, do Código de Processo Civil, a sua alegação de que recebeu o produto em 5 de julho de 2005, razão pela qual deve ser aceita a afirmação da ré de que tal entrega ocorreu em 20 de abril de 2005, como foi bem ressaltado na r. sentença.

Bem por isso, no que tange aos pedidos de rescisão contratual e de restituição de valores desembolsados, de fato, operou-se a decadência prevista no artigo 26, inciso II, do Código de Defesa do Consumidor, dado o decurso de prazo superior a 90 (noventa) dias, entre a data da entrega dos produtos e o ajuizamento da presente ação.

Todavia, a r. sentença comporta reparo.

Isto porque, o aludido prazo decadencial é aplicável à hipótese de

Acesso ao Sumário

reclamação do consumidor pelos vícios aparentes ou de fácil constatação. Contudo, não atinge o ressarcimento de danos materiais e morais, sujeitos ao prazo prescricional previsto no artigo 27 do Código de Defesa do Consumidor, do seguinte teor:

"Art. 27. Prescreve em cinco anos a pretensão à reparação pelos danos causados por fato do produto ou do serviço prevista na Seção II deste Capítulo, iniciando-se a contagem do prazo a partir do conhecimento do dano e de sua autoria".

Ressalte-se que, o artigo 14, "caput", pertencente à Seção II, mencionada no aludido artigo 27, contém a seguinte redação:

"Art. 14. O fornecedor de serviços responde, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos relativos à prestação dos serviços, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua fruição e riscos".

Assim, escoado o prazo decadencial de 90 (noventa) dias previsto no artigo 26, inciso II, do Código de Defesa do Consumidor, não poderá o consumidor exigir do fornecedor do serviço as providências previstas no artigo 20 do referido diploma legal, ou seja, a reexecução do serviço, sem custo adicional; restituição da quantia paga ou o abatimento proporcional do preço. Porém, a pretensão de indenização dos danos experimentados pelo consumidor pode ser deduzida durante o prazo prescricional de 5 (cinco) anos, previsto no citado artigo 27 do Código de Defesa do Consumidor.

Esse é o entendimento adotado pelo Superior Tribunal de Justiça em casos análogos:

"DIREITO DO CONSUMIDOR. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS E MORAIS DECORRENTES DE VÍCIOS NO SERVIÇO. PRESCRIÇÃO. CINCO ANOS. INCIDÊNCIA DO ART. 27 DO CDC.

1. Escoado o prazo decadencial de 90 (noventa) dias previsto no art. 26, II, do CDC, não poderá o consumidor exigir do fornecedor do serviço as providências previstas no art. 20 do mesmo Diploma - reexecução do serviço, restituição da quantia paga ou o abatimento proporcional do preço -, porém, a pretensão de indenização dos danos por ele experimentados pode ser ajuizada durante o prazo prescricional de 5 (cinco) anos, porquanto rege a hipótese o art. 27 do CDC.

2. Recurso especial conhecido e provido." (REsp nº 683.809 - RS (2004/0121229-7) - Relator: Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO - Quarta Turma - Julgado em 20/04/2010).

"CIVIL E PROCESSUAL. AGRAVO REGIMENTAL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO. CORTE NA LINHA

Acesso ao Sumário

TELEFÔNICA. PRAZO DECADENCIAL. HIPÓTESE DO ART. 27 DO CDC. PRAZO QÜINQÜENAL.

I. A ação de indenização movida pelo consumidor contra a prestadora de serviço por defeito relativo à prestação do serviço prescreve em cinco anos, ao teor do art. 27 c/c o art. 14, caput, do CDC.

II. Agravo regimental improvido." (AgRg no Ag 771.737/MG - Relator: Ministro ALDIR PASSARINHO JUNIOR - Quarta Turma - Julgado em 24/10/2006 - DJ 11/12/2006 p. 370).

Este entendimento também tem sido adotado por este Egrégio Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, conforme evidenciam os seguintes precedentes desta Corte:

"**AGRAVO DE INSTRUMENTO - BEM MÓVEL - AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS E MORAIS - RELAÇÃO DE CONSUMO - PRAZO PRESCRICIONAL E NÃO DE DECADÊNCIA.** Em se tratando de indenização por danos morais em decorrência do fato do produto ou do serviço, é inaplicável o prazo de decadência do art. 26 do CDC. Hipótese de incidência do prazo prescricional quinquenal, previsto no art. 27 da Lei Consumerista. Precedente do STJ. RECURSO DESPROVIDO." (Agravo de Instrumento 2025799-26.2014.8.26.0000 - Relator: Desembargador Antonio Nascimento - Americana - 26ª Câmara de Direito Privado - Data do julgamento: 24/03/2014 - Data de registro: 25/03/2014).

"**RESPONSABILIDADE CIVIL.** Bem móvel. Compra e venda de veículo automotor usado. Vícios ocultos. Carro que, logo após a compra, passou a apresentar problemas que não foram solucionados pela vendedora. Pedidos redibitório e indenizatório. Decadência, reconhecida na sentença com base no art. 26 do CDC, que deve ser afastada em parte. Direito à redibição do contrato e indenização dos danos '*circa rem*' que realmente foi extinto pela decadência. Indenização dos danos '*extra rem*', contudo, que se submete ao prazo prescricional quinquenal do art. 27 do CDC. Responsabilidade da vendedora pelo descumprimento da obrigação de reparar o vício que se mantém íntegra. Danos materiais caracterizados. Descumprimento do ônus da impugnação específica do art. 302 do CPC. Danos morais caracterizados. Indenização arbitrada. Recurso provido em parte." (Apelação 0202961-03.2009.8.26.0005 - Relator: Desembargador Gilson Delgado Miranda - São Paulo - 28ª Câmara de Direito Privado - Data do julgamento: 19/11/2013 - Data de registro: 26/11/2013).

Na espécie, operou-se a decadência do direito dos autores apenas com relação aos pleitos de rescisão contratual e de devolução dos valores pagos pelos produtos tidos por defeituosos. Entretanto, devem ser analisados os pedidos indenizatórios por danos materiais e morais, cumulativamente formulados na petição inicial, a respeito dos quais não se operou decadência e tampouco

Acesso ao Sumário

prescrição, cujo prazo é de cinco anos, nos termos do artigo 27 do Código de Defesa do Consumidor, contados da data da entrega dos produtos até o ajuizamento da ação (25 de agosto de 2005).

Ante o exposto, pelo meu voto, dou parcial provimento ao recurso, a fim de afastar a decadência com relação aos pedidos de ressarcimento de danos materiais e morais e anular a r. sentença para exame destas pretensões.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0027671-36.2010.8.26.0361, da Comarca de Mogi das Cruzes, em que é apelante/apelado PAULO TADEU FAGUNDES (JUSTIÇA GRATUITA), são apelados/apelantes COMPANHIA EXCELSIOR DE SEGUROS e COMPANHIA DE DESENVOLVIMENTO HABITACIONAL URBANO DO ESTADO DE SÃO PAULO - CDHU.

ACORDAM, em 6ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento ao recurso do autor, e julgaram prejudicado o recurso da ré, V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 22.327)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores VITO GUGLIELMI (Presidente) e EDUARDO SÁ PINTO SANDEVILLE.

São Paulo, 3 de julho de 2014.

FRANCISCO LOUREIRO, Relator

Ementa: SEGURO HABITACIONAL - Imóvel popular - Invalidez permanente do cessionário de direitos e obrigações do promitente-comprador - Seguro contratado como cláusula acessória de contrato de financiamento habitacional - Recusa da seguradora em dar ao demandante a quitação do contrato - Tese de que sinistro ocorreu antes da anuência do cedido à cessão de posição contratual, o que obsta a pretendida quitação - Posição que não deve prevalecer - Cedida, ao tomar ciência do negócio havido e receber as parcelas do preço e do prêmio pagas diretamente pelo autor, teve comportamento concludente, com o mesmo efeito de anuência expressa à cessão de posição contratual - Assinatura posterior

Acesso ao Sumário

do instrumento só conferiu forma solene ao negócio com o qual já havia aquiescido - Autor que faz jus à quitação do contrato - Invalidez permanente já reconhecida pelo INSS - Procedência, por conseguinte, da lide secundária - Dever da seguradora de pagar a indenização securitária devida - Redistribuição da sucumbência - Recurso do autor provido, e recurso adesivo da ré prejudicado.

VOTO

Cuida-se de recursos de apelação interpostos contra a r. sentença de fls. 486/491 dos autos, que julgou improcedente a ação ordinária ajuizada por PAULO TADEU FAGUNDES em face de COMPANHIA DE DESENVOLVIMENTO HABITACIONAL E URBANO - CDHU.

Fê-lo a r. sentença, basicamente sob o argumento de que, como o acidente que causou a invalidez permanente do autor ocorreu em 30 de janeiro de 2008, e o contrato particular de cessão e transferência com sub-rogação de ônus, direitos e obrigações decorrentes de termo de adesão e ocupação provisória com opção de compra foi celebrado em 31 de agosto de 2008, não faz jus o demandante à quitação do preço do imóvel.

Ressaltou o *decisum* que como a ré não participou do contrato de cessão firmado em 06 de agosto de 2008 entre o requerente e o cedente dos direitos sobre o imóvel, não pode ser por ele obrigada, por força da relatividade dos contratos.

Recorre o autor, afirmando que a sentença recorrida não pode prevalecer, pois embora a requerida tenha com ele contratado apenas em agosto de 2008, os documentos relativos à cessão de direitos sobre o imóvel lhe foram entregues em dezembro de 2007, antes do acidente que acarretou a amputação de sua perna e, consequentemente, a invalidez permanente.

Afirma o apelante que tão logo adquiriu os direitos sobre o bem do anterior promitente comprador, tomou posse do imóvel e passou a pagar as parcelas do preço, que abrangiam o prêmio do seguro, razão pela qual tem direito ao recebimento da indenização securitária, com a consequente quitação do preço.

Em razão do exposto e pelo que mais argumenta às fls. 494/497, pede o provimento de seu recurso.

O apelo foi contrariado (fls. 504/510 e 511/520).

Às fls. 531/534 dos autos a ré interpôs recurso adesivo, pugnando, basicamente, pela exclusão de sua condenação ao ônus da sucumbência na lide secundária.

Afirma que não pode ser prejudicada por ter denunciado da lide à

Acesso ao Sumário

seguradora, pois a medida só evitaria uma eventual ação de regresso e o acúmulo de demandas nos tribunais.

Em razão do exposto e pelo que mais argumenta às fls. 531/534, pede o provimento de seu recurso.

O recurso adesivo foi contrariado (fls. 540/544).

É o relatório.

1. O recurso do autor comporta provimento.

Pretende o demandante o recebimento de indenização securitária decorrente de seguro habitacional, por invalidade total e permanente decorrente da amputação de uma perna.

Sabido que o seguro contratado como cláusula acessória de contrato de financiamento habitacional estabelece o sinistro em caso de morte ou invalidez permanente do segurado (promitente-comprador).

No caso em tela, a CDHU negou o pagamento da indenização, sob a justificativa de que quando da celebração do "contrato particular de cessão e transferência com sub-rogação de ônus, direitos e obrigações decorrentes de termo de adesão e ocupação provisória com opção de compra" em 31 de agosto de 2008, o autor já havia amputado a perna, razão pela qual não estaria coberto pelo seguro contratado.

O Juízo *a quo*, sob o mesmo argumento, rejeitou o pleito formulado pelo autor, acrescentando que a requerida, na qualidade de cedida, não pode ser obrigada pelo negócio de cessão de posição contratual celebrado antes da ocorrência do sinistro entre o antigo promitente comprador do imóvel e o demandante.

Referido entendimento, todavia, não merece prevalecer.

2. A hipótese tratada nos autos nada mais é do que uma cessão de posição contratual, pela qual os anteriores promitentes compradores do imóvel popular vendido pela ré cederam seu complexo de relações jurídicas ao autor e sua esposa.

Como preleciona **Sílvio de Salvo Venosa**, "a cessão de posição contratual, de fato, tem como objeto (e é no objeto que devemos procurar a distinção) a substituição de uma das partes no contrato, que objetivamente permanecerá o mesmo. Há uma posição jurídica global que é transferida (...). Para o cessionário, acorrem também todos os direitos emergentes do contrato cedido, ainda que direitos laterais, que não digam respeito, especificamente, ao contrato" **(VENOSA, S.S. Teoria Geral das Obrigações e Teoria Geral dos Contratos. 3ª ed. São Paulo: Editora Ática, 2003. p.249)**.

Acrescenta **Carlos Alberto da Mota Pinto** que, ocorrendo a cessão de contrato, o cessionário torna-se o único titular da posição contratual, passando

Acesso ao Sumário

a pertencer-lhe, por esse motivo, os créditos e os débitos, integrados na relação contratual transmitida, encabeçados no cedente no momento da cessão **(Cessão de Contrato, Saraiva, 1.985, p. 400).**

No caso em tela, como já dito, os originais promitentes compradores do imóvel vendido pela ré cederam sua posição contratual ao autor e sua esposa em 06 de agosto de 2007, e estes últimos entregaram à requerida (cedida) os documentos necessários à regularização da cessão em 03 de dezembro de 2007 (cf. protocolo de fls. 17).

Segundo informado na inicial e corroborado pelos documentos de fls. 18/20, nesse meio tempo, em 30 de janeiro de 2008 o autor sofreu um acidente de moto que redundou na amputação de sua perna e, consequentemente, em sua incapacidade permanente para o trabalho, tanto que obteve aposentadoria por invalidez junto ao INSS (cf. fls. 21).

Autor e requerida (cedida) só vieram a assinar um instrumento particular de cessão da posição contratual em 31 de agosto de 2008 (cf. fls. 12/16), e por tal motivo foi negada a quitação do contrato (cf. fls. 23), pois o sinistro já havia se consumado.

A recusa, como já adiantado alhures, não pode prevalecer. As peculiaridades do caso concreto recomendam solução diversa da adotada pela sentença recorrida.

3. Não resta dúvida, na esteira da lição clássica de **Carlos Alberto Mota Pinto**, que a cessão da posição contratual, na visão unitária, provoca a transferência funcional de créditos, débitos e de todos os vínculos (direitos potestativos, conformativos, prestações acessórias, deveres laterais de conduta) que integram a relação negocial **(Cessão de Contrato, Saraiva, 1.985, p. 441)**.

O artigo 299 do novo Código Civil dispõe que "*é facultado a terceiro assumir a posição do devedor, com o consentimento expresso do credor, ficando exonerado o devedor primitivo, salvo se aquele, ao tempo da assunção, era insolvente e o credor o ignorava*".

Se a assunção de débito exige consentimento expresso, com maior dose de razão a cessão de posição contratual, que envolve a transmissão de relação jurídica complexa **(cfr. a respeito excelente obra de Hamid Charaf Bdine Júnior, Cessão da Posição Contratual, Saraiva, p. 101).**

O preceito citado apenas consolida entendimento doutrinário no sentido de que a cessão da posição contratual, por abranger também a assunção de débitos, exige consentimento expresso do cedido como elemento de validade da cessão, e não de mera eficácia.

No dizer de **Renan Lotufo**, enquanto não ocorrer o consentimento do cedido, não haverá assunção de dívida, pois ele é elemento essencial para a transmissão **(Código Civil Comentado, São Paulo, Saraiva, vol. II, p. 166)**.

4. No caso em tela, à primeira vista, poder-se-ia reputar que o consentimento da cedida ocorreu apenas quando da celebração do contrato entre ela e o cessionário, em 31 de agosto de 2008, o que impediria, de fato, a quitação do contrato por invalidez permanente do adquirente, já que o sinistro ocorreu em 30 de janeiro do mesmo ano.

Contudo, não se pode olvidar que a requerida tomou ciência inequívoca da cessão celebrada entre o adquirente e o autor em 03 de dezembro de 2007, e desde então recebeu regularmente as parcelas do preço pagas pelo demandante, parcelas estas que abrangiam, inequivocamente, o prêmio do seguro.

Referido comportamento concludente da requerida deve ser interpretado como anuência expressa à cessão havida, de modo que a assinatura do instrumento particular de transferência meses depois apenas conferiu forma solene ao negócio já aperfeiçoado.

Na boa lição de **Hamid Charaf Bdine** *"o parágrafo único do art. 299 do CC/2002, em estudo, estabeleceu a possibilidade de o consentimento ser solicitado por notificação, mas negou a possibilidade de ele ser tácito, afastando a presunção a partir do silêncio do credor que não se manifesta no prazo que lhe for solicitado para recusar seu consentimento expressamente. (...) Renan Lotufo enfrenta a questão e sustenta que o comportamento concludente - de que trata Paulo da Motta Pinto (Declaração tácita e comportamento concludente no negócio jurídico, Coimbra, Almedina, 1995) -, consistente, por exemplo, em o credor receber pagamentos parciais de terceiro, representa aceitação expressa, e não tácita, de modo que estaria incluída na disposição desse artigo em exame (Código Civil Comentado, São Paulo, Saraiva, 2003, v. II, p. 166)"* **(cf. Código Civil Comentado, coord. Min, Cezar Peluso, 8ª ed., Manole, 2014, p. 233)**.

Sendo assim, embora no caso em análise o instrumento de cessão do contrato só tenha sido assinado pela cedida em agosto de 2008, o negócio já era válido e eficaz quando da ocorrência do sinistro que vitimou o autor em janeiro de 2008, pois desde dezembro de 2007 a requerida tinha inequívoca ciência da cessão havida, e com ela anuiu expressamente ao receber as parcelas do preço (e, por conseguinte, do prêmio do seguro) pagas pelo demandante.

Entendimento diverso implicaria o recebimento do prêmio do seguro sem qualquer contrapartida por parte da ré, e sem a existência de qualquer risco coberto, pois, certamente, caso fosse o cedente a sofrer qualquer sinistro após a cessão celebrada com o autor, a requerida igualmente se recusaria à quitação do contrato, sob o argumento de que, ao transferir seus direitos e obrigações ao requerente, o cedente perdeu a qualidade de segurado.

Considerando todo o exposto, imperioso se faz o reconhecimento do direito do autor à quitação do contrato decorrente da invalidez permanente que o acometeu.

Acesso ao Sumário

A recusa em conceder a quitação do imóvel viola frontalmente a causa da contratação de seguros nos contratos de aquisição de habitação popular, a confiança do adquirente e a segurança jurídica, valores de extrema relevância do mundo contemporâneo.

Evidente a ocorrência do sinistro, bem como de sua comunicação à seguradora, pelo que incontestável a legitimidade da pretensão do autor de ter seu financiamento quitado.

De rigor, ainda, a devolução das parcelas incorretamente cobradas do demandante, tal como pleiteado na inicial, especialmente levando em conta a limpidez da causa da incapacidade, atestada de modo oficial pelo INSS.

5. Reconhecida a procedência da ação, de rigor a análise da lide secundária.

A ré CDHU denunciou da lide à Companhia Excelsior de Seguros, responsável pelo pagamento de eventual indenização securitária.

Considerando que a seguradora em nenhum momento negou tal responsabilidade, limitando-se a tecer argumentos desfavoráveis à tese do autor, de rigor sua condenação ao pagamento da indenização securitária devida.

6. Já o recurso adesivo interposto pela ré CDHU, além de não cabível, restou prejudicado com a solução ora adotada para a causa.

No apelo de fls. 531/534 dos autos, a requerida postulou basicamente pela exclusão de sua condenação ao ônus da sucumbência na lide secundária.

Ocorre, porém, que não houve sucumbência recíproca no caso em tela, nos termos do at. 500, *caput*, do CPC, a possibilitar a interposição de recurso adesivo.

O autor recorreu contra o decreto de total improcedência da ação, de modo que não poderia a ré recorrer adesivamente para eximir-se da condenação ao ônus da sucumbência imposta na lide secundária.

Já se decidiu que *"não cabe recurso adesivo que não seja contraposto ao do recorrente principal"* **(RJTJESP 131/247, JTA 129/311)**, e que *"só tem cabimento o recurso adesivo quando contraposto ao do recorrente principal, e não como coadjuvante deste"* **(1º TACCivSP, Apelação 577.267-4, 1ª Câmara especial, Rel. Elliot Akel, j. 05.01.1995).**

Como se não bastasse, com a procedência da lide secundária, o pleito da ré denunciante de exclusão da condenação às respectivas verbas de sucumbência ficou prejudicado.

7. Em suma, o recurso da autora deve ser provido para que a ação seja julgada procedente, devendo a ré ser condenada a dar-lhe a pretendida quitação do imóvel, e a devolver-lhe as parcelas cobradas indevidamente. A lide secundária deve ser igualmente julgada procedente, a fim de que seguradora pague à requerida a indenização securitária devida em face da invalidez permanente do

Acesso ao Sumário

autor, beneficiário do seguro.

Na ação principal, o ônus da sucumbência impõe à requerida arcar com a custas e despesas processuais, bem como honorários advocatícios, que fixo em 10% do valor da condenação. Da mesma forma, na lide secundária, a denunciada deverá pagar à denunciante as respectivas custas e verba honorária, que fixo em 10% do valor da condenação.

Diante do exposto, pelo meu voto, dou provimento ao recurso do autor, e dou por prejudicado o recurso adesivo da ré, nos termos acima explicitados.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0120969-32.2009.8.26.0001, da Comarca de São Paulo, em que é apelante M.R.O. (JUSTIÇA GRATUITA), é apelado E.B.O..

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 14676)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores ERICKSON GAVAZZA MARQUES (Presidente), J.L. MÔNACO DA SILVA e JAMES SIANO.

São Paulo, 2 de julho de 2014.

ERICKSON GAVAZZA MARQUES, Relator

Ementa: ALIMENTOS - AUTORA QUE ATINGIU A MAIORIDADE NO DECORRER DA LIDE - PENSÃO FIXADA COM RAZOABILIDADE E OBSERVÂNCIA AO BINÔMIO NECESSIDADE/ POSSIBILIDADE PREVISTO NO ARTIGO 1.694, § 1º, DO CÓDIGO CIVIL - ALIMENTANDA QUE POSSUI CONDIÇÕES DE BUSCAR A COMPLEMENTAÇÃO DA RENDA PARA CUSTEAR PARTE DE SUAS DESPESAS - AÇÃO PARCIALMENTE PROCEDENTE - SENTENÇA MANTIDA - RECURSO NÃO PROVIDO.

VOTO

Vistos, etc.

Acesso ao Sumário

Trata-se de ação de alimentos, ajuizada por M.R.O. contra seu pai E.B.O., que a respeitável sentença de fls. 551/556, cujo relatório fica fazendo parte integrante do presente, julgou parcialmente procedente, condenando o réu a prestar alimentos à autora no valor equivalente a um salário mínimo, até que a mesma complete o ensino médio e conclua ou deixe de frequentar curso superior.

Apela a autora sustentando, em suma, que ela necessita de pelo menos 3 salários mínimos por mês para sua manutenção e sobrevivência, sendo que o genitor possui condições financeiras de arcar com o valor pleiteado. Afirma que está cursando faculdade de Turismo e paga mensalidade de R$ 456,72. Argumenta que a gratuidade processual não deve ser concedida ao recorrido, pois ele tem propriedade, lojas de calçados e representação exclusiva. Pede, ao final, a reforma parcial da sentença, com a fixação dos alimentos em 3 salários mínimos, indeferindo-se a assistência judiciária ao réu.

O recurso foi recebido e respondido.

É o relatório.

Conforme se verifica da análise do feito, a apelante busca, com a presente ação, o arbitramento de pensão alimentícia a ser paga por seu pai, sendo que, quando ajuizou a ação, contava com 16 anos de idade.

No entanto, no decorrer da lide, a apelante atingiu a maioridade e a Magistrada de primeira instância fixou a pensão alimentícia em um salário mínimo, tendo como termo final da obrigação a conclusão do ensino médio e do curso superior ou que a alimentanda deixe de frequentar faculdade.

Em primeiro lugar, é imperioso considerar que os alimentos devem ser fixados não só em função das possibilidades do alimentante, mas também das necessidades da alimentanda, devendo ser carreadas a ambos os cônjuges, na proporção das possibilidades de cada um.

No caso dos autos, embora a apelante afirme que o requerido é sócio do pai e do irmão em lojas de calçados, não houve comprovação de suas alegações, não obstante a extensa dilação probatória.

Acesso ao Sumário

Por outro lado, restou demonstrado que a apelante é jovem, contando atualmente com 21 anos de idade, não possui qualquer incapacidade para o trabalho, podendo, portanto, buscar complementação de renda, para fazer frente a parte de suas despesas, como, aliás, fazem milhares de brasileiros nas mesmas condições que as dela, ressaltando-se que o fato de estar estudando, nem sempre implica em impedimento para o exercício de atividade remunerada.

Nessa conformidade, sopesadas as necessidades da apelante e as possibilidades do recorrido e levando-se em consideração que ambos os genitores devem concorrer para o suprimento das mesmas, é de rigor a conclusão de que o valor arbitrado em um salário mínimo, afigura-se razoável, atendendo ao binômio necessidade/possibilidade previsto no § 1º do artigo 1.694 do Código

Civil.

Por fim, não se conhece da pretensão de reforma da concessão da gratuidade processual, já que seu deferimento ocorreu pela decisão irrecorrida de fls. 249 sendo, portanto, meio inadequado a insurgência da apelante nesta fase processual.

Diante do exposto, NEGO PROVIMENTO ao recurso.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0003020-04.2012.8.26.0220, da Comarca de Guaratinguetá, em que é apelante L.L.C.F.J. (ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA), é apelado T.C.P..

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

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores ERICKSON GAVAZZA MARQUES (Presidente) e J.L. MÔNACO DA SILVA.

São Paulo, 2 de julho de 2014.

A.C.MATHIAS COLTRO, Relator

Ementa: Modificação de guarda - Pedido formulado pela avó materna, após a morte da genitora da menor, sob o argumento de que a criança convive com a família materna desde o seu nascimento - Inexistência, por outro lado, de quaisquer elementos a comprovar fatos desabonadores da conduta do pai - Demonstração, ao contrário, de que o genitor foi impedido, por diversas vezes, de manter contato mais íntimo com a filha, muito embora houvesse regime de visitas estabelecido judicialmente - Guarda que deve ser deferida ao pai, sempre atendendo ao melhor interesse da criança - Fixação, desde logo, do regime de visitas - Recurso desprovido, com determinações.

VOTO

Ação: guarda de menor.

Argumentos da autora: é avó materna da menor A.L.P., nascida em

Acesso ao Sumário

12/03/2009, que em decorrência de acordo homologado judicialmente (14/05/2010 - fls. 07) estava sob a guarda da mãe, que acabou falecendo em 27/03/2012. Afirma que a menor e a genitora sempre residiram em sua companhia e, apesar do acordo acima mencionado estipular regime de visitas ao pai, estas não ocorreram há mais de dois anos. Assim, considerando que a menor está adaptada à residência e considerando a morte da mãe, pretende a autora (avó materna), a sua guarda definitiva, mantido o pensionamento a ser pago pelo genitor, conforme acordado.

Defesa (fls. 47/53): narra ter mantido relacionamento com a mãe da menor por cerca de um ano e meio, como se casados fossem, embora não residindo sob o mesmo teto. Sustenta que a autora nunca foi favorável ao relacionamento, que aos poucos foi se tornando mais difícil e, diante dos problemas de saúde da mãe da menor, o requerido acabou por evitar desavenças, porém, jamais desistiu da filha, inclusive ajuizando ação de oferta de alimentos e tentando contatos para ver a filha, o que sempre foi dificultado.

Desta forma, pretende a improcedência do pedido, deferindo-se a guarda definitiva ao genitor (contestante).

Laudos às fls. 110/119, 204/206, 214/216; relatório da psicóloga que acompanha a menor desde o falecimento da mãe às fls. 135/137; relatório do Conselho Tutelar às fls. 150/151.

Sentença (fls. 312/315): julgou improcedente o pedido da autora, condenando-a ao pagamento das despesas processuais e honorários advocatícios, observando ser ele beneficiária da justiça gratuita.

Recurso (fls. 317/322): pretende a reforma do *decisum*, com a inversão do julgado, repisando, em síntese, o quanto argumentado na inicial.

Regularmente processado o apelo, com apresentação das contrarrazões (fls. 359/362).

Nesta instância emitiu a digna Procuradoria Geral de Justiça parecer pelo desprovimento (fls. 372/375).

É o relatório, adotado, no mais, o da sentença.

Acesso ao Sumário

Segundo consta a autora ajuizou a presente ação, tendo em vista o falecimento da genitora da menor, que não era casada e sequer vivia sob o mesmo teto com o requerido, mas que residia na casa da autora juntamente com a criança, desde o nascimento desta.

De seu turno, o réu impugnou os fatos alegados pela demandante, sustentando, ademais, ter plenas condições de exercer a guarda de sua filha.

Em que pese a argumentação expendida pela recorrente, o inconformismo não comporta acolhida.

Conquanto as testemunhas arroladas pela autora, D.A. (fls. 280/281),

A.A. (fls. 282), A.R. (fls. 283) e M.N. (fls. 284) tenham afirmado, em uníssono, que o réu não costumava visitar a filha e não tinha qualquer interesse por ela, os demais elementos coligidos, nestes autos, demonstraram o contrário.

Na época em que a genitora da menor detinha a guarda, o demandado aforou ação visando à oferta de alimentos e regularização das visitas, salientando que não conseguia manter contato com sua filha em razão de óbices criados pela avó materna.

Na referida ação, as partes entabularam acordo, em audiência realizada em 14 de maio de 2010, estabelecendo o valor dos alimentos e o regime de visitas (fls. 171).

Há, ainda, cópia de boletim de ocorrência trazida pelo réu noticiando que os avós maternos impediam o contato dele com a filha, muito embora as visitas já tivessem sido fixadas, em juízo (fls. 162).

Consta, também, a lavratura de termo circunstanciado, em 25.11.2012, em que o demandado narrou ofensas perpetradas pela ora recorrente, que o impediu de levar a filha para um passeio, em descumprimento ao quanto deliberado judicialmente (fls. 181/183).

O relatório psicossocial apontou a possibilidade de o genitor, ora demandado, exercer de modo satisfatório a guarda da filha, desempenhando seu papel, tanto que revelou preocupação e conhecimento acerca das necessidades da menor (fls. 206 e 216).

Aliás, o mencionado relatório concluiu pelo excessivo controle exercido pela família materna sobre a criança relativamente aos contatos com o pai (fls. 216).

No laudo psicológico de fls. 205/206, concluiu-se que o falecimento da filha e a disputa da guarda da menor causam grande sofrimento psíquico à autora, que precisa ser trabalhado, a fim de não reverterem em maiores prejuízos tanto à demandante como à criança.

Efetivamente e consoante o ponderado pelo Ministério Público, em primeiro grau e nesta instância, bem como pelo egrégio juízo, não há qualquer fato que desabone a conduta do réu, nem se vislumbra situação de risco para a criança, a ponto de obstar seja a guarda deferida ao pai.

Como é cediço, em casos que tais, a necessidade de consideração ao cuidado como verdadeiro valor jurídico se manifesta em todo esplendor, tendo-se em conta o que nele se discute e está em jogo, no concernente à guarda de menor.

A menor, única que deve ser aqui considerada para o quanto se venha a decidir, está se adaptando à nova situação, tendo bom relacionamento com o pai e a com os avós paternos.

Acesso ao Sumário

Entende-se a preocupação da avó materna quanto à mudança da guarda, o que se louva, devendo-se considerar, entretanto e mais uma vez, que será levado em conta o que for melhor para o interesse da criança.

Esse interesse, aliás e como escrito por Moura Bittencourt,

> "é uma função das circunstâncias; a determinação desse interesse é, pois, questão de fato a ser dirimida pelo juiz, sempre que ocorrências graves demandem sua intervenção. Essa afirmação, que decorrente de antigos arestos e lições de doutrina, é enfatizada pelos modernos civilistas: 'o interesse da criança é questão de puro fato: ao juiz cabe aplicar o Direito, flexível certamente, mas que impõe uns tantos limites de constrangimentos'" [1].

De muito já aludira esse mesmo autor, sobre a advertência de Josserand, no sentido de "que a disciplina legal de guarda dos filhos não é rígida"[2], não sendo admitido sequer argumentar-se com julgamento *extra* ou *ultra petita*, porquanto,

> "No exercício desse poder e sempre tendo em vista o interesse do menor (é bom repetir), é outorgada ao juiz, em face das circunstâncias, a faculdade de regulamentar a guarda"[3].

Por isso mesmo não se preocupou o legislador, como não deveria ter-se preocupado, aliás, em conceituar o instituto da guarda, mesmo porque e como acentuado por Silvana Maria Carbonera,

> "A técnica de conceituar, eficaz no racionalismo, por vezes revelou-se tirana. Enclausurar institutos em conceitos, com fins a proporcionar certeza e segurança jurídica, pode provocar exclusão de aspectos pertinentes a inúmeros casos concretos. Mas eficaz parece ser examinar um tema sob variados aspectos, de forma que, a partir da análise, se torne viável formar uma ampla visão sobre o esmo"[4].

Assim agindo e considerado sempre a importância do superior interesse da criança, circunstância que tanto pode ser utilizada como critério de controle, quanto de solução dos casos pelo judiciário, na sábia lembrança de Eduardo de Oliveira Leite[5], maior justificativa há para que a solução que se imponha a causas nas quais é discutida a guarda de filho, não esteja contida em limites restritos ou aprisionada a moldura pré-determinada e na qual não se tenha em conta a rotina de exceções em que a vida se constitui e a gama de situações que o dia a dia oferece, transformando os pretórios em laboratórios nos quais e

Acesso ao Sumário

1 Guarda de Filhos, Ed. Leud, São Paulo, 1981, 2ª. Ed., pp. 70/71

2 Guarda de Filhos, Ed. Leud., São Paulo, 1981, 2a. ed., p. 97

3 Moura Bittencourt, op. Cit., p. 98

4 Guarda de Filhos na família constitucionalizada, Sérgio Antonio Fabris Ed., Porto Alegre, 2000, p. 42, n. 1

5 Famílias Monoparentais: a situação jurídica de pais e mães solteiros, de pais e mães separados e dos filhos na ruptura da vida conjugal, Ed. RT, São Paulo, 1997, p. 195

acima de tudo a sensibilidade dos julgadores é constantemente posta à prova e desafiada.

Nesse contexto, constituem o fato e as necessidades que dele resultam para os envolvidos nos limites que devem indicar o caminho a ser procurado e acabam por definir o terreno que se tem como o mais firme a fim de que nele aportem aqueles que estejam em águas de marés insubmissas, de sorte a alcançar a segurança necessária à melhor conclusão para o caso concreto.

Ainda e sempre levando o juiz em consideração o interesse social a que aludiu Cardozo[6], deve-se ter em conta que assim agindo, o magistrado

> "interpreta a consciência social e lhe dá efeito jurídico, mas, ao fazê-lo, auxilia a formação e modificação da consciência que interpreta. A descoberta e a criação reagem uma sobre a outra"[7]. Nessa tarefa, terá em conta que "As leis são necessárias não para reprimir as forças através das quais se desenvolve o direito criado pelos juízes, mas para estimulá-los e libertá-los"[8].

Como corolário do exposto, entende-se que a guarda deva ser conferida ao pai, inclusive em função de sua condição no tocante à criança, não interferindo o fato de ter mantido pouco contato com a filha, nos primeiros anos de vida desta, mesmo porque as provas colacionadas indicaram o interesse do genitor em suprir as necessidades da filha e de estreitar o relacionamento, o que, por vezes, foi obstado pela avó materna, ora recorrente.

Por outro lado, conveniente fixar-se, desde logo e *ex officio*, com fundamento, inclusive, no já referido magistério de Edgard de Moura Bittencourt, o regime das visitas da apelante, avó da menor e que com ela conviveu tantos anos, de forma a que se evite nova demanda, visando a tal finalidade e que somente traria mais desgastes para as partes e para a própria criança, que não deve ficar privada do contato com a família materna.

Portanto, além da mantença do decidido em primeiro grau, fica estabelecido horário de visitas no tocante à avó materna, em finais de semana alternados, retirando-a no sábado às 10 horas e devolvendo-a no domingo, às 19 horas. Nas férias escolares, delibera-se ficar a primeira quinzena com o genitor e a segunda com a avó materna, alterando-se sua permanência a cada ano, o mesmo ocorrendo nos dias do aniversário da criança. No dia dos pais permanecerá ela sempre com o ora demandado, assim como no aniversário dele, sendo que nos dias de aniversário dos avós maternos permanecerá com eles. No próximo natal ficará com o pai e ano novo com os avós maternos, alternando-se no ano seguinte, de forma que todos gozem da mútua convivência.

Exorta-se ao genitor preocupado com o bem estar da filha, que possibilite

6 Benjamin Nathan Cardozo, A natureza do processo e a evolução do direito, Ed. Ajuris, Porto Alegre, 3a. ed., 1978, p. 17, trad. Leda Boechat Rodrigues

7 Op. cit., p. 18

8 8 Idem, p. 29

Acesso ao Sumário

eventuais visitas dela à família materna, além de nos dias pré-determinados, sem que isso interfira na assiduidade à escola, até para a melhor adaptação da criança com a nova condição.

Aliás, o melhor seria que não fosse preciso estipular-se dias para as visitas, pois, sendo as partes maiores, poderiam chegar a um bom termo quanto ao assunto, sempre visando que a menor não sofra diante das mudanças.

Porém, como na maioria das vezes tal objetivo não é atingido, acaba o judiciário por ver-se compelido a intervir, estabelecendo o regime de visitas mais próximo do ideal, o que não impede que o bom senso do guardião da menor procure atendê-la, em seus anseios.

Todos aqueles que transitam no entorno da menor devem atuar com o necessário cuidado em relação a ela, de forma a possibilitar que a mudança na situação em que se encontra ocorra da forma mais simples e sem transtornos para ela, inclusive como maneira de ajudá-la a adaptar-se à condição que passará a ter.

É o que se sugere e espera-se venha a ocorrer, em função do interesse da criança, que supera toda e qualquer outra consideração e de quem quer que seja!

Por fim, determina-se a realização de novo laudo psicossocial, no prazo de seis meses, a fim de avaliar a situação dos envolvidos, especialmente a menor.

Essas as razões pelas quais se entende não ser possível acolher o apelo 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 a outra conclusão, inclusive no tocante a eventual pré-questionamento 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 fosse, no âmbito do debate travado entre os litigantes.

Ante o exposto, nega-se provimento ao recurso, com determinações.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 4001256-37.2013.8.26.0071, da Comarca de Bauru, em que é apelante BANCO SANTANDER (BRASIL) S/A, é apelado FRANCISCO PEREIRA DE LIMA.

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, vencido o 3º Juiz que declara. M.V.", de conformidade

com o voto do relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 29.357)**

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

São Paulo, 10 de julho de 2014.

VITO GUGLIELMI, Relator

Ementa: DIREITOS REAIS. HIPOTECA. CANCELAMENTO. DEMANDA AJUIZADA POR COMPROMISSÁRIO ADQUIRENTE DE IMÓVEL EM FACE DO CREDOR BANCÁRIO, SOB O FUNDAMENTO DA QUITAÇÃO DO PREÇO DO BEM.INADMISSIBILIDADE.CASODEGARANTIA CONSTITUÍDA POR PARTE DA CONSTRUTORA ANTES DA PRÓPRIA ALIENAÇÃO AO DEMANDANTE. RESPONSABILIDADE PELA BAIXA DO GRAVAME QUE NÃO PODE SER IGNORADA E QUE RECAI SOBRE A PROMITENTE VENDEDORA DO BEM. DIREITO REAL QUE NÃO PODE SER DESPREZADO. HIPÓTESE, ADEMAIS, EM QUE A GARANTIA FORA INSTITUÍDA SOBRE A TOTALIDADE DO EMPREENDIMENTO, SEM A POSSIBILIDADE DE CANCELAMENTO PARCIAL. SENTENÇA AFASTADA. IMPROCEDÊNCIA DA AÇÃO RECONHECIDA. RECURSO PROVIDO. VOTO VENCIDO.

VOTO

1. Trata-se de recurso de apelação, tempestivo e bem processado, interposto contra sentença que julgou integralmente procedente demanda relativa ao cancelamento de garantia hipotecária, ajuizada por Francisco Pereira de Lima em face de Banco Santander (Brasil) S/A.

O juízo (fls. 70/73), entendendo que a hipoteca constituída pela promitente vendedora original não pode afetar o direito do adquirente, determinou o cancelamento da garantia real ofertada.

Inconformada, apela a demandada (fls. 75/80). Argumenta, em suma, que a titular do domínio sobre o imóvel é a promitente vendedora, a quem cabe providenciar a sua transferência ao demandante. Diz que a garantia recai sobre todo o empreendimento e que, sem a prévia especificação da matrícula da unidade, inviável a pretendida baixa. Aduz que em virtude do inadimplemento da

Acesso ao Sumário

devedora à quitação do débito fora ajuizada ação de execução, repisando que não detém o banco legitimidade para responder pela outorga da escritura definitiva de compra e venda, uma vez que seria mero financiador do empreendimento. Conclui pela reforma do julgado.

Recebido (fls. 95) e processado o recurso, vieram aos autos as contrarrazões do demandante (fls. 98/108).

Intimadas as partes para manifestação acerca da possibilidade de julgamento virtual, quedaram-se inertes (fls. 112).

É o relatório.

2. Cuida-se, no mérito, de demanda relativa ao cancelamento de garantia hipotecária, ajuizada por promissário comprador de imóvel em desfavor da instituição financeira titular da garantia real sobre os bens. Julgado integralmente procedente o pedido com a determinação para o cancelamento do registro da hipoteca, sobreveio, então, o presente recurso de apelação do demandado, o qual merece mesmo acolhida.

Isso porque, sem desconhecer os precedentes jurisdicionais contrários e até mesmo a Súmula do Superior Tribunal de Justiça nesse sentido, não é possível admitir, na esteira do que venho ponderando desde o julgamento da Apelação Cível nº 238.763.4/7-00 da Comarca desta Capital, o levantamento de hipoteca constituída anteriormente à aquisição do imóvel residencial pelo autor da presente demanda condenatória.

A alegada nulidade da hipoteca deduzida na inicial, com efeito, não se corporifica. A instituição financeira demandada, ora apelante, ao conceder o financiamento bancário, tem por óbvio, direito à hipoteca do empreendimento. Não me parece relevante, ainda que respeitoso, o argumento de que, destinando-se o empréstimo à construção de edifício residência, devesse acautelar-se na concessão do financiamento.

Primeiro, porque essa concessão é critério comercial do banco, cuja análise somente a ele próprio incumbe. Segundo, porque a existência de garantia hipotecária é fator de diminuição de risco. Terceiro, e o que é fundamental, é que na grande maioria dos casos, são os próprios adquirentes das futuras unidades autônomas que irão, a partir da entrega, quitar parte do preço junto ao credor hipotecário através de financiamento específico. O pagamento integral do preço à incorporadora ou construtora é, na grande maioria dos casos, exceção. E indica melhor poder aquisitivo, o que revela maior aptidão para o negócio jurídico.

Ora bem. A restrição hipotecária, ademais de incidente sobre todo o empreendimento (fls. 19 - R4) é anterior, pelo menos em mais de ano ao compromisso particular de compra e venda celebrado com o demandante (fls. 10/13). Não se trata de financiamento obtido pela construtora no curso do empreendimento. Ao contrário, era precedente, e porque registrada a garantia

Acesso ao Sumário

na matrícula do bem, de conhecimento do adquirente.

Logo, o direito do credor hipotecário, ora apelante, não pode simplesmente ser ignorado. Isso é negar validade à manifestação de vontade, ao contrato, ao direito registrário e à garantia instituída.

De toda sorte, não se está a afirmar que o autor seja responsável pelo pagamento do valor total da hipoteca, na parcela relativa à unidade que adquiriu. Essa dívida, pago integralmente o preço, é da incorporadora ou **construtora, que deve ser compelida ao cumprimento da obrigação de fazer** em ação própria, uma vez que já emitida a declaração de quitação do saldo devedor relativo ao preço avençado (fls. 14).

O que não se pode, a meu sentir, com base no Código de Defesa do Consumidor é ignorar a garantia hipotecária, prévia e regularmente registrada, ao sabor da interpretação subjetiva.

Tenho sempre afirmado que é preciso que se prestigie essa autonomia da manifestação de vontade das partes no contrato, pena de, com base no Código de Defesa do Consumidor ou de princípios gerais, criar-se um verdadeiro direito não escrito e não pactuado, ao sabor das interpretações subjetivas das partes e do próprio Poder Judiciário. O que não se deve permitir, o que é bem diferente, é apenas, a presença de cláusulas dúbias, omissas ou abusivas. Não se pode criar obrigação contratualmente inexistente.

> Ainda que moral ou eticamente sejam defensáveis alguns posicionamentos, com eles o direito não se compadece. Na medida em que se despreza a autonomia da manifestação de vontade, cria-se a insegurança jurídica. E nada, no estado de direito, é mais grave.
>
> Seria diverso o caso em que, inexistindo financiamento com garantia hipotecária, outorgasse o contrato poderes à construtora para que o fizesse. Aí seria patente a violação ao direito.
>
> Aliás, a admissão desse raciocínio - que despreza direito hipotecário legítimo - traduz verdadeiro entrave ao financiamento imobiliário. Na maioria das vezes, nessas circunstâncias, parte do financiamento relativo à futura unidade autônoma será quitada pelos adquirentes.
>
> Assim, e mais uma vez, com todo respeito ao judicioso posicionamento contrário, não vejo como se possa ignorar o direito do credor hipotecário de forma a subtrair-lhe a garantia. Não me convenço, assim, da ocorrência de qualquer nulidade na instituição do direito real.
>
> Por fim, é de se salientar, ainda, que, uma vez *incidente a garantia sobre a totalidade do empreendimento* - e não apenas sobre a unidade do autor -, absolutamente descabida a ordem para seu cancelamento parcial apenas em relação a um dos apartamentos.
>
> Daí que, uma vez prevalente a garantia hipotecária, era mesmo caso de se dar provimento ao recurso para, afastada a sentença, julgar-se improcedente o pedido. Com o resultado, condena-se o autor ao

Acesso ao Sumário

pagamento das custas, além de honorários de advogado que se fixa em dois mil reais, observado o critério do § 4º do artigo 20 do Código de Processo Civil.

3. Nestes termos, por maioria de votos, dá-se provimento ao recurso.

DECLARAÇÃO DE VOTO DIVERGENTE

(Voto nº 23.039)

Ementa: COMPROMISSO DE VENDA E COMPRA. Preço integralmente pago pelos promissários compradores. Cancelamento da hipoteca. Aplicação da Súmula 308 do STJ. Credor hipotecário que possui o dever de cuidado de acompanhar o pagamento do preço de cada unidade autônoma, assegurando a satisfação do seu crédito hipotecário. Impossibilidade de opor a hipoteca em face de terceiro adquirente. Sentença mantida. Recurso desprovido.

1. Em que pese o respeito que devoto ao Eminente Desembargador Relator Vito Guglielme, ouso apartar-me de seu entendimento.

O meu voto nega provimento ao recurso, para o fim de manter a r. sentença de fls. 70/73 que julgou procedente a ação, determinando o cancelamento da hipoteca, nos exatos termos da Súmula 308 do STJ.

2. A matéria em exame é sedimentada e sumulada, não despertando mais qualquer dúvida: tem o promissário comprador que pagou inteiramente o preço à construtora o direito de receber a sua unidade autônoma livre e desembaraçada, cancelando-se a hipoteca em favor de instituição financeira.

O que se percebe é que a construtora embolsou o valor do financiamento e, simultaneamente, recebeu inteiramente o preço do imóvel do promitente comprador, mas não repassou as parcelas ao credor hipotecário. É inadimplente, pois, a construtora tanto na obrigação de outorgar a escritura desonerada, como na obrigação de pagar a quantia que tomou emprestada do agente financeiro.

Em relação à hipoteca instituída em favor do agente financeiro, é certo que, em princípio, a garantia real adere ao bem e o acompanha independente de seu titular. Essa oponibilidade autorizaria o credor munido de garantia real a perseguir a coisa em poder de quem se encontre.

Contudo, não se deve ignorar o teor da Súmula nº 308 do STJ, que cria importante exceção à sequela do credor hipotecário frente ao compromissário

Acesso ao Sumário

comprador do imóvel dado em garantia, quando houver, por parte do credor, afronta aos deveres de cuidado e diligência na constituição da garantia real.

Tem a súmula o seguinte teor: *"A hipoteca firmada entre a construtora e o agente financeiro, anterior ou posterior à celebração da promessa de compra e venda, não tem eficácia perante os adquirentes do imóvel".*

A súmula cristaliza a crescente valorização da posse e a incidência do princípio da boa-fé objetiva nas relações negociais.

Sobre o tema, vale a pena transcrever trecho do Acórdão líder que deu origem à Súmula 308, da lavra do Ilustre Ministro Ruy Rosado de Aguiar:

"A hipoteca que o financiador da construtora instituir sobre o imóvel garante a dívida dela enquanto o bem permanecer na propriedade da devedora; havendo transferência, por escritura pública de compra e venda ou de promessa de compra e venda, o crédito da sociedade de crédito imobiliário passa a incidir sobre os direitos decorrentes dos contratos de alienação das unidades habitacionais integrantes do projeto financiado (art. 22 da Lei nº 4.864/65), sendo ineficaz em relação ao terceiro adquirente a garantia hipotecária instituída pela construtora em favor do agente imobiliário que financiou o projeto.

Assim foi estruturado o sistema e assim deve ser aplicado, especialmente para respeitar os interesses do terceiro adquirente de boa fé, que cumpriu com todos os seus compromissos e não pode perder o bem que lisamente comprou e pagou em favor da instituição que, tendo financiado o projeto de construção, foi negligente na defesa do seu crédito perante a sua devedora, deixando de usar dos instrumentos próprios e adequados previstos na legislação específica desse negócio.

(...) O mecanismo de defesa do financiador será o recebimento do que for devido pelo adquirente final, mas não a excussão da hipoteca, que não está permitida pelo sistema." **(REsp nº 187.940 - SP, Min. Rel. Ruy Rosado, dj. 18 de fevereiro de 1999).**

Nessa perspectiva, não parece razoável que, dos três personagens que participaram do negócio (dois com intuito de lucro e correndo riscos e um com o propósito de adquirir a casa própria), os dois primeiros negligentes e inadimplentes - o primeiro por escolher mal o seu financiado e por deixar de adotar as medidas permitidas na lei para receber seu crédito sem causar prejuízos a terceiros, o segundo por não pagar o financiamento recebido -, somente corra o risco e perca o imóvel o terceiro personagem, que adquiriu e pagou da forma devida. **(REsp nº 187.940 SP, - Min. Rel. Ruy Rosado, dj. 18 de fevereiro de 1999).**

3. No caso concreto, cabia ao agente financeiro o dever de cuidado de acompanhar o pagamento do preço de cada unidade autônoma, assegurando a

Acesso ao Sumário

satisfação do seu crédito hipotecário. Não o fazendo, permitiu que a construtora embolsasse o preço recebido pelas unidades, inadimplindo o empréstimo contraído.

Anoto que a existência de incorporação imobiliária registrada junto ao Oficial do Registro de Imóveis, publicidade em órgãos de imprensa, campanha de vendas, etc., não permite ao agente financeiro alegar desconhecimento do que ocorria.

Resta-lhe, neste momento, apenas pleitear o crédito frente à devedora, como já o faz no processo de execução nº 0024674-68.1996.8.26.0071, inexistindo possibilidade de opor a garantia hipotecária em face do promitente comprador que, inclusive, já quitou sua unidade.

Nas palavras de **Fernando Noronha**, *"credor e agente financeiro sabem que são as prestações que forem sendo pagas pelos adquirentes que assegurarão o reembolso do financiamento concedido. Portanto, se a empresa interrompe os pagamentos devidos, o agente financeiro deveria reconhecer a eficácia, em relação a si, dos pagamentos anteriores feitos pelos adquirentes e, para garantir direitos futuros, deveria notificar estes para que passassem a depositar as prestações subsequentes (...)"* **(Fernando Noronha, O Direito dos Contratos e seus Princípios Fundamentais, 1994, p. 182/183).**

Está claro que a instituição financeira tinha pleno conhecimento de que o registro da incorporação imobiliária visava a comercialização de apartamentos na planta ao público em geral. O que se espera de contratante diligente é a notificação dos adquirentes, para que paguem diretamente as parcelas do preço ao credor hipotecário, ou ao menos que exija da construtora o repasse de tais valores.

Correta, portanto, a sentença recorrida ao ter acolhido o pedido do autor, para o fim de determinar o cancelamento do registro imobiliário da hipoteca sobre a unidade autônoma do autor, já quitada.

Desse modo, o meu voto é no sentido de negar provimento ao recurso, mantendo a sensata sentença recorrida.

FRANCISCO LOUREIRO, Terceiro Juiz

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0001434-83.2012.8.26.0493, da Comarca de Regente Feijó, em que é apelante NAIR DE CARVALHO BETINE (JUSTIÇA GRATUITA), é apelado COMBEL DE PIRAPORINHA MATERIAIS PARA CONSTRUÇÃO.

ACORDAM, em 31ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 26.137)**

O julgamento teve a participação dos Exmo. Desembargadores FRANCISCO CASCONI (Presidente sem voto), ANTONIO RIGOLIN e ADILSON DE ARAUJO.

São Paulo, 24 de junho de 2014.

PAULO AYROSA, Relator

Ementa: CONSUMIDOR - VÍCIO DO PRODUTO - PISOS CERÂMICOS - INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS E MORAIS - PRAZO PRESCRICIONAL - ART. 27 DO CDC - APLICAÇÃO - RECURSO PROVIDO, COM DETERMINAÇÃO. Apesar da ocorrência da decadência, nos termos do art. 26 do CDC, para que a consumidora se valesse das hipóteses a que alude o art. 18, § 1º, do CDC, nada obsta a que possa ela pleitear indenização pelo fato do produto, cujo prazo prescricional é de cinco anos, nos termos do art. 27 da mesma lei especial.

VOTO

NAIR DE CARVALHO BETINE propôs ação de indenização por danos morais e materiais em face de **COMBEL DE PIRAPORINHA MATERIAIS PARA CONSTRUÇÃO**.

A r. sentença de fls. 125/129, cujo relatório se adota, julgou improcedente a ação, com base no art. 269, IV, do CPC, em razão da decadência, e condenou a autora ao pagamento das custas e despesas processuais, bem como honorários advocatícios fixados em R$ 400,00, observando-se o disposto na Lei 1.060/50.

Inconformada, apela a autora almejando a reforma da decisão, alegando, em síntese, que o pedido objetiva a recomposição de danos materiais e morais como resultado de vício no produto adquirido da ré; o prazo decadencial na espécie é de cinco anos, nos termos do art. 27 do CDC e não aquele indicado na r. sentença; os gastos que teve para ver seu imóvel valorizado foram totalmente desperdiçados, devendo assim ser aceito seu pedido de danos morais e materiais; a ré deve ser condenada ao pagamento do valor de R$ 3.944,00, decorrente dos prejuízos sofridos pela requerente, bem como aos ônus da sucumbência e honorários advocatícios; alternativamente busca a anulação do feito, com o retorno dos autos à origem para regular instrução (fls. 131/141).

Acesso ao Sumário

Sem contrarrazões, vieram os autos a esta C. Corte.

É O RELATÓRIO.

Conheço do recurso e lhe dou provimento.

Com efeito, a questão posta nestes autos repousa em vício do produto (piso cerâmico), sendo certo que o pleito da autora tem dúplice propósito, a reparação por dano material e por dano moral.

Em regra o prazo prescricional incerto no art. 27 do CDC tem como fundamento a responsabilidade pelo fato do produto, nos termos do art. 12, do CDC.

Neste contexto leciona Zelmo Denari:

Entende-se por defeito ou vício de qualidade a qualificação de desvalor atribuída a um produto ou serviço por não corresponder à legítima expectativa do consumidor, quanto à sua utilização ou fruição (falta de adequação), bem como por adicionar riscos à integridade física (periculosidade) ou patrimonial (insegurança) do consumidor ou de terceiros.

Partindo-se desse conceito, um produto ou serviço é defeituoso quando não corresponde à legítima expectativa do consumidor a respeito de sua utilização ou fruição, vale dizer, quando a desconformidade do produto ou serviço compromete a sua prestabilidade ou servilidade. Nesta hipótese, podemos aludir a um vício ou defeito de adequação do produto ou serviço.

Por outro lado, um produto ou serviço é defeituoso, da mesma sorte, quando sua utilização ou fruição é capaz de adicionar riscos à segurança do consumidor ou de terceiros. Nesta hipótese, podemos aludir a um vício ou defeito de segurança do produto ou serviço.

...Ontologicamente, não há diferença entre os conceitos de defeito e vício de qualidade, pois ambos significam a qualificação de desvalor atribuída a um bem ou serviço. De resto, a julgar por diversos julgados do STJ, o pretendido descrime não tem sido acolhido em nossos tribunais. (Código Brasileiro de Defesa do Consumidor Comentado pelos Autores do Anteprojeto, 9ª. ed., Forense Universitária, pág. 183/184).

Por certo, fosse a pretensão da recorrente a aplicação do disposto no art. 18, § 1º, incisos I a III, do CDC, teria ocorrido a decadência, nos termos do art. 26 do CDC. Todavia a sua pretensão indenizatória não se limita a este aspecto (o valor dos produtos - pisos e argamassa), mas sim abrange as perdas e danos, em especial o valor da mão de obra empregada e os danos imateriais derivados do produto viciado em seu ânimo, circunstância esta que tipifica fato do produto. Além do mais, o art. 18, § 1º, II, do CDC, é taxativo quanto à possibilidade do consumidor pleitear as perdas e danos derivados do produto viciado, o que, à evidência, se rege pela prescrição, nos termos do art. 27 do CDC, ou seja, no prazo de cinco anos.

Acesso ao Sumário

O tema já foi enfrentado pelo Colendo Superior Tribunal de Justiça, que entendeu que o art. 27 do CPC é aplicável nas hipóteses de danos decorrentes de vícios ou defeitos na qualidade de produtos, como indica ser a hipótese dos autos.

Assim, afastada a decadência, deve o processo retornar à origem para regular instrução, evitando-se, assim, eventual nulidade por cerceamento de defesa.

Posto isto, dou provimento ao recurso.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0000211-29.2011.8.26.0397, da Comarca de Nuporanga, em que são apelantes/apelados MARIA CRISTINA BORELA (JUSTIÇA GRATUITA) e LUIS CARLOS DE OLIVEIRA GOMES (JUSTIÇA GRATUITA), é apelado/apelante JAIR DE ALMEIDA.

ACORDAM, em 26ª 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 28.962)**

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

São Paulo, 25 de junho de 2014.

VIANNA COTRIM, Relator

Ementa: Direito de vizinhança - Ação de indenização - Área invadida por animais de propriedade vizinha - Dever de vigilância que impõe ao dono dos cães a obrigação de indenizar os danos causados - Incômodos e percalços causados com a invasão e morte de animais que caracteriza dano moral e enseja indenização - Valores bem fixados - Recursos improvidos.

Acesso ao Sumário

VOTO

Trata-se de ação de indenização por danos morais e materiais, decorrente de direito de vizinhança, julgada procedente pela r. sentença de fls. 93/98, que condenou os réus a pagarem ao autor indenização de R$ 500,00 (quinhentos reais) pelos danos morais sofridos e R$ 1250,00 (hum mil duzentos e cinquenta

reais) pelos danos materiais.

Inconformadas, apelaram as partes.

Os réus a fls. 100/112, inicialmente, reiterando a ausência de prova da morte de animais na propriedade do autor; sustentou não estar caracterizada a responsabilidade civil do apelante, entendendo que não restou comprovado que tenha sido um animal de sua propriedade que invadiu as terras do apelado e, principalmente, que matou algum de seus animais; por fim, impugnou o valor da condenação por danos materiais e alegou inexistência de danos morais.

A fls. 113/121, recorreu o autor pedindo o aumento das indenizações por danos materiais e morais, bem como a condenação dos apelados (réus) ao pagamento das custas e honorários advocatícios.

Contrarrazões a fls. 126/130.

É o relatório.

Inicialmente, ao contrário do sustentado no apelo, observa-se que as propriedades são vizinhas e ficou comprovado que os animais (cachorros) dos apelantes Maria Cristina e Luís Carlos invadiram a chácara do apelado, culminando com a morte de parte dos seus animais (galinhas, pintinhos, leitões).

Salientou o i. juiz sentenciante que:

> A propósito, o boletim policial de ocorrência juntado a fls. 16/17, somado ao "ABAIXO ASSINADO" juntado com a inicial, relatam uma série de inconvenientes (danos e importunações) cometidos por cães e atribuem a propriedade desses animais aos requeridos. Esse segundo documento merece credibilidade especial porque não desafiou impugnação concreta e séria e, também, porque foi subscrito por diversos proprietários e/ou moradores de imóveis situados na mesma localidade (o que mui dificilmente ocorreria se não retratasse a realidade).
>
> Quanto à prova oral, convém destacar a sinceridade, veemência e coerência com que o autor confirmou os fatos (o que é próprio da verdade), e, por outro lado, a insensatez e o titubeio com que os requeridos depuseram (o que é comum à mendacidade). Essas peculiaridades dos depoimentos dos requeridos sobressaíram-se no momento em que este Magistrado inspecionou a propriedade deles, quando nos deparamos com aproximadamente 20 cães soltos e de todos os portes (pequeno, médio e grande). Notamos também, conforme constamos do termo, que os cachorros atendiam aos comandos dos requeridos e se lhes mostraram agradáveis, o que normalmente ocorre entre o animal e seu dono ou detentor. Destacamos também nos depoimentos dos requeridos a sua imprecisão quanto à quantidade de cachorros, o que entende com o perfil de má administração, ensejadora, por vezes, de prejuízos de toda sorte.

Conclui-se, assim, que os réus apelantes não tomaram os cuidados necessários para que os animais não adentrassem na propriedade vizinha, razão

Acesso ao Sumário

pela qual sua responsabilidade não pode ser afastada.

A r. sentença, acertadamente arbitrou a condenação por danos materiais, sendo bem fundamentados os valores ali indicados, pelas seguintes razões:

> ...conforme experiência deste Magistrado e por falta de impugnação específica quanto aos valores atribuídos aos animais pelo autor em seu depoimento pessoal, os requeridos deverão pagar a este os seguintes valores: R$900,00 pelas 60 galinhas (o preço médio de cada uma é de R$15,00); R$150,00 por 50 pintinhos (o preço médio de cada um é de R$3,00, porque já tinham cerca de 60 dias); e R$200,00 por 3 leitões, totalizando a quantia de R$1.250,00 (mil duzentos e cinquenta reais).

Em relação aos danos morais, tem decidido a jurisprudência em hipóteses assemelhadas que:

> A inutilização de plantação, para o agricultor que dela vive, tem contornos que extrapolam a simples questão de perda de patrimônio, atingindo a esfera psíquica do ofendido, com a força que se mostra suficiente para repercutir na seara da responsabilidade civil.
>
> O percalço não se qualifica como aquele que de ordinário ocorre, mas sim aquele que bate fundo no íntimo daquele que sofreu o revés, prostrando-o pela impotência de não poder evitar o dano.
>
> Em alento maior, conclui-se que tudo seria evitado se o apelante tivesse cuidado melhor dos animais que a ele pertenciam.
>
> Inafastável, pois, a imposição de indenização por danos morais, não sendo excessivo o quantum fixado, que deve prevalecer. (Apelação nº 0002667-58.2011.8.26.0297 - Relator Dimas Rubens Fonseca 27ª Câmara de Direito Privado)

O montante da respectiva indenização foi arbitrado pela douta sentença em R$ 500,00 (quinhentos reais), por conta da: *"situação econômica dos requeridos (comerciante e aposentado, cf. fls. 58/59); idêntica situação do autor (qualificou-se como motorista); natureza do elemento subjetivo (culpa); e extensão do dano (considerado médio). Há que se considerar, também, o fato de que o próprio autor confirmou que já tivera outros ataques em sua propriedade e, mesmo assim, não providenciou o fechamento adequado da frente de seu imóvel, o que contribuiu para o acesso dos cães dos requeridos."*

E como se tem dito habitualmente, a indenização por danos morais fica ao prudente arbítrio do juiz, sem que, no entanto, traduza-se em montante incipiente para reparar o dano produzido e também sem que caracterize enriquecimento indevido da parte ofendida.

Sobre o tema já se pronunciou o Colendo Superior Tribunal de Justiça:

> DIREITO CIVIL. DANO MORAL. INDENIZAÇÃO. VALOR. FIXAÇÃO. ENUNCIADO NUM. 7 DA SÚMULA/STJ. AGRAVO DESPROVIDO.

Acesso ao Sumário

> É de repudiar-se a pretensão dos que postulam exorbitâncias inadmissíveis com arrimo no dano moral, que não tem por escopo favorecer o enriquecimento indevido (Relator Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira. Agravo regimental no agravo de instrumento 108923; DJ:29/10/1996 pg:41666).
>
> I - A indenização por dano moral deve ser fixada em termos razoáveis, não se justificando que a reparação venha a constituir-se em enriquecimento indevido, devendo o arbitramento operar-se com moderação, proporcionalmente ao grau de culpa, ao porte empresarial das partes, às suas atividades comerciais e, ainda, ao valor do negócio. Há de orientar-se o juiz pelos critérios sugeridos pela doutrina e jurisprudência, com razoabilidade, valendo-se de sua experiência e do bom senso, atento à realidade da vida, notadamente à situação econômica atual e às peculiaridades de cada caso.
>
> II - Protestados os títulos no valor de R$ 666,02, tem-se por excessivo o quantum arbitrado, em cem vezes esse valor, sendo razoável a sua redução ao montante de vinte (20) vezes, como fixado em primeiro grau (REsp. 205268/SP, rel. Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira, j. 08/06/99, DJ 28/06/99, p. 122).
>
> Não pode ser considerado excessivo, considerando as circunstâncias da causa, a condenação no pagamento de valor equivalente a vinte vezes o valor do título, o que afasta a intervenção da Corte, diante da razoabilidade da condenação (REsp. 234481/SP, rel. Ministro Carlos Alberto Menezes Direito, j. 08/06/2000, DJ 07/08/2000, p. 106).

No IX Encontro dos Tribunais de Alçada do Brasil, realizado em 1997, concluiu-se por unanimidade:

> Na fixação do dano moral, deverá o juiz, atendendo-se ao nexo de causalidade inscrito no art. 1060 do Código Civil, levar em conta critérios de proporcionalidade e razoabilidade na apuração do quantum, atendidas as condições do ofensor, do ofendido e do bem jurídico lesado.

Vai daí que, não se distanciando também do caráter punitivo dessa indenização, mas aferidas as circunstâncias pessoais do fato, do autor e dos réus, tem-se como razoável o valor fixado na sentença, como apto a reparar o demandante pelos danos morais sofridos.

E outros fundamentos são dispensáveis diante da adoção integral dos que foram deduzidos na r. sentença, e aqui expressamente adotados para evitar inútil e desnecessária repetição, nos termos artigo 252 do Regimento Interno deste Egrégio Tribunal de Justiça.

Pelo exposto, por esses fundamentos, nego provimento aos recursos.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0106907-55.2007.8.26.0001, da Comarca de São Paulo, em que é apelante E.S.F.P.S.C.L.M.E, são apelados L.P.S. e M.S.S..

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 13.589)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores WALTER CESAR EXNER (Presidente), EDGARD ROSA e VANDERCI ÁLVARES.

São Paulo, 26 de junho de 2014.

WALTER CESAR EXNER, Relator

Ementa: Prestação de serviços educacionais. Inadimplemento. Cobrança de mensalidades movida em face do pai. Ilegitimidade passiva. Contrato firmado unicamente com a mãe. Dever de educação que não substitui necessidade de vínculo contratual com a instituição de ensino. Honorários advocatícios. Manutenção do valor fixado. Critério legal obedecido. Recurso improvido.

VOTO

Vistos.

Trata-se de ação de cobrança movida pela apelante em face dos apelados que a r. sentença de fls. 179/182, de relatório adotado, julgou extinto sem julgamento do mérito em relação ao corréu M.S.S., nos termos do artigo 267, VI, do CPC, e parcialmente procedente para condenar a corré L.P.S..

Apela a autora alegando, em suma, que ambos os pais, em qualquer circunstância, são responsáveis por lei pelo sustento, guarda e educação de seus filhos, devendo o corréu integrar o polo passivo da demanda. Requer, ainda, a redução dos honorários advocatícios devidos ao apelado fixados em R$ 1.000,00.

A apelação foi recebida no duplo efeito e a corré L., em contrarrazões, bateu-se pelo desprovimento do recurso e condenação do corréu nas penas de litigância de má-fé. O recurso adesivo interposto pela mesma foi julgado deserto a fls. 216.

É o relatório.

O recurso não comporta provimento.

Acesso ao Sumário

Cuida-se de ação de cobrança em que visa a apelante ao recebimento da mensalidade vencidas nos meses de fevereiro, junho, julho, agosto, setembro, outubro, novembro e dezembro de 2004 referentes às filhas dos apelados M.M.P.S. e S.M.P.S..

Inicialmente, cumpre ressaltar que, conquanto a apelante tenha trazido aos autos os contratos de prestação de serviços educacionais e os requerimentos de matrícula referentes ao ano letivo de 2004 apenas a fls. 151/162, certo é com a inicial foram coligidos documentos que apontavam a existência de relação jurídica entre as partes, tais como o diário de classe comprovando a frequência das alunas (fls. 15/28) e a declaração de aprovação da aluna M. na 1ª série do ensino fundamental cursado em 2004. Além disso, restou incontroverso o inadimplemento das parcelas pleiteadas, de forma que a alegação da apelada L. de que os contratos deveriam ter sido trazidos com a inicial não merece prosperar.

Com efeito, é bem verdade que ambos os pais têm dever de educar seus filhos menores, nos moldes dos artigos 229 da Constituição Federal; 1.566, IV, e 1.634 do Código Civil; 4 e 55 do Estatuto da Criança e do Adolescente, como alegado pela apelante.

No entanto, disso não decorre obrigação solidária de ambos os pais pelo cumprimento de contrato firmado por somente um deles com a instituição de ensino, especialmente se levada em conta a liberdade de escolha que têm os genitores para, com igualdade assegurada por lei, desincumbirem-se de tal dever, e tendo em vista a inexistência de informações seguras acerca da situação jurídica dos pais das crianças na época da contratação, haja vista que a guarda compartilhada só foi homologada em 05.12.2007, conforme consta na ata da audiência acostada a fls. 145/146.

Assim já decidiu este Egrégio Tribunal, como se vê:

"Agravo de instrumento. Execução de título extrajudicial. Mensalidade escolar. Pedido de intimação do genitor para que responda com seu patrimônio pelo débito de sua filha. Inadmissibilidade. Correção da medida. Contrato celebrado apenas pela mãe da aluna. Dever de educação dos pais, que não substitui a necessidade do vínculo contratual. Decisão mantida. Agravo improvido." (Agravo de instrumento nº 2012253-98.2014.8.26.0000, Rel. Des. Ruy Coppola, 32ª Câmara de Direito Privado, j. 13.02.2014).

"Agravo regimental. Decisão que negou seguimento a agravo de instrumento. Manifesta improcedência. Recurso improvido. O contrato de prestação de serviços educacionais vincula apenas os contratantes. Impossibilidade de inclusão no polo passivo da execução de genitor que não assinou o contrato. O dever de educação não substitui a necessidade de vínculo contratual com a instituição de ensino." (Ag. Reg. 263439-84.2012.8.26.0000,

Acesso ao Sumário

35ª Câmara de Direito Privado, Rel. Clóvis Castelo, j. 28/01/2013).

E, compulsando-se os autos, verifica- se que o pai das alunas, M.S.S., não assinou os contratos celebrados a fls. 154/155 e 161/162, nos quais consta apenas a assinatura da mãe L., não podendo a apelante ampliar o polo passivo da demanda. Frise-se, ainda, que a mera indicação do nome do pai como responsável pelas alunas a fls. 155 não indica que este anuiu com a contratação.

Ademais, note-se que os apelados já estavam em fase de separação quando do ato da matrícula das crianças, o que deveria ser de conhecimento da apelante, pois constou expressamente na ficha das alunas que elas ficavam com a mãe na casa dos avós maternos, e somente aos domingos ficavam com o pai (fls. 153 e 160).

Destarte, tendo isso em vista, e dada a natureza contratual da avença, a instituição de ensino deve cobrar as mensalidades da mãe que se obrigou no contrato firmado, e não do pai das alunas, parte passiva ilegítima, razão pela qual é de rigor a manutenção da r. sentença nesse ponto.

No mais, os honorários advocatícios foram arbitrados com razoabilidade, atendendo as peculiaridades do caso em tela, destacando-se que apesar da baixa complexidade da causa, de rigor sua manutenção do valor fixado, que atende os parâmetros do art. 20, § 4º, do CPC, quantia que remunera condignamente o justo trabalho desenvolvido pelos patronos do apelado, ficando assim mantida a r. sentença.

Por derradeiro, não merece acolhimento a alegação de litigância de má-fé ventilada pela apelada L., uma vez que não restou caracterizado - até o presente momento - dolo processual imputável à parte, em qualquer das hipóteses elencadas no artigo 17 do Código de Processo Civil.

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

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 4010549-96.2013.8.26.0405, da Comarca de Osasco, em que é apelante BANCO DO BRASIL S/A, é apelado CLÍNICA DE FRATURAS SOUZA & SANTOS LTDA..

ACORDAM, em 23ª 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 30965)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores JOSÉ

Acesso ao Sumário

MARCOS MARRONE (Presidente) e SEBASTIÃO FLÁVIO.

São Paulo, 25 de junho de 2014.

J. B. FRANCO DE GODOI, Relator

Ementa: RESPONSABILIDADE CIVIL - Dano moral - Descontos indevidos na conta da autora - Entretanto, o mero aborrecimento decorrente da realização de descontos automáticos não gera o dano - Autora que demorou mais de dois anos para verificar o ocorrido - Banco que estornou o valor indevidamente descontado ao tomar conhecimento do fato - Inexistência de dano moral - Indenização por dano moral indevida - Recurso provido.

VOTO

1) Insurge-se o apelante contra sentença que julgou procedente a ação de ressarcimento de valores c.c. indenização por danos morais e materiais. Alega, em síntese, que: não há prova de que a autora sofreu qualquer abalo em sua honra; a autora demorou mais de dois anos para verificar o ocorrido.

Efetuou-se o preparo.

Recebido o recurso, foi respondido.

É o breve relatório.

2) Merece acolhimento o recurso.

Restou incontroverso nos autos que devido à ação de terceiros desconhecidos, a autora passou a sofrer descontos automáticos mensais em sua conta no valor de R$ 309,53 (trezentos e nove reais e cinquenta e três centavos).

O MM. Juiz "*a quo*" julgou procedente a ação para condenar o banco ao pagamento de indenização por danos materiais (referente à diferença dos valores já estornados e aqueles descontados e referente aos honorários advocatícios contratados), além de danos morais fixados em dez salários mínimos.

Insurge-se o banco-apelante tão somente contra sua condenação ao pagamento da indenização por danos morais.

Com razão ao banco-apelante.

Observa-se que a autora demorou mais de dois anos para verificar que os descontos vinham sendo efetuados em sua conta.

Ao notificar o banco-apelante, verifica-se que este respondeu e reconheceu o equívoco, além de efetuar o estorno da quase totalidade dos valores indevidamente descontados (fls. 80/81).

Acesso ao Sumário

Ademais, ao verificar os extratos juntados pela autora, verifica-se que os descontos automáticos não geraram em qualquer momento o débito negativo em sua conta e tampouco a ocorrência de outros prejuízos.

Ora, é certo que a jurisprudência pátria já consolidou entendimento no sentido de que o dano moral se caracteriza como "*in re ipsa*", ou seja, não exigindo comprovação.

Entretanto, o mero aborrecimento decorrente de descontos automáticos não gera o dano passível de indenização.

Sobre o conceito de dano moral à luz da Constituição Federal esclarece **SÉRGIO CAVALIERI FILHO:**

> *"(...) dano moral, em sentido amplo, envolve esses diversos graus de violação dos direitos da personalidade, abrange todas as ofensas à pessoa, considerada esta em suas dimensões individual e social, ainda que sua dignidade não seja arranhada."* (**PROGRAMA DE RESPONSABILIDADE CIVIL - Pág. 84 - ED. ATLAS - 2010 - SÃO PAULO**)

"*In casu*", se os descontos tivessem de fato gerado um dano à autora, esta não teria demorado mais de dois anos para tomar conhecimento dos descontos automáticos que vinham sendo realizados mensalmente em sua conta.

De rigor, portanto, o acolhimento do recurso tão somente para afastar a condenação do banco ao pagamento da indenização por danos morais.

Diante da sucumbência recíproca, cada parte arcará com 50% das custas e despesas processuais, bem como honorários advocatícios de seus respectivos patronos.

Ante o exposto, dá-se provimento ao recurso.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0022817-04.2013.8.26.0196, da Comarca de Franca, em que é apelante JOSÉ GALDINO PEREIRA (JUSTIÇA GRATUITA), é apelado CAIXA DE PREVIDÊNCIA DOS FUNCIONÁRIOS DO BANCO DO BRASIL - PREVI.

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 36.345)**

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

Acesso ao Sumário

DE OLIVEIRA JUNIOR.

São Paulo, 30 de junho de 2014.

SILVEIRA PAULILO, Relator

Ementa: EMBARGOS À EXECUÇÃO. Ação de execução de título extrajudicial. Ilegitimidade de parte. Separação consensual. Acordo judicial havido entre embargante e ex-cônjuge que não gera efeitos perante terceiros. Ilegitimidade afastada. Prescrição. Inocorrência. Prazo prescricional que começa a correr do término original do contrato. Cláusula resolutiva expressa não operada. Mantida a r. sentença. Recurso não provido.

VOTO

Cuida-se de apelação, respondida e bem processada, interposta contra a r. sentença, cujo relatório se adota, que julgou improcedentes os embargos à execução, opostos por **José Galdino Pereira** contra execução por título extrajudicial que lhe é movida por **Caixa de Previdência dos Funcionários do Banco do Brasil - Previ**, apoiada em contrato de mútuo datado de 13.08.1993, consignado em *Escritura Pública de Contato de Compra e Venda com Pacto Adjeto de Hipoteca*, no valor de R$ 615.191,82, atualizado em janeiro de 2013. Sustenta, em apertada síntese, ser parte ilegítima na execução uma vez que se separou judicialmente da coexecutada mutuária, com quem convencionou a responsabilidade pelo pagamento do mútuo hipotecário. Arguiu, ainda, a prescrição.

É o relatório.

Não há que se falar em ilegitimidade de parte.

De fato, houve a separação judicial dos executados; porém tal acordo não produz efeitos perante terceiros que dele não participaram. No caso em tela, teria sido necessário a concordância expressa do embargado para com os termos da avença excluir a responsabilidade do apelante.

Dispõe, com efeito, o artigo 299 do Código Civil: *"É facultado a terceiro assumir a obrigação do devedor, com o consentimento expresso do credor, ficando exonerado o devedor primitivo, salvo se aquele, ao tempo da assunção, era insolvente e o credor o ignorava. Parágrafo único: Qualquer das partes pode assinar prazo ao credor para que consinta na assunção da dívida, interpretando-se o seu silêncio como recusa."*

Não tendo havido a anuência do credor, o acordo firmado na separação

Acesso ao Sumário

judicial produz efeitos apenas entres o embargante e sua ex-esposa.

Afasta-se, portanto, a preliminar de ilegitimidade de parte.

Da mesma forma, não há que se falar em prescrição.

Embora exista no contrato cláusula que preveja a possibilidade de vencimento antecipado da dívida em caso de inadimplemento, certo é que tal cláusula estabelece apenas um direito, e não um dever, de modo que caberá à parte credora aplicá-la ou não. A credora, forçoso é reconhecer, não fez operar a cláusula resolutória expressa, o que exigiria manifestação escrita e inequívoca nesse sentido.

Ora, não o tendo exercido, e uma vez que os devedores não saldaram a dívida, tampouco devolveram o imóvel adquirido, forçoso concluir que a avença, firmada em agosto de 1993, com prazo para pagamento em 20 anos (240 parcelas), de fato permaneceu hígida entre as partes durante todo o período do inadimplemento.

Deste modo, o prazo prescricional começou a correr somente do término previsto originalmente no contrato, ou seja, agosto de 2013.

Sendo assim, deve ser mantida a r. sentença.

Pelo exposto, pelo meu voto, é negado provimento ao recurso.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0007386-22.2012.8.26.0597, da Comarca de Sertãozinho, em que são apelantes NIEGE MONTESCHI - ME (JUSTIÇA GRATUITA) e NIEGE MONTESCHI (JUSTIÇA GRATUITA), é apelado FUNDO DE INVESTIMENTO EM DIREITO CREDITÓRIOS NÃO PADRONIZADOS PCG BRASIL MULTICARTEIRA.

ACORDAM, em 22ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento ao recurso. V.U. Acórdão com o 3º desembargador.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 17857)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores MATHEUS FONTES, ROBERTO MAC CRACKEN (Presidente) e FERNANDES LOBO.

São Paulo, 7 de agosto de 2014.

ROBERTO MAC CRACKEN, Relator Designado

Ementa: EMBARGOS À EXECUÇÃO - CESSÃO

Acesso ao Sumário

DE CRÉDITO ORIUNDA DE CONTRATOS BANCÁRIOS - EXEQUENTE-CESSIONÁRIO NÃO INTEGRANTE DO SISTEMA FINANCEIRO NACIONAL - IMPOSSIBILIDADE DE COBRANÇA DE ENCARGOS BANCÁRIOS. É de registro que, mesmo em patamar infralegal, inexiste qualquer normatização que determine que os créditos cedidos por instituição financeira a cessionário não integrante do Sistema Financeiro Nacional devam manter a mesma natureza atribuída aos contratos bancários. Assim, no caso específico, mostra-se totalmente inadequado a cobrança de encargos contratuais cuja permissão é exclusiva das entidades pertencentes ao Sistema Financeiro Nacional. Recurso de apelação provido.

VOTO

A sentença julgou improcedentes os embargos do devedor à execução de cédula de crédito bancário, condenando as embargantes nas custas, despesas e verba honorária de R$ 2.000,00 (dois mil reais).

Apelaram as vencidas. Alegam que o julgamento antecipado implicou em cerceamento de defesa. Insurgem-se contra a cobrança de juros superiores a 12% ao ano e sua capitalização, além de comissão de permanência. Reclamam da condenação na sucumbência, sem ressalva da gratuidade.

Recurso tempestivo, respondido. Há anotação de justiça gratuita.

Do essencial é o relatório, ao qual, para todos os fins próprios, se acrescenta o da r. sentença recorrida.

Em breve síntese, trata-se de **embargos à execução** opostos nos autos da ação de execução de título extrajudicial (cédula de crédito bancário), figurando como embargante Niege Monteschi ME (executada, ora apelante) e como embargado Fundo de Investimento em Direitos Creditórios não Padronizados PCG Brasil Multicarteira (exequente, ora apelado).

O julgamento antecipado ajusta-se ao disposto no art. 740, *caput*, do Código de Processo Civil, não tendo implicado em cerceamento de defesa.

No mérito, com todas as vênias, é patente que o cessionário (Fundo de Investimento PCG Brasil Multicarteira), **entidade não integrante do Sistema Financeiro Nacional**, não pode cobrar os encargos, os juros e a correção monetária próprios de Instituição Financeira, como, *in casu*, o Banco cedente (Banco Santander S.A.).

Desta forma, em nenhum momento, com a cessão operada, foram

Acesso ao Sumário

transmitidas as prerrogativas que têm as Instituições integrantes do Sistema Financeiro Nacional, nos termos do verbete as Súmula 596 do Excelso Supremo Tribunal Federal, a saber: ***"As disposições do Decreto 22.626/33 não se aplicam às taxas de juros e aos outros encargos cobrados nas operações realizadas por instituições públicas ou privadas, que integrem o sistema financeiro nacional".***

Na verdade, dada a natureza jurídica do cessionário, no caso, este não pode receber os contratos como se fosse ente participante do Sistema Financeiro Nacional. Assim, não pode receber os créditos em questão como integrante do Sistema Financeiro Nacional, já que tais contratações são exclusivas de entes pertencentes a tal Sistema.

Na realidade, na espécie, tem-se um crédito, enquanto pertencente ao cedente, com características próprias, pela sua natureza jurídica, rigorosamente ligado à pessoa do credor, ou seja, ente pertencente ao Sistema Financeiro Nacional. Assim, a natureza da obrigação não permite a sua cessão integral, no tocante aos acessórios contratuais avençados, como capitalização e juros compensatórios. Desta forma, só poderão incidir juros na forma estabelecida no Decreto nº 22.626/33.

Na espécie, a pessoa jurídica que veio a atuar no presente feito, em face da cessão operada, como substituto processual, conforme pode ser constatado, figura como cessionária de créditos em relação às contratações originárias, podendo receber o crédito, entretanto sem todas as características que pretende.

A Lei nº 4.595, de 31 de dezembro de 1964, que dispõe sobre a política e as instituições financeiras, bancárias e creditícias, cria o Conselho Monetário Nacional e dá outras providências, oferece a constituição do Sistema Financeiro Nacional ao qual o apelado não pertence. O artigo 4º da referida Lei nº 4.595/64, com precisão, estabelece a competência do Conselho Monetário Nacional, não sendo o apelado alcançado, pela sua natureza jurídica, por qualquer uma de suas diretrizes, ou seja, o referido artigo 4º não se aplica ao apelado. Portanto, este não pode receber, com as mesmas características, créditos originários de empresa integrante do Sistema Financeiro Nacional.

O Ilustre Professor Sidnei Turczyn, *in* "O Sistema Financeiro Nacional e a Regulação Bancária", Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 2005, página 129/131, ao ensinar a respeito da abrangência do Sistema Financeiro Nacional, bem deixa registrado que:

> **"Quanto ao âmbito de abrangência da nova lei, o art. 17 da Lei 4.595/1964 definiu como instituição financeira (e, portanto, sujeita aos efeitos dessa legislação específica) 'as pessoas jurídicas ou privadas que tenham como atividade principal ou acessória a coleta, intermediação ou aplicação de recursos financeiros próprios ou de**

Acesso ao Sumário

terceiros, em moeda nacional ou estrangeira, e a custódia de valor de propriedade de terceiros'.

Estabeleceu, mais, que as instituições financeiras nacionais somente poderiam funcionar no País mediante prévia autorização do Banco Central ou mediante decreto do Poder Executivo, quando estrangeiras.

Sem caracterizá-las como instituições financeiras, a Lei 4.595/1964 submeteu ao seu regime, no que coubesse, as bolsas de valores, as companhias de seguros e de capitalização, as sociedades que efetuam distribuição de prêmios em imóveis, mercadorias ou dinheiro (mediante sorteio de títulos de sua emissão ou por outra forma) e as pessoas físicas ou jurídicas que exerçam, por conta própria ou de terceiros, atividade relacionada com a compra e venda de ações e outros quaisquer títulos, realizando nos mercados financeiros e de capitais operações ou serviços de natureza dos executados pelas instituições financeiras.

Com a implantação do Sistema Financeiro Nacional pela Lei 4.595/1964, estabeleceu-se um sistema financeiro público-institucional, integrado pelo Conselho Monetário Nacional, Banco Central, Banco do Brasil, Banco Nacional do Desenvolvimento Econômico e Social e 'demais instituições financeiras públicas', e um 'sistema financeiro privado', composto pelas instituições financeiras públicas não federais e 'demais instituições financeiras públicas e privadas'.

No aspecto fiscalizatório, a Lei 4.595/1964 estabeleceu mecanismos rígidos de controle a cargo do Banco Central, como adiante se detalhará, e, em seu art. 45, determinou: 'Art. 45. As instituições financeiras públicas não federais e as privadas estão sujeitas, nos termos da legislação vigente, à intervenção efetuada pelo Banco Central do Brasil ou à liquidação extrajudicial. Parágrafo único. A partir da vigência desta Lei, as instituições de que trata este artigo não poderão impetrar concordata'.

Em termos estruturais, a principal e mais relevante inovação da Lei 4.595/1964 foi a de dotar o País, pela primeira vez, de um sistema financeiro, assim entendido como um conjunto de órgãos atuado de maneira coordenada para alcançar um objetivo comum, desde então já definido, no seu art. 2º, como o do atingimento do progresso econômico e social do País." (os grifos não constam do original)

Portanto, com certeza, pelos conceitos lançados, o apelado não pertence ao Sistema Financeiro Nacional.

Acesso ao Sumário

Mais ainda, nos termos da Lei nº 4.595/64, mais precisamente no seu artigo 10, dentre das competências privativas do Banco Central do Brasil, está a de exercer a fiscalização das instituições financeiras e aplicar as penalidades previstas. Ora, como o apelado não pertence ao Sistema Financeiro Nacional não está sujeita à fiscalização do Banco Central do Brasil, não podendo, portanto, ter qualquer prerrogativa inerente àquele que pertence a tal Sistema.

Com a criação do Conselho Monetário Nacional, lhe foi atribuída a tarefa de formular a política da moeda e do crédito, como previsto na Lei nº 4.595, de 31 de dezembro de 1964, objetivando o progresso social e econômico do País. Ora, como o apelado não pertence ao Sistema Financeiro Nacional, não está obrigado aos objetivos traçados, acima identificados e, portanto, não pode ser titular de qualquer benesse oriunda do mencionado Sistema.

Não pode ser olvidado, também, que as instituições financeiras, integrantes do Sistema Financeiro Nacional, têm tratamento referente ao denominado PDD - provisão de devedores duvidosos diverso de qualquer outra entidade não integrante do mesmo Sistema Financeiro Nacional.

Além do mais, nos termos do artigo 18 da mesma Lei nº 4.595/64, as instituições financeiras somente poderão funcionar no País mediante prévia autorização do Banco Central do Brasil, o que não ocorreu no caso do apelado. Até porque, o Banco Central do Brasil, no exercício da fiscalização que lhe compete, regulará as condições de concorrência entre as instituições financeiras, coibindo-lhes os abusos com a aplicação da pena nos termos da referida Lei.

Na espécie, não são cedíveis os acessórios do crédito, no tocante a encargos exclusivos daqueles que pertencem ao Sistema Financeiro Nacional, pois decorrem da natureza do vínculo obrigacional de que ele deriva, no caso, especificamente, de lei especial, que foi recepcionada na ordem jurídica pátria como Lei Complementar.

Por ser de relevância, na espécie, merece a citação do insuperável Mestre Orlando Gomes, na obra denominada "Obrigações", atualizada pelo douto e culto Edvaldo Brito, 17ª edição, Editora Forense, Rio de Janeiro, 2007, página 249. No capítulo referente à Cessão de Crédito, no tocante à proteção do devedor, bem registra que:

> **"Não participa o *devedor* da cessão de crédito, visto que seu consentimento é dispensável, mas, apesar de não ser *parte do contrato*, este não lhe é indiferente. *A substituição do credor* importa mudança de destinatário da prestação. Em vez de pagar ao *credor originário*, deve fazer o pagamento a quem lhe tomou o lugar. A esta pessoa é transmitida o poder de sujeição inerente ao *direito de crédito*. Trata-se, desse modo, de fato que o interessa. Por isso, algumas regras são ditadas no propósito de protegê-lo."** (os grifos não constam do original)

Acesso ao Sumário

Como bem entendeu o Mestre Orlando Gomes, no texto acima lançado, a substituição do credor importa mudança de destinatário da prestação. No caso em apreço, este destinatário não pertence ao Sistema Financeiro Nacional e, portanto, por ser de rigor, deve ser aplicado o Decreto nº 22.626, de 07 de abril de 1933, que dispõe sobre os juros nos contratos e dá outras providências.

O aqui decidido, ***contrario sensu***, está em plena consonância com o disposto na já citada Súmula 596, do Excelso Supremo Tribunal Federal, ou seja, ***"As disposições do Decreto 22.626/33 não se aplicam às taxas de juros e aos outros encargos cobrados nas operações realizadas por instituições públicas ou privadas, que integrem o sistema financeiro nacional"***. Ora, como o apelado não faz parte integrante do Sistema Financeiro Nacional, está, em consequência, sujeita às disposições do Decreto nº 22.626, de 07 de abril de 1933.

É de se registrar que a mencionada Súmula 596 do Excelso Supremo Tribunal Federal, conforme registra o consagrado "Código Civil e legislação civil em vigor", de Theotonio Negrão com a colaboração de José Roberto Ferreira Gouvêa, 2002, 21ª edição, Editora Saraiva, São Paulo, pág. 891, ***"... vem sendo reiteradamente aplicada pelo STJ, como se pode ver em RSTJ 127/334."***.

De se notar, também, que a Medida Provisória 2.170-36, de 23 de agosto de 2001, no ser artigo 5º, *caput*, apenas permitiu a capitalização em prazo inferior a um ano no seguinte perfil: ***"Nas operações realizadas pelas instituições integrantes do Sistema Financeiro Nacional, é admissível a capitalização de juros com prazo inferior a um ano."***.

Portanto, quem não pertence ao Sistema Financeiro Nacional, como é o caso do apelado, deve sujeitar-se ao disposto no mencionado Decreto nº 22.626/33.

Apesar de o apelado não ter contratado diretamente com o apelante, insista-se mais uma vez, por não pertencer ao Sistema Financeiro Nacional, a título de juros, só pode receber o estipulado em consonância com o estabelecido no Decreto nº 22.626, de 07 de abril de 1933.

Assim, por não ser integrante do Sistema Financeiro Nacional, não resta dúvida que a taxa de juros aplicável aos contratos que embasam ação de cobrança em questão deve obedecer à limitação prevista no artigo 1º do Decreto nº 22.626, de 07 de abril de 1.933.

Não se pode, também, argumentar que qualquer artigo da Lei nº 4.595, de 31 de dezembro de 1964, com a presente decisão, tenha sido desatendido. Nos termos da lei, o Sistema Financeiro Nacional é constituído, basicamente, pelo Conselho Monetário Nacional, Banco Central do Brasil, Banco do Brasil S.A., Banco Nacional do Desenvolvimento Econômico e Social e das demais

instituições financeiras públicas e privadas, sendo que, para os efeitos da referida Lei nº 4.595/64, as instituições financeiras somente poderão funcionar no País mediante prévia autorização do Banco Central do Brasil. Não é o caso do apelado, pois este não pertence ao Sistema Financeiro Nacional e nem é fiscalizado pelo Banco Central do Brasil. Assim, o ora decidido está em plena consonância com o verbete sumular número 596 do Excelso Supremo Tribunal Federal.

Mais ainda, na consagrada obra "Comentários à Constituição do Brasil", dos Professores Celso Ribeiro Bastos e Ives Gandra Martins, 7º Volume, Editora Saraiva, 1990, citando o Professor José Afonso da Silva, bem destacam:

> **"Sobre a força da Lei nº 4.595/64 José Afonso da Silva averba com muita precisão:**
>
> **'O sistema financeiro nacional será regulado em lei complementar. Fica valendo, como tal, pelo princípio de recepção, a lei 4.595/64, que precisamente instituiu o sistema financeiro nacional. Não é, portanto, a Constituição que o está instituindo. Ela está constitucionalizando alguns princípios do sistema. Aquela vale, por conseguinte, como se lei complementar fosse. Sua alteração, contudo, depende de lei complementar, ou seja, de lei formada nos termos do art. 69. Não precisava a Constituição cuidar desse assunto num capítulo pomposamente denominado sistema financeiro nacional.**
>
> **Mas é importante o sentido e os objetivos que a Constituição imputou ao sistema financeiro nacional, ao estabelecer que ele será estruturado de forma a prover o desenvolvimento equilibrado do País e a servir aos interesses da coletividade, de sorte que as instituições financeiras privadas ficam assim também e de modo muito preciso vinculadas ao cumprimento de função social bem caracterizada.'"** (o grifo não consta do original)

Assim sendo, não se pode dizer, com o devido respeito, pelo que dos autos consta, que o apelado esteja estruturado visando prover o desenvolvimento equilibrado do País e a servir aos interesses da coletividade, sendo vinculado ao cumprimento de função social. Mais uma razão que demonstra, inclusive adotando-se importante posição jurídica, que, efetivamente, o apelado não pertence ao Sistema Financeiro Nacional e está, inclusive em consonância com a interpretação que se deve oferecer ao verbete sumular número 596 do Excelso Supremo Tribunal Federal, sujeita às regras do Decreto nº 22.626, de 07 de abril de 1933.

Mais ainda, no caso, **como nos autos não há informação precisa sobre a cessão de crédito, deixando o crédito em questão de pertencer a ente integrante do mencionado Sistema Financeiro Nacional, devem estes ser**

Acesso ao Sumário

considerados, para os fins de exigibilidade do valor devido, que a partir das datas dos vencimentos das referidas avenças, deve ser somente aplicado o Decreto 22.626/33 (a título de juros) e a Tabela Prática do Egrégio Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (a título de correção monetária).

Este Egrégio Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, em v. Acórdão de relatoria do Douto e Culto Desembargador Cauduro Padin, proferidos nos autos do recurso de agravo de instrumento nº 7.317.015-5, decidiu que, após a cessão de crédito pela Instituição Financeira, os encargos contratuais não podem ultrapassar aqueles permitidos aos particulares nos negócios jurídicos em geral. *In verbis*:

> **"Execução. Confissão de dívida. Aditamento. Cessão de crédito a empresa particular. Prevalência dos pactos e encargos contratuais anteriores à cessão. Após a cessão, os encargos não podem ultrapassar aqueles permitidos aos particulares nos negócios jurídicos em geral. Abatimento dos valores pagos já considerado. Recurso provido em parte."** Agravo de Instrumento nº 7.317.015-5, 13ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, Des. Rel. Cauduro Padin, j. 15/04/2009. (o grifo não consta do original)

Na mesma direção, em Relatoria do Douto e Eminente Ministro Barros Monteiro do Egrégio Superior Tribunal de Justiça, em parte da ementa lançada no REsp 330.845/RS, DJ 15 de setembro de 2003, restou consignado que ***"Tratando de empresa que opera no ramo de factoring, não integrante do Sistema Financeiro Nacional, a taxa de juros deve obedecer à limitação prevista no art. 1º do Decreto nº 22.626, de 7.4.1933)"***. No mesmo diapasão merecem ser trazidos à colação o REsp nº 489.658/RS, relatado pelo Douto e Eminente Ministro Barros Monteiro, DJ de 13/06/2005 e o REsp nº 119.705/RS, relatado pelo Douto e Eminente Ministro Waldemar Zveiter, DJ de 29/06/1998.

No v. Acórdão acima referido, da Relatoria do Douto Ministro Barros Monteiro, em determinado trecho, resta decidido que: ***"Nessas condições, a contrario sensu do que sumulado no verbete nº 596-STF, acima aludido, na espécie em exame, não se cuidando de instituição financeira autorizada a funcionar legalmente pelo Banco Central do Brasil, aplicável é a denominada Lei de Usura, razão pela qual a taxa de juros deve obedecer à limitação estabelecida em seu art. 1º."*** Desta forma, qualquer exigência além do estabelecido no artigo 1º do mencionado Decreto nº 22.626/33 (É vedado, e será punido nos termos desta Lei, estipular em quaisquer contratos taxas de juros superiores ao dobro da taxa legal.), deve ser afastada.

Acesso ao Sumário

Ainda, por ser de rigor, no caso, novamente, merece a citação do insuperável Mestre Orlando Gomes, na já mencionada obra "Obrigações", atualizada pelo erudito Professor Edvaldo Brito, agora, especificamente, às

páginas 67 e 68. No capítulo denominado Prestações Especiais, no tocante aos juros moratórios convencionados, acertadamente resta registrado que:

> **"Logo, se forem convencionados e o forem *com taxa*, por ser a regra *supletiva*, esta *taxa* poderá ser de valor maior que o da mora do pagamento de *impostos* devidos à Fazenda Nacional?**
>
> **A resposta exige interpretação integrativa: o limite da *taxa de juros* foi estabelecido pelo Decreto nº 22.626, de 07 de abril de 1933, recepcionado, constitucionalmente, com a materialidade de lei, tanto que foi apelidado de *'lei de usura'*. Buscou-se, então, proibir juros maiores que o dobro do permitido pela *taxa legal* de 6% (seis por cento) ao ano, para os contratos.**
>
> **Em regra ainda vige, considerando-se que o regime de 2002, a par de estabelecer norma *supletiva*, não disciplinou em contrário dessa proibição; por conseguinte, se as partes convencionarem *taxa*, terão de fazê-lo até o dobro da *taxa legal*, qual seja, aquela em vigor para a mora do pagamento de *impostos* devidos à Fazenda Nacional.**
>
> **Já os *juros moratórios* que provierem não de convenção, mas forem determinados por lei, *sem taxa*, também, obedecem ao limite estabelecido no art. 406 do Código Civil.**
>
> **Surge, aqui, um problema a resolver, qual seja, o da *taxa* vigorante para a mora do pagamento de *impostos* devidos à Fazenda Nacional: o Código Tributário Nacional - que é *lei complementar*, por fundamento de validez constitucional - fixa-a em 1% (um por cento), se a lei, que vier a admitir este acréscimo, não dispuser de modo diverso. Lembre-se que, sendo *lei complementar*, esse Código que estabelece normas gerais de direito tributário somente pode ser alterado por documento normativo desse nível para modificar, para mais, a *taxa* de 1% (um por cento) que, assim, é teto e não piso. Se é teto, lei ordinária, apenas, terá legitimidade para fixar juros iguais ou inferiores a 1% (um por cento) ao mês**." (os grifos não constam do original)

Assim, também, pela brilhante e conclusiva exposição acima lançada, não resta dúvida que para aqueles que não pertencem ao Sistema Financeiro Nacional, **o que é o caso do apelado, como forma de encargos moratórios só podem ser cobrados juros, e estes não podem ser lançados em patamar superior a 1% (um por cento) ao mês**.

Outrossim, no caso, os juros moratórios podem ser suportados, em consonância com o mesmo Decreto nº 22.626, de 07 de abril de 1933, até o limite de 12% (doze por cento) ao ano. Deve ser registrado, neste sentido, o REsp nº 487.648/RS (DJ de 30.06.03 e REsp nº 402.483/RS (DJ de 05.05.03) das relatorias, respectivamente, dos Doutos e Eminentes Ministros Aldir Passarinho

Acesso ao Sumário

Junior e Castro Filho. Registre-se que os juros moratórios serão de 12% (doze por cento) ao ano, em razão da exegese do quanto disposto no artigo 406 do Código Civil de 2002 (antigo art. 1.062 do CC/1.916) combinado com o artigo 161, § 1º, do Código Tributário Nacional.

No tocante à correção monetária, conforme já registrado, somente a partir das datas dos vencimentos dos títulos em questão deve ser aplicada a variação da Tabela Prática do Egrégio Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, até porque, segundo conceituada jurisprudência, já restou decidido que: ***"correção monetária deve ser calculada desde a data em que o pagamento deveria ter sido efetuado" (E.STJ - Corte Especial, ED no REsp 28.819 - SP, rel. Min. Hélio Mosimann, j. 19.3.97, receberam os embs., v.u., DJU 11.5.98, p. 1).***

Assim, **para o presente caso, para cada um dos débitos exigidos, a partir das datas dos vencimentos dos contratos em apreço, deve incidir juros moratórios de 1% (um por cento ao mês), podendo ser capitalizados anualmente (art. 4º da Lei de Usura), e correção monetária, adotando-se, para tal fim, a Tabela Prática do Egrégio Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo**.

Na verdade, é de registro que, mesmo em patamar infralegal, inexiste qualquer normatização que determine que os créditos cedidos por instituição financeira devam manter a mesma natureza atribuída aos contratos bancários. Assim, como já exaustivamente registrado, mostra-se totalmente inadequado permitir que aquelas, como cessionárias de crédito bancários, tenham a prerrogativa de promover a cobrança de encargos contratuais cuja permissão é exclusiva das entidades pertencentes ao Sistema Financeiro Nacional.

Registre-se, por derradeiro, que, em relação à denominada "tabela price", tal sistema de amortização é legítimo, não sendo próprio imputá-lo como ilegal ou abusivo, inclusive em conformidade ao entendimento do Colendo Superior Tribunal de Justiça (REsp 587.639, Rel. Min. Franciuli Neto, DJ 18.10.04; REsp 75.340, Rel. Min. João Otávio de Noronha, DJ 20.02.06), não sendo próprio a substituição por outro método não contratado.

Acesso ao Sumário

De destaque, também, a não incidência das disposições do Código de Defesa do Consumidor nos casos de dívida com origem no fornecimento de linha de crédito para financiar capital de giro de empresário, com vistas ao incremento de seu ramo de negócios.

Deste modo, em conclusão, como já expressamente registrado, uma vez que **nos presentes autos não consta a cessão de crédito realizada, quando deixaram os créditos em questão de pertencer a ente integrante do mencionado Sistema Financeiro Nacional, devem estes ser considerados, para os fins de exigibilidade do valor devido, que a partir da data do vencimento da referida avença, adotado o valor efetivamente creditado a**

favor do devedor, deve ser somente aplicado o Decreto 22.626/33 (a título de juros), a Tabela Prática do Egrégio Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (a título de correção monetária), tudo a ser apurado, oportunamente, em sede de liquidação de sentença.

Mais especificamente, **a partir da data do vencimento do contrato em questão, indicado na petição inicial da ação de execução (fls. 15), pode somente incidir juros de 1% (um por cento ao mês), podendo estes serem capitalizados anualmente (art. 4º da Lei de Usura) e correção monetária, adotando-se, para tal fim, a variação da Tabela Prática do Egrégio Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo**, descontados os valores eventualmente já pagos, tudo a ser, oportunamente, apurado em sede de liquidação de sentença.

Ante o exposto, nos exatos termos acima lançados, dá-se provimento do recurso, com a inversão do ônus sucumbência, em razão do ora decidido, considerando a sucumbência mínima da parte recorrente (CPC, art. 21, parágrafo único).

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 3000210-15.2013.8.26.0076, da Comarca de Bilac, em que é apelante MARIO ROBERTO DA SILVA (JUSTIÇA GRATUITA), são apelados EDITORA FOLHA DE REGIÃO DE ARAÇATUBA LIMITADA e EDUARDO FONSECA MORAES (JUSTIÇA GRATUITA).

ACORDAM, em 10ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 16.091)**

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

São Paulo, 22 de julho de 2014.

CARLOS ALBERTO GARBI, Relator

Ementa: RESPONSABILIDADE CIVIL. INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. LIBERDADE DE IMPRENSA. DIREITO DE INFORMAÇÃO. INTERESSE PÚBLICO. Pretensão do autor, Vereador Municipal, à indenização por danos morais decorrentes da publicação de notícia

Acesso ao Sumário

supostamente ofensiva.

1. As notícias veiculadas continham informação verdadeira. Os fatos, de interesse público, foram expostos sem sensacionalismo. Nessas condições, a liberdade de imprensa, em confronto com o direito à proteção da honra, deve ser prestigiada.

2. Do exame do boletim de ocorrência juntado aos autos, vê-se que, de fato, foi instaurado inquérito policial para apuração do crime eleitoral suspostamente cometido pelo autor, que portava em local de votação, no dia da eleição, cento e sessenta e cinco "santinhos" em seu nome. Ainda que posteriormente tenha sido o inquérito policial arquivado, por decisão do Juiz eleitoral, cumpre observar que, quando publicada a matéria impugnada, houve transmissão correta dos fatos ocorridos. Não se exigia, naquele momento da publicação, exatidão completa dos dados transmitidos. Sentença de improcedência do pedido mantida. Recurso não provido.

VOTO

1. - Recorreu o autor da sentença, proferida pelo Doutor JOÃO ALEXANDRE SANCHES BATAGELO, que julgou improcedente o pedido de indenização por danos morais decorrentes da publicação pelos réus de matéria jornalística supostamente ofensiva. Afirmou que os fatos narrados na reportagem são inverídicos, pois não há no boletim de ocorrência informação de que foi cometido crime eleitoral. Assim, a reportagem publicada não continha informação de interesse público.

O recurso foi respondido pelos réus, que pediram a confirmação da sentença.

É o relatório.

2. - O autor ocupava mandato eletivo de Vereador na cidade de Gabriel Monteiro. No dia da eleição foi abordado pelo Delegado de Polícia da cidade, sob suspeita de cometimento de crime eleitoral, pois, supostamente, portava "santinhos" para distribuição aos eleitores.

A respeito dos fatos, os réus publicaram matéria jornalística, no dia 8 de outubro de 2012, expressamente impugnada pelo autor: *"O vereador e então candidato à reeleição pelo PV Mário Roberto da Silva foi detido fazendo boca de urna em uma escola do município. Silva foi flagrado pelo delegado Carlos Henrique Cotait distribuindo santinhos no momento em que o policial se dirigia*

Acesso ao Sumário

a uma das salas para justificar o voto. O vereador foi detido, mas a informação é que ele seria liberado às 17 h de ontem. Coitat informou que vai comunicar o caso à Justiça Eleitoral. Silva não foi reeleito." (fls. 19).

Do exame do boletim de ocorrência juntado aos autos (fls. 21/22), vê-se que, de fato, foi instaurado inquérito policial para apuração do crime eleitoral suspostamente cometido pelo autor, que portava em local de votação, no dia da eleição, cento e sessenta e cinco "santinhos" em seu nome.

Ainda que posteriormente tenha sido o inquérito policial arquivado, por decisão do Juiz eleitoral (fls. 58), cumpre observar que, quando publicada a matéria impugnada, houve transmissão correta dos fatos ocorridos. Não se exigia, naquele momento da publicação, exatidão completa dos dados transmitidos. Neste sentido é a orientação do o Superior Tribunal de Justiça:

> "Se, por um lado, não se permite a leviandade por parte da imprensa e a publicação de informações absolutamente inverídicas que possam atingir a honra da pessoa, não é menos certo, por outro lado, que da atividade jornalística não são exigidas verdades absolutas, provadas previamente em sede de investigações no âmbito administrativo, policial ou judicial. O dever de veracidade ao qual estão vinculados os órgãos de imprensa não deve consubstanciar-se dogma absoluto, ou condição peremptoriamente necessária à liberdade de imprensa, mas um compromisso ético com a informação verossímil, o que pode, eventualmente, abarcar informações não totalmente precisas." (REsp nº 680.794/PR, Rel. Min. LUIS FELIPE SALOMÃO, dj 17.06.10).

Neste ponto esclarece L.G. GRANDINETTI CASTANHO DE CARVALHO: *"Uma vez optando o órgão da imprensa pela publicação da matéria jornalística, surge para o leitor um direito: o direito à informação verdadeira. Esclareça-se que a acepção de informação, empregada aqui, é a transmissão de acontecimentos, de fatos, é a história presente. Os fatos acontecem, não são criados pela imaginação humana. Sendo a transmissão meramente de fatos, a informação deve cingir-se a eles, de forma verídica e autêntica. [...] Lembremos que a liberdade de informação pretendida pelo constituinte brasileiro vai além da liberdade formal para uma liberdade material, que importa em uma verdadeira qualidade da notícia transmitida: a qualidade da verdade. Esta é a liberdade garantida, a que presta o serviço público de contribuir para a democracia, para a participação, para a igualdade, para a justiça, valores todos compatíveis com a verdade. Esta é que é a liberdade que deve ser perseguida."* (Liberdade de Informação e o Direito Difuso à Informação Verdadeira, Ed. Renovar, 2ª ed., 2003, p. 91/98).

Assim, a matéria veiculada pelo jornal local apenas registrou os acontecimentos, sem qualquer violação à honra do autor. Foram revelados fatos

Acesso ao Sumário

de interesse público daquela região, visto que envolviam suposta prática de crime por Vereador local.

A crítica ao Poder Público, com a divulgação de fatos de interesse público, pode ser feita pelos órgãos de imprensa, como esclarece GUILHERME DÖRING CUNHA PEREIRA: *"Importa observar que, dada a relevância radical de tudo o que concerne mais imediatamente à gestão da coisa pública, e suposto o papel especial dos meios de comunicação, reconhecido implicitamente pela Constituição, como instrumentos essenciais do jogo democrático, deve-se reconhecer à mídia, e a todos os cidadãos igualmente, a mais ampla e desinibida liberdade de crítica nesse campo. Sem ela, não se consegue alcançar aquela transparência tão necessária em todos os processos de decisão que se refiram ao bem comum."* (Liberdade e Responsabilidade dos Meios de Comunicação, Ed. Revista dos Tribunais, 2002, p. 245).

Neste mesmo sentido escreveu CLAUDIO LUIZ BUENO DE GODOY: *"O político gere a coisa pública ou representa a vontade popular. Age, destarte, em nome e no interesse da coletividade. Sua atividade se desenvolve de forma pública, sob a fiscalização da sociedade, para o que, é evidente, necessário que mais se amplie a possibilidade de limitações a seus direitos da personalidade, sem anulá-los de todo, é certo. A verdade é que a divulgação, a discussão e a crítica de atos ou decisões do Poder Público, ou de seus agentes, não vêm sendo consideradas um abuso da liberdade de imprensa."* (A Liberdade de Imprensa e os Direitos da Personalidade, Ed. Atlas, 2001, p. 80/81).

Assim, diante da veracidade das informações divulgadas, não há que se falar em ofensa à honra do autor, visto que *"no conflito informação X honra tem grande peso o critério da 'veracidade da informação', coadjuvado diante de fatos noticiosos verdadeiros. O titular do direito não pode se queixar quando o fato é verdadeiro, pois a justa composição dos interesses estaria a determinar que a verdade deve prevalecer e que a sua divulgação faz parte da missão institucional da Imprensa."* (ENÉAS COSTA GARCIA, Responsabilidade Civil dos Meios de Comunicação, 1ª ed., ed. Juarez de Oliveira, pág. 172).

A sentença, portanto, que julgou improcedente o pedido de indenização, decidiu corretamente a lide e deve ser mantida por seus próprios fundamentos.

3. Pelo exposto, NEGO PROVIMENTO ao recurso.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0001358-04.2010.8.26.0534, da Comarca de Santa Branca, em que são apelantes PEDRO DE SÁ MOREIRA DE OLIVEIRA, FLÁVIA REGINA DE SOUZA OLIVEIRA

e MARIA APARECIDA DE OLIVEIRA, é apelado JUÍZO DA COMARCA.

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 7.470)**

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

São Paulo, 22 de julho de 2014.

CESAR CIAMPOLINI, Relator

Ementa: Ação de usucapião extraordinário. "*Accessio possessionis*" (Código Civil, arts. 1.243 e 1.207), que leva ao perfazimento do tempo de prescrição aquisitiva. Pretensões feitas na mesma ação, de possuidora por mais de 15 anos e daqueles a quem cedeu, em parte localizada, direitos possessórios, que merecem acolhimento. Litisconsórcio bem formado na forma do art. 46, II, do CPC, posto que derivam, tanto o direito da primeira autora, quanto o dos segundos autores, do mesmo fundamento fático (posse da primeira). Se a primeira ação foi julgada procedente pela sentença apelada, também o era a segunda ação. Não há razão para se julgarem diferentemente as causas. Ambas foram aforadas, por economia processual, em lícito litisconsórcio. Seria condenável, absolutamente desnecessário formalismo, forçar a primeira autora a intentar usucapião de toda a gleba para, só após, passar escritura pela qual os segundos autores adquirissem sua porção, a título derivado. Sentença de improcedência do pedido de usucapião em prol dos adquirentes da posse da primeira autora, reformada. Apelação provida.

VOTO

RELATÓRIO.

Trata-se de ação de usucapião promovida por Maria Aparecida de Oliveira, divorciada, em litisconsórcio com Pedro Sá Moreira de Oliveira e sua mulher.

Adoto como relatório aquele feito pela r. sentença de procedência da ação, com relação à primeira autora, e de improcedência quanto aos segundos:

Acesso ao Sumário

"**MARIA APARECIDA DE OLIVEIRA, PEDRO SÁ MOREIRA DE OLIVEIRA e FLÁVIA REGINA DE SOUZA OLIVEIRA**, ajuizaram a presente ação de usucapião alegando, fundamentalmente, que por si e seus antecessores mantêm posse mansa, pacífica, ininterrupta, incontestada e como *animus domini* sobre as glebas descritas na exordial pelo lapso temporal que autoriza a aquisição pela forma originária. Descreveram ainda os contornos da área nos termos dos memoriais que apresentam. Juntaram documentos.

Foram citados os confinantes, pessoalmente e por edital.

Intimadas as Fazendas Públicas, manifestaram-se nos autos.

A Oficial do Cartório de Registro de Imóveis manifestou-se às fls. 146/147 e 162.

Em instrução, foram ouvidas as testemunhas arroladas pelos autores (fls. 184/184).

Em manifestação derradeira, os autores requereram a procedência da ação. O Curador de Registros Públicos opinou pela parcial procedência do pedido." **(fls. 196/197).**

Após fundamentar a procedência da ação quanto à primeira autora no longo exercício de posse exclusiva da totalidade da gleba, aquela que continua a ocupar e a parte dela que cedeu aos segundos autores, a r. sentença, todavia, julgou-a improcedente relativamente aos segundos autores.

Copio a fundamentação desta parte do r. decisório:

"De outra banda, os segundos usucapientes **Pedro de Sá Moreira de Oliveira e Flávia Regina de Souza**, por sua vez, não conseguiram comprovar o lapso temporal para a aquisição originária, haja vista a natureza distinta das posses.

A primeira usucapiente adquiriu o bem por meio de herança e, portanto, em conformidade com o princípio de *saisine*, tornou-se coproprietária do bem juntamente com os outros herdeiros, concluindo-se que as posses não são homogêneas.

Assim, em que pese o quanto disposto no artigo 1207 do Código Civil, que dispõe o seguinte: 'O sucessor universal continua de direito a posse do seu antecessor, e ao sucessor singular é facultado unir sua posse à do antecessor para efeitos legais', o artigo 1206, a *contrariu sensu*, dispõe: 'A posse transmite-se aos herdeiros ou legatários do possuidor com os mesmos caracteres', mas não aos cessionários a título singular.

Deste modo, a lição de José Carlos de Moraes Salles:

'Como se sabe, posse e propriedade são dois conceitos inconfundíveis. Com efeito, pode haver posse sem propriedade e propriedade sem posse. Daí falar-se em *jus possidendi* e em *jus possessionis*. Aquele que é o direito à posse decorrente do direito de propriedade; este é o direito à posse derivado, exclusivamente da própria posse, abrangendo o poder sobre a coisa e a defesa da mesma pelos interditos possessórios. Assim,

Acesso ao Sumário

o *jus possidendi* é atributo do domínio, enquanto o *jus possessionis* decorre do próprio fato da posse'(Usucapião de bens imóveis e móveis, 7ª Edição, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p.61).

Desta feita, no caso dos segundos requeridos, inadmissível a soma das posses pois eram de naturezas distintas, não homogêneas, e portanto, ausente o lapso temporal para ensejar a procedência da usucapião." **(fls. 199/200).**

Houve embargos de declaração sob fundamento de contradição (fls. 209/212), que restaram rejeitados, por entender-se serem infringentes (fl. 213).

Apelam os segundos autores (fls. 216/232), pedindo reforma para julgar-se sua ação, assim como a da primeira, por igual, procedente.

Parecer da douta Procuradoria Geral de Justiça (fls. 245/248), pelo desprovimento.

É o relatório.

FUNDAMENTAÇÃO.

Respeitados entendimentos diversos, de se reformar a r. sentença.

Incidem os arts. 1.243 e 1.207 do Código Civil:

"**Art. 1.243.** O possuidor pode, para o fim de contar o tempo exigido pelos artigos antecedentes, acrescentar à sua posse a dos seus antecessores (art. 1.207), contanto que todas sejam contínuas, pacíficas e, nos casos do art. 1.242, com justo título e de boa-fé."

"**Art. 1.207.** O sucessor universal continua de direito a posse do seu antecessor; e ao sucessor é facultado unir sua posse à do antecessor, para os efeitos legais."

Anota respeito da segunda oração deste último dispositivo, MARIA HELENA DINIZ:

"**União.** A união se dá na hipótese da sucessão singular (compra e venda, doação, dação, legado), ou melhor, quando o objeto adquirido constitui coisa certa ou determinada. A aquisição da posse a título singular constitui para o adquirente uma nova posse, embora a receba de outrem. O adquirente está autorizado legalmente a unir, se quiser, sua posse à de seu antecessores *(RT, 657:153)*, visando obter a propriedade pela usucapião *(Lex, TJSP, 146:212 e 206:149)*, somando as posses para completar o prazo para usucapir." **(Código Civil Anotado, 17ª ed., págs. 903/904).**

E, em seguida, comentando o art. 1.243, a ilustre Professora acrescenta que a união de posses, para o fim de requerer usucapião, condiciona-se a que:

"... ambas sejam uniformes quanto ao objeto, que não tenham sido interrompidas natural ou civilmente, e que sejam pacíficas e, finalmente, que nem a posse do transmitente nem a do adquirente sejam viciosas, isto é, violentas, clandestinas ou precárias, e; ainda, nos casos do art.

Acesso ao Sumário

1.242 do Código Civil, que haja justo título e boa-fé. Trata-se do instituto da *accessio possessionis*." (ob. cit, págs. 946/947, com ampla citação de jurisprudência).

Não se sustenta, deste modo, ***data maxima venia***, o raciocínio sentencial, que faz distinção não prevista, ou melhor, que contraria a letra e o espírito da lei. Não têm, uma e outra posses, a da autora Maria Aparecida e a dos autores Pedro e esposa, natureza distintas. São, ambas, posses *"uniformes quanto ao objeto"*, não interrompidas, pacíficas, isentas de vícios.

A posse dos apelantes foi-lhes transmitida, em julho de 2009, pela primeira autora da ação (escritura pública de cessão de direitos que acompanha a inicial, fls. 42/45 verso). Pelo tempo em que a exerceu a transmitente, já foi julgada posse ***ad usucapionem*** pela mesma r. sentença, no ponto transitada em julgado. Nada, por outro lado, se vê dos autos de que decorra não se poder afirmar ser também ***ad usucapionem*** a posse dos sucessores. É ela contínua, pacífica, isenta de vícios. Os testemunhos colhidos o confirmam: fls. 180/184. Se a primeira ação (a promovida por Maria Aparecida) era procedente, também o era a segunda ação (intentada pelos apelantes, seus sucessores). Não há razão para se julgarem diferentemente as causas. Ambas foram aforadas, por economia processual, em lícito litisconsórcio fundado no art. 46, II, do CPC, posto que derivam o direito da primeira autora e o dos segundos autores do mesmo fundamento fático (posse da primeira). Seria condenável, absolutamente desnecessário formalismo, forçar a primeira autora a aforar usucapião de toda a gleba para, só após, passar escritura pela qual os segundos autores adquirissem sua parcela, nela localizada, a título derivado.

Enfim, tendo sido preenchidos todos os requisitos legais, citação dos confrontantes, cientificação das Fazendas Públicas, publicação de editais para conhecimento de terceiros e citação de réus em local incerto e não sabido, estando a gleba possuída pelos apelantes devidamente descrita, caracterizada, individualizada, sendo possível seu registro, como atesta o RI local (fls. 146/147 e fl. 162), tudo isto considerado, é de ser julgada procedente também a ação de usucapião intentada pelos ora apelantes, reformando-se a r. sentença apelada.

DISPOSITIVO.

Dou provimento ao recurso. Fica julgada procedente a ação de usucapião da gleba de 2 ha de posse, intentada, em litisconsórcio com a outra autora, pelos ora apelantes, expedindo-se, na baixa dos autos, o necessário para registro imobiliário da aquisição originária.

É como voto.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0186916-27.2009.8.26.0100, da Comarca de São Paulo, em que é apelante RÁDIO E TELEVISÃO RECORD S/A, é apelado TV OMEGA LTDA..

ACORDAM, em 9ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Por maioria de votos deram provimento ao recurso, vencida a 3ª Juíza que declara.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 10362)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores MAURO CONTI MACHADO (Presidente sem voto), THEODURETO CAMARGO e LUCILA TOLEDO.

São Paulo, 29 de julho de 2014.

ALEXANDRE LAZZARINI, Relator

Ementa: CAUTELAR INOMINADA E AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE NÃO FAZER. IMPROCEDÊNCIA. REFORMA. PROIBIÇÃO DE VEICULAÇÃO DE IMAGENS COLHIDAS POR PROGRAMA HUMORÍSTICO, ACERCA DO *REALITY SHOW* PRODUZIDO PELA AUTORA. NÍTIDO PROPÓSITO DE VIOLAÇÃO DAS REGRAS. ABUSO DE DIREITO. RELAÇÕES JURÍDICAS DA APELANTE ENVOLVENDO O PROGRAMA QUE TAMBÉM MERECEM PROTEÇÃO EXTERNA. APELAÇÃO PROVIDA.

1. Sentença que julgou improcedentes a medida cautelar em apenso e a ação de obrigação de não fazer movidas pela apelante. Reforma.

2. Proibição de veiculação de imagens colhidas por programa humorístico, acerca de *reality show* produzido pela autora.

3. *Reality* que tem por objetivo o confinamento de participantes, os quais ficam por vários dias, e até meses, sem qualquer contato e notícias do que ocorre do lado de fora.

4. Programa humorístico que se utilizou de "ultraleves" para sobrevoar o local do confinamento, captar imagens, e transmitir informações e notícias

Acesso ao Sumário

aos participantes.

5. Abuso de direito configurado. Nítido propósito de violação das regras do *reality*.

6. Justificada preocupação da autora/apelante em impedir a veiculação das imagens, sendo seu direito e também dever zelar pelas regras e formato do programa, já que estão envolvidos patrocinadores e outras relações jurídicas, as quais merecem a proteção externa (isto é, contra terceiros que as possam prejudicar).

7. Recurso que deve ser provido para tornar definitiva a tutela antecipada concedida na cautelar.

8. Apelação da autora provida. M.V.

VOTO

Trata-se de apelação interposta contra a r. sentença (fls. 123/127), cujo relatório adota-se, que julgou improcedentes a medida cautelar em apenso, e a "ação de obrigação de não fazer" movidas pela ora apelante, eis que a autora não demonstrou que a exibição das imagens no programa "Pânico na TV" lhe causaria prejuízos.

De acordo com o magistrado, ainda, "o objetivo da ré é o de simplesmente divertir o telespectador ao sobrevoar o local em que era gravado o *reality show* 'A Fazenda' e noticiar aos participantes os acontecimentos recentes. Não se detecta ofensa aos direitos de personalidade, muito menos as brincadeiras e os exageros do apresentador no que toca ao próprio vôo demonstram que houve risco à integridade física de quem quer que seja."

Honorários advocatícios arbitrados em R$ 3.500,00 (art. 20, §4º, CPC).

Insurge-se a autora (Rádio e Televisão Record S/A.), sustentando, em síntese, que a finalidade do *reality show* "A Fazenda" é o confinamento dos participantes, os quais ficam incomunicáveis com o mundo exterior.

Aduz que a apelada, no dia 18/07/2009, sobrevoou o local onde era produzido o programa, com duas aeronaves ("ultraleves"), e captou imagens, inclusive dos participantes e da produção.

Além disso, ressalta que os repórteres da ré passaram a dar informações aos participantes, com um megafone, violando as regras do programa, e soltaram uma fumaça para chamar a atenção de todos.

Alega que a veiculação das imagens traria prejuízos não apenas financeiros, mas também a desmoralização do programa perante os patrocinadores, comerciais, *merchandising*, telespectadores, etc., que confiam no projeto do

Acesso ao Sumário

reality.

Menciona, também, que um dos ultraleves quase bateu em uma torre da Fazenda, colocando em risco as pessoas que ali estavam, de modo que a "brincadeira" extrapola o direito de liberdade de expressão.

No mais, sustenta que a manutenção da sentença poderá ensejar a repetição da conduta em outras edições do *reality*.

Assim, requer seja julgada definitiva a liminar concedida na cautelar, a fim de que a ré seja proibida de veicular as imagens captadas do *reality show* "A Fazenda", sob pena de multa de R$ 500.000,00.

Alternativamente, postula a redução dos honorários de sucumbência.

Eis os limites objetivos do apelo.

Recurso processado sob os efeitos devolutivo e suspensivo (fls. 145).

Prevenção gerada pelo agravo de instrumento nº 994.09.326065-5 (j. em 24/11/2009, sob a Relatoria do Exmo. Des. José Luiz Gavião de Almeida, de quem assumi acervo de quase dois mil processos, incluindo o presente, em agosto/2013).

Através do referido agravo foi mantida a antecipação de tutela na cautelar em apenso.

Contrarrazões às fls. 146/174.

É o relatório.

I) Em que pese o respeitável entendimento adotado pelo MM. Juiz de origem, o presente recurso deve ser provido.

Isso porque, o *reality show* "A Fazenda" produzido pela ré possui como objetivo o confinamento de pessoas famosas, em uma disputa na qual apenas um dos participantes sairá vitorioso.

E, um dos principais desafios do programa, além de se conviver diariamente com pessoas diferentes, é ficar dias e meses sem qualquer contato e notícias do que ocorre do lado de fora do confinamento.

Nesse diapasão, verifica-se pelos DVDs juntados aos autos por ambas as partes, que a matéria produzida pela ré extrapola o limite de uma mera brincadeira inserida no programa de cunho humorístico, tratando-se de uma ingerência abusiva e desleal na produção feita pela autora.

Não houve uma mera captação de imagens do local onde realizado o programa, mas sim o nítido propósito de violar as regras, levando informações externas aos participantes, e com eles manter um contato proibido.

Isso resta claro pela própria fala do apresentador ("O Impostor") e pelo texto incluído na reportagem, no sentido de que o objetivo da missão é *"invadir a Fazenda e levar notícias para os participantes"*.

Como a tentativa terrestre restou infrutífera (os apresentadores do

Acesso ao Sumário

programa "Pânico na TV" foram impedidos de entrar pelos seguranças da ré), se utilizaram de "ultraleves", e um dos repórteres, através de um megafone, gritava aos participantes notícias como o falecimento do cantor Michael Jackson, a ida do apresentador Gugu Liberato para a TV Record, dentre outros fatos ocorridos durante o confinamento.

Além disso, gritava o nome dos participantes, e houve liberação de fumaça para atrair ainda mais a atenção de todos, o que foi conseguido.

Pelas imagens do DVD apresentado pela autora, observa-se que os participantes perceberam a intenção do programa "Pânico na TV", e inclusive demonstraram preocupação quanto à violação das regras.

Nessas circunstâncias, correta a preocupação da autora no sentido de impedir a veiculação da matéria e das imagens, inclusive porque é seu direito, e também dever, zelar pelas regras e formato do programa, já que estão envolvidos patrocinadores, e outras empresas que contrataram veiculação de propaganda, *merchandising*, etc., junto a ora apelante.

E porquanto abusivo o comportamento da ré, extrapolando o direito de liberdade de expressão e realização de humor, impõe-se a confirmação da tutela antecipada concedida na cautelar.

Vale lembrar, que as relações contratuais não devem ser vistas apenas com base nas pretensões e comportamentos individuais dos contratantes, mas dentro do contexto social em que inseridas, sendo esta a ótica atual do Código Civil de 2002 e da Constituição de 1988.

Como se sabe, há uma preocupação cada vez maior com a função social do contrato, de modo que o famoso princípio da relatividade contratual não mais pode ser visto dentro daquela visão tradicionalista, isto é, de que o contrato apenas faz lei entre as partes, sendo indiferente qualquer comportamento de terceiros que nele possa gerar efeitos.

Dentro desse contexto, o que se pondera é que os contratos e as relações jurídicas também merecem proteção em sua realidade externa, contra atos de terceiros que os possam colocar em risco ou prejudicar, conforme lição de Marcelo Benacchio:

> "Desse modo, parece-nos evidente o dever do terceiro de respeitar o direito do credor de uma prestação contratual, o que torna, *data venia*, indefensável, se bater pela impossibilidade de responsabilidade, com base no contrato. Os exemplos clássicos da destruição da coisa objeto do contrato por terceiro, a morte do devedor por causa daquele, como também a participação consciente, com o devedor, em ato conducente ao inadimplemento, e tantas outras hipóteses, por si bastantes para demonstrar a necessidade de uma construção doutrinária para a solução do problema.

Acesso ao Sumário

O aspecto prático também é relevante, dado ao grande número de infrações de terceiros às posições jurídicas dos contratantes, donde se tem pela certeza da necessidade de uma reação do ordenamento jurídico a tais comportamentos antissociais e, ao mesmo tempo, antijurídicos." (**Responsabilidade Civil Contratual**. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 65)

Conclui o mencionado autor, então, que:

"10. O princípio do efeito relativo das convenções somente se aplica aos efeitos internos do contrato, em uma nova compreensão da divisão entre parte e terceiros, diversa da tradicional, fundada na vontade, no momento da criação do contrato.

11. Parte é aquele que está sujeito ao efeito obrigatório interno do contrato, por sua vontade ou por normas jurídicas que a isso o sujeitem, em vista da utilidade social do instituto jurídico do contrato. Terceiro é o que não tem a condição de parte, em uma relação jurídica contratual.

12. É cabível a proteção jurídica do contrato, em sua realidade externa, contra os atos e fatos de terceiros." (*op. cit.* p. 150)

Assim, seja enquanto produtora e veiculadora do *reality show*, seja também na condição de "contratante" e "contratada" nas várias relações jurídicas intrínsecas à produção do programa, justifica-se a postura da Radio e Televisão Record S/A. em querer obstar a veiculação das imagens captadas pelo réus.

Sobretudo porque, como já exposto, o programa humorístico extrapolou os limites aceitáveis da brincadeira, tentando prejudicar o formato e as regras do *reality show* produzido pela autora, o que não pode ser admitido.

II) Conclusão.

Diante de tais fundamentos, portanto, dá-se provimento ao recurso, dentro de seus limites objetivos, para o fim de confirmar a tutela antecipada concedida às fls. 22/23 da medida cautelar apenso, determinando-se à ré que se abstenha de veicular as imagens captadas do local de gravações do *reality show* "A Fazenda", objeto desta demanda, sob pena de multa de R$ 500.000,00.

Ônus da sucumbência com a ré/apelada, ficando arbitrados os honorários advocatícios, por equidade, e já considerada a existência das duas ações, em R$ 3.500,00 (art. 20, § 4º, CPC).

Isso posto, **dá-se provimento à apelação da autora.**

DECLARAÇÃO DE VOTO DIVERGENTE

(Voto nº 10647)

Respeitosamente divergi do Eminente Relator Desembargador Alexandre Lazzarini, que deu provimento ao apelo da autora, para determinar que a apelada

Acesso ao Sumário

se abstenha de exibir quadro de programa humorístico que se valeu de ultraleve para sobrevoar área destinada ao confinamento de integrantes de *reality show*, anunciando-lhes notícias do mundo exterior.

Entendo que a apelada não é parte no contrato firmado entre a autora e os confinados do *reality show*. Deste modo, as obrigações assumidas entre os contratantes não lhe são oponíveis. Não há obrigação de cumprir a cláusula que impede os integrantes do programa da autora de incomunicabilidade como mundo externo.

Há mais, o vídeo apresentado pela autora demonstra que os participantes do reality show entraram na casa quando os humoristas passaram com os ultraleves, de modo que sequer foram expostos às notícias por eles anunciadas.

Por outro lado, a edição do programa "A Fazenda" na qual aconteceu o incidente objeto desta ação já se encerrou, deixando de haver interesse no quadro feito pela ré.

Por fim, a indústria do entretenimento televisivo vive de audiência. É possível que, ao surgir uma polêmica como a do caso, o programa que se apresenta como vítima passe a ser mais comentado, aumente o interesse das pessoas e, consequentemente, a audiência.

Pelo meu voto, **negava provimento** ao recurso, inclusive com fundamento no art. 252 do Regimento Interno.

LUCILA TOLEDO, 3ª Juíza

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 9062230-52.2005.8.26.0000, da Comarca de Santos, em que é apelante BANCO SUDAMERIS BRASIL S/A, são apelados TEREZA SOUZA SANTOS (JUSTIÇA GRATUITA), LUIZ ROBERTO KLEIN e PEDRO LUIZ CORREA.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 14ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento ao recurso, com observação. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 140)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores LÍGIA ARAÚJO BISOGNI (Presidente sem voto), MARCIA DALLA DÉA BARONE e MELO COLOMBI.

São Paulo, 13 de agosto de 2014.

MAURÍCIO PESSOA, Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: AÇÃO DE REVISÃO DE CONTRATO BANCÁRIO - Empréstimo pessoal - Sentença de procedência, em parte, para afastar a capitalização mensal de juros - Manutenção em grau de apelação - Interposição de recurso especial suspenso, ante a pendência de recurso especial no STJ que aborda matéria repetitiva (REsp. 1061530-RS) - Definição do STJ - Adequação do acórdão à orientação superior, nos termos do art. 543-C, § 7º, inc. II, do CPC - Capitalização mensal de juros permitida a partir do advento da Medida Provisória nº 1.963-17/2000, sucessivamente reeditada até a Medida Provisória nº 2.170-17/2001 - Reexame da matéria - Recurso provido, com observação.

VOTO

Trata-se de recurso de apelação interposto às fls. 421/443 contra a r. sentença de fls. 400/404, cujo relatório, ora adotado, é acrescido da informação de que o pedido formulado na ação de revisão de contrato bancário (empréstimo pessoal em conta corrente) foi julgado procedente, em parte, para o fim de afastar a capitalização mensal de juros, considerando recíproca a sucumbência.

Recorre o réu buscando a reforma do assim decidido ao fundamento, em apertada síntese, de que: i) é nula a sentença por ausência de prova quanto a prática de anatocismo, ii) inaplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor e iii) é permitida a capitalização mensal de juros com base na Medida Provisória nº 2.170-36/2001.

Pelo v. acórdão de fls. 474/483, subscrito pelos Desembargadores Virgílio de Oliveira Junior (Relator), Mário de Oliveira (Revisor) e José Tarciso Beraldo (Vogal), por votação unânime, foi negado provimento ao recurso.

O apelante opôs embargos de declaração (fls. 486/491) que foram rejeitados pelo v. acórdão de fls. 494/497.

A instituição financeira apelante interpôs Recurso Especial, visando o reconhecimento da capitalização mensal dos juros com esteio na Medida Provisória nº 1.963-17/2000, sucessivamente reeditada até a Medida Provisória nº 2.170-17/2001.

O Recurso Especial foi contrarrazoado às fls. 535/541.

O Recurso Especial foi processado nos termos das alterações introduzidas pela Lei nº 11.232/05 (art. 543-C, do Código de Processo Civil). E, assim, pelos rr. despachos de fls. 543 e 547, exarados pelo então Presidente da Seção de Direito Privado, determinou-se a suspensão do recurso, em virtude ter sido

Acesso ao Sumário

reconhecida pelo Superior Tribunal de Justiça matéria repetitiva tratada no REsp 1061530-RS, 973.827-RS e 1.003.530-RS.

Considerando o quanto decidido no REsp nº 973827-RS, o D. Presidente da Seção de Direito Privado determinou o encaminhamento do processo ao Relator subscritor do v. acórdão para reexame da matéria, nos termos do artigo 543-C, § 7º, inciso II, do Código de Processo Civil.

O reexame do recurso de apelação foi a mim submetido em virtude de ocupar a cadeira que era de titularidade do saudoso Desembargador Cardoso Neto que, por sua vez, ocupava-a em substituição do então Relator do v. acórdão recorrido, Desembargador Virgílio de Oliveira.

As partes foram intimadas para fins de julgamento virtual, nos termos da Resolução nº 549/2011, do Órgão Especial deste E. Tribunal de Justiça, porém não se manifestaram (fls. 558).

É o relatório do necessário.

De início, registre-se que o Juízo de reexame da matéria *sub judice* é possível sob o fundamento do artigo 543-C, § 7º, inciso II e § 8º, do Código de Processo Civil. Mesmo porque, é mais do que recomendável que se busque a segurança jurídica pelo alinhamento dos posicionamentos dos Tribunais de Segunda Instância com os Superiores, agora, sob a sistemática dos recursos repetitivos. Ainda mais agora em que é imperioso conferir-se efetividade e concretude ao princípio da razoável duração do processo (art. 5, Inciso LXXVIII, da Constituição Federal).

Pois bem!

A r. sentença de fls. 400/404 considerou ser inadmissível a capitalização mensal de juros praticada pela instituição financeira ré. Este entendimento foi mantido, por votação unânime, pelo v. acórdão de fls. 471/483.

Com efeito, esse entendimento está em confronto com o que fora adotado pelo Superior Tribunal de Justiça no Recurso Especial nº 973827-RS, da relatoria da Ministra Maria Isabel Gallotti, julgado em 08 de agosto de 2012, sobre a capitalização mensal de juros, a saber:

> *"CIVIL E PROCESSUAL. RECURSO ESPECIAL REPETITIVO. AÇÕES REVISIONAL E DE BUSCA E APREENSÃO CONVERTIDA EM DEPÓSITO. CONTRATO DE FINANCIAMENTO COM GARANTIA DE ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA. CAPITALIZAÇÃO DE JUROS. JUROS COMPOSTOS. DECRETO 22.626/1933 MEDIDA PROVISÓRIA 2.170-36/2001. COMISSÃO DE PERMANÊNCIA. MORA. CARACTERIZAÇÃO.*
>
> *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,*

Acesso ao Sumário

incorporados ao valor principal. Os juros não pagos são incorporados ao capital e sobre eles passam a incidir novos juros.

2. Por outro lado, há os conceitos abstratos, de matemática financeira, de 'taxa de juros simples' e 'taxa de juros compostos', métodos usados na formação da taxa de juros contratada, prévios ao início do cumprimento do contrato. A mera circunstância de estar pactuada taxa efetiva e taxa nominal de juros não implica capitalização de juros, mas apenas processo de formação da taxa de juros pelo método composto, o que não é proibido pelo Decreto 22.626/1933.

3. Teses para os efeitos do art. 543-C do CPC:

- 'É permitida a capitalização de juros com periodicidade inferior a um ano em contratos celebrados após 31.3.2000, data da publicação da Medida Provisória n. 1.963-17/2000 (em vigor como MP 2.170-36/2001), desde que expressamente pactuada.'

- 'A capitalização dos juros em periodicidade inferior à anual deve vir pactuada de forma expressa e clara. A previsão no contrato bancário de taxa de juros anual superior ao duodécuplo da mensal é suficiente para permitir a cobrança da taxa efetiva anual contratada'.

4. Segundo o entendimento pacificado na 2ª Seção, a comissão de permanência não pode ser cumulada com quaisquer outros encargos remuneratórios ou moratórios.

5. É lícita a cobrança dos encargos da mora quando caracterizado o estado de inadimplência, que decorre da falta de demonstração da abusividade das cláusulas contratuais questionadas.

6. Recurso especial conhecido em parte e, nessa extensão, provido."

Como se vê, a capitalização de juros passou a ser admitida quando expressamente prevista em contrato, a partir da edição da Medida Provisória nº 1.963-17/2000, de 31 de março de 2000 (atualmente reeditada sob o nº 2.170-36/2001).

In casu, considerando-se que o contrato *sub judice* firmado pelos apelados data de 21 de maio de 2003 (fls. 176/177) e, há previsão contratual da incidência dos juros capitalizados, possível se mostra a incidência da referida norma.

Ademais, tendo em vista que a capitalização de juros consiste no cálculo de juros sobre os juros já adicionados ao capital, em período inferior a um ano, esta Colenda Câmara firmou entendido que resta contratada a capitalização mensal de juros quando a taxa anual supere o duodécuplo da mensal, como a exemplo do caso concreto.

Neste sentido:

0009076-83.2013.8.26.0037. Apelação. Relator(a): Thiago de Siqueira.

Acesso ao Sumário

Comarca: Araraquara. Órgão julgador: 14ª Câmara de Direito Privado. Data do julgamento: 22/07/2014. Data de registro: 22/07/2014. **Ementa**: Contrato bancário - Financiamento de veículo - Ação revisional visando afastar a cobrança da capitalização de juros - Improcedência - Contrato não exibido pelo réu - Desnecessidade - É permitida a capitalização de juros com periodicidade inferior a um ano em contratos celebrados após 31.3.2000, data da publicação da Medida Provisória nº 1.963-17/2000 (em vigor como MP-2.170-36/2001) - A previsão no contrato bancário de taxa de juros anual superior ao duodécuplo da mensal, como sói acontecer em contratos como este, é suficiente para permitir a cobrança da taxa efetiva anual contratada - Prevalecimento, no caso, da nova orientação acolhida pelo E. Superior Tribunal de Justiça no julgamento do Recurso Especial n. 973.827-RS, processado nos termos do art. 543-C do CPC - Comissão de permanência - Inadmissibilidade da cobrança deste encargo, à míngua de comprovação da respectiva pactuação - Recurso do autor provido em parte.

9198705-78.2006.8.26.0000. Apelação. Relator(a): Melo Colombi. Comarca: Mirassol. Órgão julgador: 14ª Câmara de Direito Privado. Data do julgamento: 21/07/2014. Data de registro: 21/07/2014. Outros números: 007.06.326650-0. **Ementa**: RETRATAÇÃO. RECURSO REPETITIVO. ART. 543-C, § 7º, DO CPC. NOVA CONCLUSÃO AO RELATOR, POR DETERMINAÇÃO DO DD. PRESIDENTE DA SEÇÃO DE DIREITO PRIVADO. CAPITALIZAÇÃO. 1. Tendo em vista interposição de recurso especial pela parte e julgamento da questão controvertida pela Corte Superior, nos termos do art. 543-C do CPC, abriu-se oportunidade para retratação por parte do Relator do Acórdão vergastado. 2. A capitalização de juros, nos contratos bancários posteriores à MP 1.963-17/2000 (reeditada sob nº 2.170-36/2001), desde que prevista expressamente, é válida. 3. Para se configurar expressa a capitalização de juros em período inferior ao anual, basta que a taxa anual supere o duodécuplo da mensal. 4. Retratação do julgado.

Neste contexto, em juízo de reexame da matéria (capitalização mensal de juros), com fulcro no artigo 543-C, § 7º, Inciso II, do Código de Processo Civil, revejo o v. acórdão de fls. 478/483.

Em face do exposto, meu voto, DÁ PROVIMENTO ao recurso de apelação. Os autores arcarão com os pagamentos das custas, despesas processuais e honorários de advogado arbitrados em R$ 3.000,00, observados os preceitos da Lei nº 1.060/50 (fls. 110).

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0193648-87.2010.8.26.0100, da Comarca de São Paulo, em que é apelante/apelado AMAZON VEÍCULOS E PEÇAS LTDA., são apelados/apelantes ORLANDO MERSCHMANN JUNIOR e VOLKSWAGEN DO BRASIL INDÚSTRIA DE VEÍCULOS AUTOMOTORES LTDA..

ACORDAM, em 34ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento aos recursos das rés e deram parcial provimento ao recurso do autor, por v.u.", de conformidade com o voto da Relatora, que integra este acórdão. **(Voto 20999)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores GOMES VARJÃO (Presidente sem voto), CRISTINA ZUCCHI e SOARES LEVADA.

São Paulo, 30 de junho de 2014.

ROSA MARIA DE ANDRADE NERY, Relatora

Ementa: Compra e venda de veículo. Defeitos em carro zero Km. Falta de informação. Longo período de incerteza para o autor. Redibição que não se justifica, no momento, porque o defeito foi sanado. Indenização que agora se põe como ampla reparação por longa espera. Indenização por dano moral majorada. Recursos das rés improvidos. Provido parcialmente o do autor.

VOTO

Contra a r. sentença de fls. 543/557, que julgou parcialmente procedentes os pedidos do autor e condenou, solidariamente, as rés a indenizar o autor por danos morais, no importe de R$ 10.000,00, corrigido da data da sentença (09.10.13) e juros de mora da última citação, bem como a pagar indenização por danos emergentes, no valor de R$ 1.250,00, corrigidos pela tabela prática do TJ/SP, a partir da distribuição da ação e acrescido de juros de mora de 1% ao mês, da última citação, dividindo as custas e compensando honorários advocatícios, recorre a Amazon (fls. 560/568), o autor (fls. 571/578) e a Volkswagen (fls. 585/598).

No recurso da Amazon o pedido é no sentido de ser afastada a indenização por danos morais, pois o autor não demonstrou ter suportado tais danos.

No recurso do autor, o pedido é no sentido de ampliação da condenação da ré, para que não haja o conserto do veículo zero, pois decorreu prazo superior

Acesso ao Sumário

ao legal para que a ré fizesse o reparo do bem, tendo o veículo permanecido de 08.07.2009 a 29.07.2013, na empresa, quando veio a ser devolvido, ainda com problemas na caixa de câmbio (doc. 5 a 13 da inicial). Pede a resolução do negócio e a devolução do valor pago pelo autor, corrigido, condenadas as rés na integralidade das verbas de sucumbência.

A Volkswagen, em seu recurso adesivo, diz que os problemas do veículo eram corriqueiros e que não comprometiam a qualidade do veículo. Pede a improcedência total da ação.

Contrarrazões das partes estão às fls. 601/613; 614/617; 618/624.

É o relatório.

Os recursos são tempestivos (fls. 558, vº; 571, 560 e 598) e estão preparados (fls. 569/570; 579/581; 599/600).

A questão principal neste processo é apontar se o autor, como pretende, tem direito à resolução do contrato de compra e venda de carro Zero Km, ou se sua pretensão é descabida, bem como, se sofreu dano moral, pela interminável necessidade que teve de levar o carro que adquiriu, 0 Km, para a oficina.

Disse, como causa de pedir, que o veículo lhe foi dado com defeito, defeito esse que detectou nos primeiros 50 Km de trânsito. Diz que a aquisição do veículo se deu em 09.06.2009 (fls. 28), que o veículo permaneceu sem solução no pátio da ré, que foram várias as soluções dadas para consertar o veículo (troca da caixa de câmbio – motor, etc.). Quer a resolução do contrato, devolução do preço que pagou, ou troca do veículo por outro igual, novo e perfeito.

A ação foi ajuizada, em 20.10.2010, ou seja, mais de ano e meio depois da compra. Nos documentos dos autos vê-se que a Amazon tomou ciência do desagrado do autor, com relação à compra que efetuara, por problemas no câmbio do carro EJK 6354-Fox – chassis 9BWABO5Z7A. 4008862, em 21.06.2009 (fls. 29); reiterou o autor sua queixa à Amazon, notificando-a e à Volkswagen do Brasil, sobre os tais problemas que já haviam sido apontados na primeira queixa (fls. 31). A Volkswagen do Brasil não negou, em 27.07.2009, a possibilidade de existência de "irregularidade" no carro, prometendo, contudo, saná-las, com "correções técnicas adequadas" (fls.38).

Em 18.12.2009, o consumidor-autor insistiu quanto à existência dos tais defeitos, enviando detalhada carta para a Volkswagen (fls. 40). Em 14.01.2010, a Volkswagen informou o autor que faria "nova avaliação" do veículo, prometendo ao autor que os "inconvenientes" seriam sanados (fls. 43).

As queixas persistiram (14.06.2010 – fls. 47/50, fls. 64; 65; 66/67).

Os documentos de fls. 68/110 juntados com a inicial demonstram que, entre a compra do veículo e o ajuizamento desta ação, o autor não cessou de reclamar por seus direitos e não obteve formalmente explicação técnica capaz de esclarecê-lo sobre as condições técnicas efetivas de seu veículo.

Acesso ao Sumário

As partes tentaram, durante o "iter" procedimental uma conciliação, que não se deu.

Foi ordenada perícia, que veio muito bem documentada.

O senhor perito fez considerações de diversas ordens, disse que não teve acesso às peças substituídas e, por isso, não pôde apontar qual defeito teriam, mas que seria "provavelmente proveniente de fábrica" (fls. 438).

Não negou o senhor perito (fls. 439), que os defeitos poderiam provocar acidentes, inclusive fatais, e que o carro entregue ao consumidor "fugiu dos controles de qualidade de fábrica e posteriormente foi resolvido em garantia" (fls. 449).

Afirmou, contudo, o senhor perito que as providências levadas a efeito tornaram o veículo devidamente reparado.

Disse o senhor perito, quanto aos outros itens, que o carro ainda aponta defeito (fls. 451), de fábrica (fls. 452).

É certo que se pode dizer que as reclamações do consumidor foram resolvidas (quase totalmente), mas o tempo para a solução dessas pendências foi enorme.

O desgaste pessoal do autor com idas e vindas foi despropositado e as disposições das rés de atendê-lo, convenientemente, com informações precisas sobre o que se passava não está nos autos.

Por isso, é impecável a sentença no que toca à análise dos fatos e à identificação dos alegados danos morais do autor, que durante um ano e meio suportou desencontradas informações sobre a situação técnica do veículo novo que adquiriu.

Fatos, entretanto, que justificassem a resolução do contrato, não se provou. Questões técnicas do veículo foram sanadas e isto basta para a manutenção da r. sentença no que toca ao pedido de redibição.

As provas dos autos, contudo, justificam a indenização, à guisa de reparo por danos morais, em valor maior.

Além disso, as informações técnicas que vieram aos autos, com a perícia técnica, deveriam ter sido prestadas ao autor, no início dos problemas. O autor não pediu perícia (fls. 382) e a que se realizou o foi por pedido das rés, que deveriam ter feito essa prova, cumprindo seu dever de informação, já antes de as partes virem a Juízo. Por isso, é correto atribuir-lhes, às rés, por inteiro, as custas com a elaboração da perícia e despesas do assistente técnico do autor, que deve receber o valor de 50% daquele fixado para o trabalho do perito judicial (fls. 313 e 346), atualizados do arbitramento.

Posto isto, nega-se provimento aos recursos das rés, dá-se provimento parcial ao recurso do autor, para aumentar o valor da indenização por dano

Acesso ao Sumário

moral, para R$ 30.000,00, da data do julgamento desta apelação, acrescida de juros de 1% ao mês, a partir da mesma data. As verbas e despesas do processo, de perito e assistente técnico do autor, ficam a cargo das rés.

As rés pagarão ao advogado do autor o valor correspondente a 10% sobre o valor da condenação, atualizada, aqui já sopesada a parcial procedência da ação.

Recursos das rés improvidos; provido em parte o recurso do autor, verbas de sucumbência arcadas pelas rés, como dito acima e mantida a r. sentença, quanto à indenização por dano emergente e quanto à ordem de o veículo ser devolvido ao autor.

É o meu voto.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0201727-26.2008.8.26.0100, da Comarca de São Paulo, em que é apelante ACTIVE INTERNATIONAL DO BRASIL S/A, é apelada GOOC CRIAÇÕES DO VESTUÁRIO LTDA..

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 20012)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores GOMES VARJÃO (Presidente) e SOARES LEVADA.

São Paulo, 30 de junho de 2014.

CRISTINA ZUCCHI, Relatora

Acesso ao Sumário

Ementa: COMPRA E VENDA – RESCISÃO DE CONTRATO COM PEDIDO DE REPARAÇÃO MATERIAL – CLÁUSULA ABUSIVA – DESRESPEITO AO PRINCÍPIO DA BOA-FÉ OBJETIVA – IMPOSIÇÃO, PELA RÉ, DE CONDICIONANTES NÃO PREVISTAS NO CONTRATO – IMPOSSIBILIDADE DE FRUIÇÃO DO CONTRATO PELA AUTORA – FAVORECIMENTO ILEGAL DA RÉ - SENTENÇA MANTIDA.

Apelação não provida.

VOTO

Trata-se de apelação (às fls. 317/346, com preparo às fls. 347/348) interposta contra a r. sentença de fls. 296/302 (da lavra do MM. Juiz Rodrigo César Fernandes Marinho), cujo relatório se adota, que julgou procedentes os pedidos, "*para rescindir o contrato firmado entre as partes e condenar a ré ao pagamento de R$ 915.581,00, com correção monetária desde o ajuizamento, pela Tabela Prática do Tribunal de Justiça de São Paulo, bem como juros de mora, de 1% ao mês, a contar da citação. Vencida a ré, arcará com o pagamento das custas, despesas processuais e honorários advocatícios, arbitrados estes em 10% do valor da condenação*".

Embargos declaratórios (da ré às fls. 304/309), rejeitados (fl. 315).

Alega a ré e apelante, preliminarmente, cerceamento defensório, pois pretendia produzir prova oral. No mérito, sustenta, em extrema síntese, que, ao contrário do afirmado pelo julgador, o valor dos certificados de troca outorgados à autora foi de R$ 250.006,24, que corresponde ao valor das mercadorias entregues pela autora, sendo a diferença de R$ 665.000,00, representada por bônus só conquistáveis na hipótese de utilização dos créditos, o que não ocorreu. Alega que cumpriu a sua parte no contrato, não sendo este abusivo ou inserto em cláusula potestativa, mas claro em seus termos e com previsão expressa no sentido de que o pagamento pelos serviços de mídia, produções gráficas etc., deveria ser feito parte em dinheiro e parte mediante a utilização de certificados de troca. Pede a reforma do julgado ou, em última hipótese, a redução da condenação à base de R$ 250.006,24, que representa o valor efetivo das mercadorias adquiridas pela ré.

O recurso foi recebido no duplo efeito (fl. 349).

Vieram contrarrazões somente às fls. 353/367.

É o relatório.

O inconformismo da ré não procede.

O julgamento no estado da lide não cerceou o direito de defesa da apelante. A petição inicial foi instruída com documentos, que foram enfrentados pela contestação. As partes tiveram oportunidade de discutir e repudiar os pontos que entenderam adversos aos seus propósitos. Deu-se a satisfação dos princípios constitucionais da amplitude de defesa e do contraditório.

Depreende-se dos autos que os documentos acostados estão de forma clara, tratando-se de questão de direito e de fato, sem necessidade da produção de outras provas, o r. Juízo "a quo" sentiu-se habilitado e conheceu diretamente do pedido, entregando a prestação jurisdicional. Nesse sentido:

"Sendo o juiz o destinatário da prova, a ele incumbe deliberar sobre a necessidade ou não de sua realização, bem como da sua

Acesso ao Sumário

extensão."[1]

"O julgamento antecipado da lide não constitui cerceamento do direito de defesa, quando a matéria controvertida permitir a formação do convencimento judicial, através das provas documentais e demais elementos objetivos existentes nos autos."[2]

"Se as provas dos autos foram suficientes para o julgamento do feito, não se vislumbra caracterizado qualquer cerceamento de defesa."[3]

Cuida-se de demanda de rescisão de contrato com pedido de reparação material. Sustenta a autora que disponibilizou à ré produtos de sua fabricação (lote de bolsas e calçados), mediante o pagamento por meio de *Certificado de Troca*, cujos créditos deveriam ser utilizados com publicidade da sua empresa, não obtidos por culpa da ré, que não aprovava as operações, passando a criar exigências não previstas no contrato, inviabilizando o uso dos créditos pela autora.

As partes firmaram contrato estabelecendo que a ré pagaria à autora o equivalente a R$ 915.581,00 (fl. 25) em créditos de troca (CT), pela aquisição dos produtos da autora. Os créditos poderiam ser utilizados em todas as suas contratações de mídia, produção gráfica, produtos e serviços (item 5), sem restrições no que concerne à porcentagem que seria descontada dos créditos ou paga em dinheiro ou na escolha do fornecedor (fls. 25/27 e 168/169).

Não há dúvida de que a ré disponibilizou à autora créditos no importe de R$ 915.581,00 (fl. 25) e, em aditivo contratual (fls. 168/169), bônus de R$ 665.000,00, como incentivo adicional à celebração do contrato e à utilização dos *CTs*, só conquistável na hipótese de utilização completa, por parte da autora, do saldo anterior emitido (R$ 915.581,00).

O que cobra a autora, por consequência da rescisão do pacto, adiante discutida, corresponde ao valor inicialmente ofertado, em contraprestação às mercadorias cedidas à ré, não à bonificação oportunamente concedida (fls. 168/169). Daí a inconsistência da alegação da ré, de que os certificados de troca outorgados à autora restringem-se ao valor de R$ 250.006,24 – valor efetivo das mercadorias entregues pela autora –, que em nenhum momento foi mencionado no contrato.

A r. sentença deu perfeito abarque ao caso, sendo mesmo o caso de rescisão do pacto, com a declaração de nulidade de cláusula contratual. São boas as palavras do julgador, as quais adoto como razão de decidir, para se evitar repetições desnecessárias, *in verbis*:

Acesso ao Sumário

1 – TJSP – AI 895.419-00/2 – 35ª Câm. – Rel. Des. MENDES GOMES.

2 – TJSP – Ap. s/ Rev. 854.502-00/2 – 35ª Câm. – Rel. Des. ARTUR MARQUES.

3 – ext. 2º TACivSP – Ap. c/ Rev. 538.259 – 6ª Câm. – Rel. Juiz LUIZ DE LORENZI.

"*...os documentos apresentados pela autora demonstram que a ré não respeitou o princípio da boa-fé objetiva durante a execução do contrato. Com efeito, após a conclusão do negócio e recebimento das mercadorias, a ré passou a impor condições que não estavam previstas no contrato, conforme indicado na mensagem eletrônica de fls. 29, bem como a adotar postura contraditória em relação à parte que deveria negociar com os veículos de publicidade, o que se deduz da leitura das mensagens de fls. 28 e 29. Note-se que as instruções a respeito dos procedimentos a serem observados para o resgate do crédito (fls. 40) não constaram do contrato. Agindo desta forma e ainda negociando margem de lucro com os fornecedores, a ré impossibilita a utilização de qualquer crédito por parte da autora... Os créditos constituem bens de propriedade da autora, recebidos como pagamento das mercadorias vendidas à ré. Dessa forma, não podem os créditos permanecerem sob a administração da requerida tendo ela o poder de veto em relação à forma e sua efetiva utilização...*".

Disso tudo se extrai que a autora ficou injustamente sujeita às condições impostas pela ré, o que impõe a manutenção da sentença por seus próprios fundamentos.

Nada do que trouxe a ré é capaz de mudar o desfecho dado ao caso, pois, diante das exigências impostas pela ré, para utilização dos créditos da autora, não pôde esta fazer valer o seu direito contratual. À ré, porquanto se obrigara a pagar à autora com os certificados de créditos, não cabia impor restrições ao seu uso, pois não dispostas contratualmente.

O contrato tornou-se desequilibrado, pendendo ao lado da autora, que cedeu mercadorias à ré, pouco importando fossem de início declaradas novas e, em adendo contratual, recebidas no estado em que se encontravam, e não obteve a contraprestação esperada, que era a fruição dos R$ 915.581,00, em créditos utilizáveis em publicidade.

A ré não comprovou a realização de qualquer operação de resgaste dos créditos da autora e, das comunicações, via *e-mail*, trazidas aos autos (fls. 28/45), se extrai os entraves gerados pela ré, quando dos pedidos de operações de resgaste dos créditos, provocados pela autora, especialmente a de condicionar a utilização dos créditos ao percentual máximo de 20% do total do preço, para o pagamento das veiculações de mídia (fl. 29).

A questão toda importante diz com o desrespeito ao princípio da boa-fé objetiva, na medida em que os créditos permaneciam sob a administração da requerida, que detinha o poder de veto sobre o resgaste dos créditos pela autora. Daí a conclusão de que a autora não poderia ficar sujeita às condições impostas pela ré a cada pedido de resgate.

Embora conste no contrato que o pagamento pelos serviços de mídia e propaganda seria misto, ou seja, parte em dinheiro e parte em créditos, os

Acesso ao Sumário

percentuais de desconto não o foram prescritos, de modo que a ré escolhia unilateralmente o quanto em créditos poderia ser considerado para determinado negócio, inviabilizando o seu fechamento pela autora, que deveria empregar percentual considerável em dinheiro em detrimento dos créditos que possuía com a ré.

O negócio que deveria ser vantajoso a ambas as partes, tornou-se demasiadamente oneroso à autora, que não pôde se valer da sua parte na avença, o que justifica a manutenção do julgado monocrático tal como disposto.

É o bastante ao repúdio do recurso.

Ante o exposto, pelo meu voto, nego provimento ao recurso, nos termos do acórdão.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 9000049-17.2008.8.26.0224, da Comarca de Guarulhos, em que é apelante HOSPITAL CARLOS CHAGAS S/A e é apelado GILSON DE SOUZA OLIVEIRA.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 28ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "DERAM PARCIAL PROVIMENTO AO APELO. V.U.", de conformidade com o voto do relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 27.565)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores MANOEL JUSTINO BEZERRA FILHO (Presidente) e DIMAS RUBENS FONSECA.

São Paulo, 1 de julho de 2014.

CELSO PIMENTEL, Relator

Ementa: Configurando-se o estado de perigo na internação do filho com risco de vida e em emergência, afasta-se a obrigação do pai com termo de responsabilidade que assinou. Mantém-se, por isso, o decreto de improcedência da demanda ajuizada por entidade hospitalar.

Acesso ao Sumário

VOTO

Hospital apela da respeitável sentença que, anulada a primeira, julgou improcedente demanda por remuneração de serviços prestados. Insiste na condenação do réu, responsável pela internação do filho menor em caráter particular, ciente e confesso de que o convênio contratado um dia antes não

daria cobertura à terapia intensiva. Reporta-se a depoimento pessoal do réu, nega coação na assinatura do termo e lembra que ele poderia ter optado pela rede pública e que depois de verificado o estado de saúde do paciente foi autorizada a transferência. Sustenta que, por ser funcionário público, o réu teria condições de arcar com as despesas ou de contratar ambulância para a remoção do paciente. Busca a inversão do resultado ou a redução da honorária de sucumbência.

Vieram preparo e resposta.

É o relatório.

Como constou de anterior acórdão, o réu assumiu a responsabilidade pelas despesas com a internação do filho menor, em estado grave e emergencial, a ponto de exigir unidade de terapia intensiva.

Sabe-se, agora, que, não tivesse o paciente sido internado na UTI, corria risco de vida, tanto que sofreu parada cardíaca.

Embora contratação do plano de saúde fosse do dia anterior (fl. 78), emergência afasta prazo de carência, o que compreende unidade de terapia intensiva – UTI, a justificar a opção do réu.

Tanto foi assim, que a própria entidade hospitalar afirma no apelo que, "após a verificação do estado real do paciente e cuidados imediatos e necessários", houve a transferência para a rede pública (fl. 201), o que se deu na noite do mesmo dia da internação.

Assim, a assinatura do termo de responsabilidade não vincula o réu, porque se está diante de típica hipótese de estado de perigo, que se dá "quando alguém, premido da necessidade de salvar-se, ou a pessoa de sua família, de grave dano conhecido pela outra parte, assume obrigação excessivamente onerosa" (Código Civil de 2002, art. 156).

Mantém-se, pois, o decreto de improcedência da demanda, anotando-se que resta à autora exercício de eventual direito contra a empresa de plano de saúde.

Por fim, o arbitramento da honorária de sucumbência, mil reais, em face de pretensão de centavos além de dois mil setecentos e trinta e três reais, revela evidente exagero e fica reduzida dez por cento sobre o valor da causa.

Pelas razões expostas e para o fim indicado no parágrafo anterior, dá-se parcial provimento ao apelo.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0001107-05.2012.8.26.0311, da Comarca de Junqueirópolis, em que é apelante

Acesso ao Sumário

CRISTIANO JOSÉ PITTON ANDREOTTI, é apelada MARIA DE LOURDES DE OLIVEIRA.

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 26.375 (EMP))**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores JOSÉ REYNALDO (Presidente sem voto), LÍGIA ARAÚJO BISOGNI e RAMON MATEO JÚNIOR.

São Paulo, 7 de julho de 2014.

RICARDO NEGRÃO, Relator

Ementa: TRESPASSE – Período de interdição (CC, art. 1.147) – Inobservância pela ré – Concorrência desleal configurada – Dano material presumido – *Quantum debeatur* apurável na fase de liquidação da sentença mediante exame dos livros empresariais da ré – Ação de obrigação de fazer e indenizatória procedentes – Apelação provida para este fim.

Dispositivo: dão provimento.

VOTO

Recurso de apelação interposto pelo Sr. Cristiano José Pitton Andreotti dirigido à r. sentença proferida pelo Dr. Marcelo Luiz Leano, MM. Juiz de Direito da E. Vara Única da Comarca de Junqueirópolis que julgou improcedente o pedido deduzido em face da Srta. Maria de Lourdes de Oliveira.

Entendeu o i. Magistrado singular que embora a recorrente utilize CNPJ da firma individual cujo estabelecimento empresarial foi alienado a terceiro – e ao final, ao recorrente –, não há prova de que a comercialização de carvão pela suplicada tenha ocasionado redução de vendas ou perda de mercado pelo autor (fl. 63-66).

Em razões recursais o apelante reitera a prática de concorrência desleal pela recorrida, que deveria abster-se de vender carvão nos cinco anos seguintes ao trespasse, conforme redação do art. 1.147 do CC.

Afirma que a recorrida não cumpriu a liminar concedida na ação cautelar e que a impossibilidade de mensuração do dano material não impede o reconhecimento do dano.

Ao final, requer a condenação da apelada ao pagamento de indenização e de multa diária por descumprimento da liminar, a par do reconhecimento da

Acesso ao Sumário

litigância de má-fé (fl. 74-84).

Preparo e porte de remessa e retorno em fl. 209-211, complementado em fl. 215.

Contrarrazões em fl. 89-94 defendendo inexistir confusão de marcas, bem como que o uso do CNPJ não causa, por si, ofensa à imagem de consumo do produto.

Anota-se a existência de agravo retido no bojo da ação cautelar (fl. 69-72).

É o relatório.

O agravo retido não é conhecido porque não reiterado nas contrarrazões recursais.

O recurso de apelação é tempestivo.

A r. sentença foi disponibilizada em 4 de setembro de 2013 (fl. 67), interrompendo-se o prazo recursal pela oposição de embargos declaratórios (fl. 69-71) rejeitados por decisão publicada em 12 de novembro (fl. 72-73).

O protocolo do recurso, por seu turno, deu-se aos 27 de novembro (fl. 74), dentro da quinzena legal.

Consta nos autos que em 20 de outubro de 2008 a ré alienou o estabelecimento empresarial M. de L. de Oliveira – Junqueirópolis – ME, CNPJ nº 03.886.972/0001-13, ao Sr. Agnaldo Figueira Viana que, por sua vez, vendeu o bem ao autor na data de 10 de novembro de 2010 (fl. 8-10 do apenso).

Argumenta o demandante que a ré continua utilizando o CNPJ para vender carvão, em evidente concorrência desleal, nos termos do art. 1.147 do Código Civil. Postulou que a ora recorrida fosse condenada a se abster de comercializar carvão até o final do prazo legal, bem como indenizasse o demandante pelo prejuízo material suportado, que estimou em R$ 10.000,00.

As fotografias juntadas em fl. 11-16 comprovam que a empresa individual M. de L. de Oliveira – Junqueirópolis – ME, utilizando o mesmo CNPJ, comercializa carvão da marca Junqueira, concorrente da marca adquirida pelo autor do Sr. Agnaldo ("Carvão Explosão").

Além disso, a nota fiscal eletrônica encartada em fl. 16 demonstra que a ré utilizou a firma individual e o CNPJ do estabelecimento empresarial alienado para vender vinte quilos do Carvão Junqueira, conforme simples comparação entre as inscrições estaduais inseridas na nota fiscal e no saco de carvão da marca (fl. 11 e 16).

Esses elementos probatórios são corroborados pela confissão tácita da autora ao prestar depoimento na Delegacia de Polícia Civil (fl. 59-60), *in verbis*:

> Para sua surpresa, no dia de hoje surpreendeu o Fábio Toneto fotografando pacotes de carvão de sua empresa que estão expostos no

Acesso ao Sumário

comércio da cidade. Esclarece a vítima que referidos produtos já estavam em poder das empresas antes da decisão judicial liminar. Para preservar seus direitos solicita o registro do presente para que não aleguem que está vendendo após a decisão judicial.

Ora, se as mercadorias já estavam em poder dos comerciantes locais, significa que a ré estava vendendo carvão.

Os documentos de fl. 33-37, por sua vez, em nada auxiliam a ré, pois a microempresa Luiz Carlos Vieira de Souza – Junqueirópolis ME – cujo nome fantasia é "Carvão Junqueira" e cujo endereço social é o mesmo da firma individual M. de Lourdes de Oliveira –, foi constituída somente em 16 de março de 2012, um mês depois da citação da ré. Ainda segundo documento trazido pela ré o microempresário Luiz Carlos seria seu empregador desde 9 de abril de 2012!

Evidente, pois, que a recorrida tentou se furtar ao cumprimento da ordem judicial constituindo nova firma individual em nome de terceiro.

Destarte, improcedente a alegação da defesa de que as atividades da firma individual M. de L. de Oliveira Junqueirópolis – ME estavam paralisadas desde o primeiro trespasse ante a inércia do Sr. Agnaldo em formalizar a compra e venda do estabelecimento junto aos órgãos competentes (fl. 38 dos autos principais).

Irrelevante que o primeiro adquirente não tenha providenciado a transferência do estabelecimento para seu nome até o dia 31 de dezembro de 2008, conforme obrigação contratual assumida (fl. 9 do apenso, Cláusula Terceira).

Nos termos do art. 1.147 do Código Civil, "não havendo autorização expressa, o alienante do estabelecimento não pode fazer concorrência ao adquirente, nos cinco anos subsequentes à transferência".

Ora, se assim o é, depois de efetuar o primeiro trespasse não poderia a autora continuar exercendo a mercancia no mesmo ramo, sob pena de configuração da concorrência desleal, tenha ou não sido oficializado o negócio.

Poderia o recorrente reclamar o ressarcimento dos lucros cessantes junto ao alienante Sr. Agnaldo, mas preferiu deduzir tal pretensão cumulativamente com o pedido de obrigação de não fazer em face da recorrida.

Reconhecida a concorrência desleal, a existência de dano material é manifesta: ao alienar carvão sob a marca "Junqueira", durante o período de interdição, houve presumido desvio de clientela dos consumidores da marca "Explosão".

O prejuízo material, no caso concreto, corresponde aos benefícios que foram auferidos pela recorrida, o que poderá ser apurado na fase de liquidação da sentença mediante exame dos livros empresariais da ré, apurando-se, assim, o *quantum debeatur*.

Acesso ao Sumário

O período de apuração, porém, compreende a data do segundo trespasse – havido entre o Sr. Agnado e o autor – e o termo final do período de interdição (10 de novembro de 2010 e 20 de outubro de 2013, respectivamente).

Conquanto o pedido de obrigação de não fazer seja procedente, uma vez que o período de interdição findou aos 20 de outubro de 2013, inócua seria a intimação da demandada para abster-se de praticar o ato.

Destarte, a procedência do pedido de obrigação de não fazer influencia exclusivamente na distribuição do ônus da sucumbência.

Em razão do exposto, dá-se provimento ao recurso para julgar procedente o pedido inaugural, determinando à ré que se abstenha de fabricar e comercializar carvão no território de atuação do autor até o dia 20 de outubro de 2013, condenando-se ainda a demandada ao pagamento de lucros cessantes, que serão apurados na fase de liquidação da sentença, conforme parâmetros traçados.

Em consequência, ficam invertidos os ônus da sucumbência.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0018319-71.2010.8.26.0032, da Comarca de Araçatuba, em que é apelante CAMILA CEZÁRIO (JUSTIÇA GRATUITA), é apelado GUERINO SEISCENTO TRANSPORTES LTDA..

ACORDAM, em 23ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 10452)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores JOSÉ MARCOS MARRONE (Presidente) e J. B. FRANCO DE GODOI.

São Paulo, 13 de agosto de 2014.

SÉRGIO SHIMURA, Relator

Ementa: AÇÃO INDENIZATÓRIA – TRANSPORTE DE PASSAGEIROS – Autora obesa que ficou entalada na catraca de ônibus – Culpa exclusiva da autora, que, apesar de o motorista ter autorizado a sentar-se no banco dianteiro, tentou passar a catraca vindo a ficar travada – Ademais, não cabe alteração do pedido ou da causa de pedir após o saneamento do processo – Art. 264, CPC – Sentença de improcedência mantida.

Acesso ao Sumário

RECURSO DESPROVIDO.

VOTO

Trata-se de ação indenizatória proposta por CAMILA CEZÁRIO contra GUERINO SEISCENTO TRANSPORTE LTDA., objetivando a reparação pelos danos morais causados em razão de constrangimento sofrido no interior de ônibus de propriedade da ré.

Sobreveio sentença de improcedência, cujo relatório se adota, sob o fundamento de que os elementos dos autos não provam a conduta desrespeitosa e negligente do motorista, consistente em obrigar a autora a passar pela catraca de retenção de passagem, sem lhe franquear a utilização dos assentos preferenciais destinados a pessoas portadoras de necessidades especiais, condenando-a na verba honorária de R$ 1.000,00 (fls. 283/287).

Inconformada, a autora vem recorrer, sustentando, em resumo, que o dano moral ficou configurado em momento anterior, quando foi obrigada a descer do coletivo, pois não poderia ultrapassar a catraca de retenção por ser muito estreita (fls. 289/295).

Recurso devidamente processado e respondido (fls. 301/316).

É o relatório.

Do que se extrai dos autos, a autora sempre utilizou o serviço de transporte fornecido pela ré, a fim de se deslocar até seu trabalho e, por ser pessoa obesa, sentava-se nos assentos dianteiros, apenas rodando a catraca de passagem do coletivo.

Entretanto, no dia 21/08/2010, ao adentrar no coletivo da ré, foi informada pelo motorista de que não poderia utilizar o serviço de transporte sem ultrapassar pela catraca de retenção. Afirma que, mesmo sem condições de transpor a catraca, foi obrigada a utilizar o equipamento, ficando presa por quase oito minutos, situação que lhe causou grave constrangimento e humilhação; diz que havia outros passageiros e o fato, registrado por equipe de televisão, de modo que a conduta da ré lhe causou diversos dissabores que devem ser indenizados.

Nesse contexto, o recurso não merece guarida.

A questão foi bem examinada na r. sentença, que afastou a responsabilidade da ré pelos danos morais, sob o fundamento de que não ficou demonstrado que houve conduta negligente do motorista do coletivo a ensejar a pretensão reparatória.

A prova testemunhal produzida pela própria autora demonstrou que ela não foi obrigada a ultrapassar a catraca de retenção, pois foi devidamente autorizada a sentar nos assentos dianteiros, como estava acostumada a fazer.

Nessa linha, bem observou o MM. Juiz sentenciante, Dr. Antônio de

Acesso ao Sumário

Oliveira Angrisani Filho: "Frise-se que, as próprias testemunhas da autora relatam que, no dia dos fatos, o motorista Augusto autorizou a autora a sentar-se no banco da frente, mas ela, por conta própria, tentou passar pela catraca e ficou entalada" (fl. 286).

Assim, a autora por sua conduta causou todo o transtorno, que foi registrado pela equipe de reportagem que, sem qualquer explicação clara, estava presente no exato momento em que a autora ficou presa na catraca por 8 minutos (conforme DVD – juntado a fl. 27).

Registre-se, por fim, que a autora, em sede de apelação, argumenta que os danos morais não ocorreram pelo fato de ter ficado presa na catraca de passagem do coletivo, mas porque em momento anterior foi obrigada a descer do coletivo, pois não poderia ultrapassar a catraca de retenção por ser muito estreita.

Mas, como se percebe, a autora pretende alterar a causa de pedir, sem o consentimento da ré e após o saneamento, em nítida afronta ao disposto no art. 264, CPC ("Feita a citação, é defeso ao autor modificar o pedido ou a causa de pedir, sem o consentimento do réu, mantendo-se as mesmas partes, salvo as substituições permitidas por lei. Parágrafo único. A alteração do pedido ou da causa de pedir em nenhuma hipótese será permitida após o saneamento do processo").

Em conclusão, a apelante não trouxe qualquer alegação capaz de infirmar a r. sentença, devendo ser mantida por seus próprios fundamentos.

Do exposto, pelo meu voto, **nego provimento** ao recurso.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0219068-60.2011.8.26.0100, da Comarca de São Paulo, em que é apelante MARA LUCIA LOURO (JUSTIÇA GRATUITA), é apelado HÉLIO MOTOS COMERCIAL LTDA..

ACORDAM, em 30ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Não conheceram do agravo retido; deram provimento à apelação. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 26.028)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores ANDRADE NETO (Presidente sem voto), CARLOS RUSSO e MARCOS RAMOS.

São Paulo, 20 de agosto de 2014.

LINO MACHADO, Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: Apelação – Compra e venda de bem móvel – Ausência de transferência administrativa junto ao órgão de trânsito.

O comerciante há de cuidar para que, consumada nova alienação, o vendedor originário não continue a figurar como proprietário do bem; tal providência visa a resguardar fatos ilícitos futuros envolvendo o veículo – Se a ré, primeira adquirente, optou por não transferir o veículo para o seu nome, nem cuidou para que o terceiro transferisse, a sua responsabilidade frente ao antigo proprietário persiste.

Agravo retido não conhecido.

Apelação provida.

VOTO

Vistos.

A r. sentença de fls. 68/71 julgou improcedente o pedido formulado em ação de obrigação de fazer, fundada em contrato de compra e venda de bem móvel. Em razão da sucumbência, foi a autora condenada ao pagamento das custas, despesas processuais e honorários advocatícios, estes arbitrados em novecentos reais, suspendendo-se a exigibilidade de tais verbas em razão dos benefícios da justiça gratuita. Apela a autora e argui que há de ser determinada a transferência administrativa do bem (fls. 73/77). Contrarrazões a fls. 79/82.

É o relatório.

Não conheço do agravo retido, uma vez que não foi reiterado, no momento adequado, seu pedido de julgamento (art. 523, § 1º, do CPC). Não basta mera menção feita no relato dos fatos, em contrarrazões, de que houve a interposição do recurso.

Dispõe o artigo 123, inciso I, do Código de Trânsito Brasileiro: "***Será obrigatória a expedição de novo Certificado de Registro de Veículo quando for transferida a propriedade***", estabelecendo-se expressamente que "***no caso de transferência de propriedade, o prazo para o proprietário adotar as providências necessárias à efetivação da expedição do novo Certificado de Registro de Veículo é de trinta dias***" (§ 1º). Tratando-se de empresa que comercializa veículo usado, inexiste obrigatoriedade de transferência de veículo para o seu nome, questão que tem sido disciplinada pela Portaria nº 1.606, de 19.08.2005, do Detran, que estabelece em seu art. 31 que "a inexigibilidade de prévia averbação pela pessoa jurídica que comercializa veículo usado não a desonerará do cumprimento da obrigação prevista no art. 134 do Código de

Trânsito Brasileiro".

Todavia, a não obrigatoriedade da transferência de propriedade não exime a pessoa jurídica de tomar todas as providências necessárias junto ao órgão de trânsito competente, pois tal providência vem determinada no artigo 134 do Código de Trânsito Brasileiro. Assim, o comerciante há de cuidar para que, consumada nova alienação, o vendedor originário não continue a figurar como proprietário do bem; tal providência visa a resguardar fatos ilícitos futuros envolvendo o veículo. Se a apelante, primeira adquirente, optou por não transferir o veículo para o seu nome, nem cuidou para que o terceiro transferisse, a sua responsabilidade frente à antiga proprietária (autora) persiste. Logo, não se há de falar em culpa do autor, nem em culpa concorrente.

Não é crível que profissional do ramo de compra e venda de veículos não tome os cuidados necessários na hora de realizar o negócio jurídico, sendo certo que se havia algum óbice quanto à sua concretização (débitos anteriores) deveria ter se recusado a celebrar o negócio, sendo certo que a transferência do bem móvel se concretizou com a mera tradição.

Por conseguinte, não conheço do agravo retido e dou provimento à apelação para julgar procedente o pedido e condenar a ré a providenciar a anotação da transferência administrativa do bem junto ao órgão de trânsito. Para evitar prejuízo à autora, fica determinada a expedição de ofício, em primeiro grau, ao órgão de trânsito, para que seja realizada anotação de que o bem foi transferido da autora para a ré na data indicada à fl. 57, às expensas da ré, sem prejuízo das vendas que tiverem ocorrido após o negócio jurídico celebrado entre as partes. Arcará a ré com o pagamento das custas, despesas processuais e honorários advocatícios, estes arbitrados conforme ao art. 20, §§ 3º e 4º, do CPC, em oitocentos reais.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 9185228-80.2009.8.26.0000, da Comarca de São José dos Campos, em que é apelante LEÔNIDAS MAIA DA SILVA JUNIOR (JUSTIÇA GRATUITA), é apelado CRED SYSTEM ADMINISTRADORA DE CARTÕES DE CRÉDITO LTDA..

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 14.123)**

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

Acesso ao Sumário

DESINANO.

São Paulo, 1 de julho de 2014.

WALTER FONSECA, Relator

Ementa: INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL - ALEGAÇÃO DE TEMPESTIVO PAGAMENTO DE PRESTAÇÃO DE FINANCIAMENTO ANOTADO EM BANCO DE DADOS DE PROTEÇÃO AO CRÉDITO - NÃO COMPROVAÇÃO DO ADIMPLEMENTO - Não tendo o autor comprovado o adimplemento de sua obrigação, não há como exigir reparação por dano moral decorrente de ato legítimo do credor - Caso em que o consumidor reúne prévias anotações de restrição ao crédito em seu nome, o que também afasta a alegação de dano à reputação (STJ, Súmula nº 385) - Improcedência mantida. Recurso desprovido.

VOTO

Vistos...

Ação de indenização por dano moral[1] julgada improcedente, ao fundamento de que o autor inadimpliu a última prestação de uma compra parcelada vencida em 08/10/2005, e somente veio a pagá-la quando seu nome já houvera sido inscrito nos bancos de dados dos órgãos de proteção ao crédito, em 12/05/2006, e mesmo assim pelo valor original, sem o acréscimo dos encargos moratórios, fato que era de seu conhecimento e buscou dissimular para alcançar objetivo ilegal, pelo que fica condenado ao pagamento de multa de 1% e indenização de 20% a título de litigância de má-fé, além dos honorários advocatícios de 20%, ficando isento destes em razão de ser beneficiário de assistência judiciária gratuita (fls. 102/105).

Inconformado, o autor interpõe apelação, sustentando que pagou a última parcela da compra financiada em 10/10/2005, quitando a obrigação, mas houve um equívoco da atendente do caixa, que trocou o pagamento pelo de outra pessoa chamada Pamela, e tendo ligado para o SAC da ré, foi-lhe assegurado que o engano seria resolvido, mas nada foi feito, o que lhe gerou indevido abalo de crédito e dano moral *in re ipsa* (fls. 113/122).

Tempestivo, desprovido de preparo, tendo em vista a gratuidade processual concedida ao autor, e sem resposta, o recurso está pronto para julgamento.

Acesso ao Sumário

1 Valor da causa de R$ 16.366,00, em 23/01/2007.

É o relatório.

Não procede o recurso.

A tese defendida nas razões de apelação divorcia-se das questões fáticas trazidas na petição inicial. Trata-se de indevida inovação trazida na réplica à contestação, com base na documentação juntada pelo réu.

Entretanto, a tese de que o autor teria pagado tempestivamente a última prestação do financiamento de seu cartão de crédito, mas o preposto que a recebeu trocara o recibo pelo de outra pessoa, ainda assim é desprovida de comprovação documental.

Não parece razoável que o nome do apelante tenha sido inscrito nas bases de dados dos órgãos de proteção ao crédito em 21/11/2005 (conforme terceiro parágrafo de fls. 03), mas somente veio perceber aludida confusão seis meses depois, em 08/05/2006, quando entrou em contato com o SAC do réu (conforme fls. 75), mesmo possuindo o comprovante trocado, tanto que o juntou tardiamente na apelação (fls. 123), quando já preclusa a oportunidade de se produzir prova documental.

De qualquer modo, não havia indício algum do tempestivo pagamento da parcela do financiamento, e nem mesmo da alegada troca de recibos, não sendo possível inverter os ônus da prova em favor do consumidor, à míngua de verossimilhança em suas alegações, porque se pagamento houvesse tido, por que então o apelante teria repetido o pagamento em 12/05/2006 (fls. 19), e nem se interessou em postular a repetição do indébito decorrente de eventual pagamento duplicado.

Não fosse por tudo isso, ainda assim a pretensão do apelante acaba por esbarrar no entendimento jurisprudencial contido na Súmula nº 385 do E. Superior Tribunal de Justiça, que preleciona que *"da anotação irregular em cadastro de proteção ao crédito, não cabe indenização por dano moral, quando preexistente legítima inscrição, ressalvado o direito ao cancelamento"*.

O documento de fls. 79 comprova que o autor colecionava prévias anotações de inadimplemento, o que lhe desautorizava pedir dano moral decorrente de fato desabonador à sua reputação, que já estava maculada pela reiterada postura de ser impontual em suas obrigações.

Portanto, por qualquer ângulo que se analise a questão, não há como acolher a pretensão do apelante.

Pelo exposto, **nega-se provimento ao recurso**.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0000707-92.2011.8.26.0127, da Comarca de Carapicuíba, em que é apelante NEDRIA BERNARDO ROSA DE SANTANA (JUSTIÇA GRATUITA), são apelados DONIZETE DE SÃO BERNARDO e IRAILDES NATIVIDADE DE SANTANA.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 13ª 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 16630)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores FRANCISCO GIAQUINTO (Presidente), ZÉLIA MARIA ANTUNES ALVES e ANA DE LOURDES COUTINHO SILVA DA FONSECA.

São Paulo, 2 de julho de 2014.

FRANCISCO GIAQUINTO, Relator

Ementa: Ação de reintegração de posse - Imóvel de propriedade dos autores cedido à ré e seu então marido (filho dos autores, falecido) a título de comodato verbal - Existência de instrumento particular de rescisão de comodato, avençado entre as partes litigantes, prevendo desocupação do imóvel pela ré em 31/12/2010 - Permanência injusta da ré na posse do imóvel após expirar-se o prazo ajustado para desocupação, a caracterizar o esbulho possessório - Requisitos do art. 927 do CPC e art. 1210 do CC preenchidos autorizando a reintegração dos autores no imóvel - Sentença mantida - Recurso negado.

Danos materiais postulada pela comodatária ré, com despesas com construção em parte do imóvel - Alegação genérica de sua ocorrência, inclusive sem precisar o exato valor despendido - Comodatária não pode recobrar do comodante despesas feitas com o uso e gozo da coisa emprestada (art. 584 do CC) - Recurso negado.

Acesso ao Sumário

VOTO

Trata-se de ação de reintegração de posse proposta por **DONIZETE DE**

SÃO BERNARDO e **IRAILDES NATIVIDADE DE SANTANA** em face de **NEDRIA BERNARDO ROSA DE SANTANA**, **julgada procedente** pela r. sentença de fls. 371/375, para reintegrar os autores, definitivamente, na posse do imóvel. Em razão da sucumbência, condenou-se a ré ao pagamento das despesas processuais, bem como honorários advocatícios fixados em 10% do valor da causa, observada a gratuidade.

Apela a ré, procurando reverter a r. sentença, sustentando, em resumo, que ela (apelante) e seu falecido companheiro (filho dos autores) adentraram no imóvel litigioso em 1998, restando no caso comprovada a posse de mais de ano e dia, razão pela qual equivocou-se o Juiz em conceder a liminar *initio litis* de reintegração dos autores na posse do imóvel. Argumenta ademais que, em razão de seu filho (neto dos apelados) apresentar problemas de saúde, os próprios autores permitiram que a ré permanecesse no imóvel até julho/2011 ou até a sua melhora. Aduz que, necessitando o menor de intervenção cirúrgica, a própria apelada Iraildes acordou verbalmente com a prorrogação do comodato, razão pela qual a ação deveria ser julgada improcedente. Por fim, defende deve ser indenizada pela construção de parte do imóvel, sendo insuficiente o valor de R$ 6.000,00 por ela recebido dos autores, bem como pelos transtornos a que foi submetida por eles, obrigando-a a desocupar o imóvel.

Recursos regularmente processado e respondido. É o relatório.

VOTO.

Trata-se de ação de reintegração de posse tendo por objeto imóvel situado na Rua Dalva de Oliveira, 60, Parque Santa Tereza, Carapicuíba/SP, matrícula nº 24.455 do Registro de Imóveis de Barueri-SP (fls.17/18).

Narram os autores, na inicial, cederam referido imóvel à ré e seu marido (filho dos autores, falecido) a título de comodato, para que nele residissem provisoriamente.

Sustentam que, em 10/5/2010, as partes avençaram instrumento particular de rescisão de comodato e outras avenças, ficando estipulado que a ré (apelante) desocuparia o imóvel em 31/12/2010, bem como os autores pagariam à ré, por mera liberalidade, o valor de R$ 6.000,00.

Alegam os autores, embora expirado o prazo estipulado no termo de rescisão do comodato, a ré não desocupou o imóvel, autorizando o ajuizamento da ação de reintegração de posse.

Foi deferida e executada a liminar de reintegração dos autores na posse do imóvel (fl. 57/58).

As razões do recurso da ré não são suficientes para abalar o resultado proclamado na r. sentença.

Em se tratando de ação possessória em que as partes controvertem sobre a posse, incumbe ao autor provar os requisitos do art. 927 do CPC:

Acesso ao Sumário

"Incumbe ao autor provar:

I - a sua posse;

II - a turbação ou o esbulho praticado pelo réu;

III - a data da turbação ou do esbulho;

IV - a continuação da posse, embora turbada, na ação de manutenção; a perda da posse, na ação de reintegração".

As provas constantes dos autos demonstram a posse dos autores da ação de reintegração de posse e o esbulho praticado pela ré, com a consequente perda da posse.

Com efeito, reza o art. 1.208 do Código Civil: "*Não induzem posse os atos de mera permissão ou tolerância assim como não autorizam a sua aquisição os atos violentos, ou clandestinos, senão depois de cessar a violência ou a clandestinidade"*.

E foi exatamente o que ocorreu no caso em exame, tratando-se de mera detenção da ré, a quem cabia restituir o imóvel até o dia 31/12/2010, prazo previsto no instrumento de rescisão de comodato avençado entre as partes (fls. 21).

Tem-se que no comodato a posse é transmitida a título provisório, ou seja, o comodatário adquire a posse precária, sendo obrigado a devolvê-lo tão logo o comodante reclame o bem de volta.

Assim, de fato, com a permanência injusta da ré na posse do imóvel após expirar-se o prazo acordado para desocupação (**31/12/2010**), fica caracterizado o esbulho possessório, transformando a posse anteriormente justa em injusta, a autorizar a proteção prevista pelos artigos 926 a 931 do CPC, para o fim de reintegrar os autores na sua posse, esbulhada pela ré.

Ademais, deixou a ré (apelante) também de demonstrar os fatos constitutivos de seu direito para permanecer na posse do imóvel, após 31/12/2010, data prevista para desocupação e restituição do imóvel aos requerentes, nada corroborando a prova testemunhal produzida (fls. 338/355) com a genérica alegação de que a coautora Iraildes tivesse verbalmente permitido a continuidade do comodato.

Acesso ao Sumário

Bem decidiu o d. Juiz de Direito ao anotar na r. sentença: ***"Quanto ao término do contrato verbal de comodato firmado entre as partes não há dúvidas, conforme instrumento particular rescisório colacionado as fls. 21. Assim, com a permanência da requerida e confirmado o esbulho perpetrado pela requerida há menos de ano e dia, incensurável a decisão que reintegrou os requerentes na posse do mencionado imóvel (fls. 58). (...) Bem por isso, comprovada a precariedade da posse exercida pela ré e o manifesto interesse dos autores na extinção do comodato verbal instituído em favor da comodatária, configurado o esbulho possessório a permitir a reintegração de posse"*** (fls. 373).

Deste modo, correta a r. sentença ao determinar a reintegração dos autores na posse do imóvel, após rescindido o contrato de comodato e a não restituição do bem na data prevista no instrumento de fls. 21, a caracterizar esbulho possessório, legitimando a reintegração determinada.

Por fim, os danos materiais pleiteados pela ré apelante (consubstanciados em despesas na construção de parte do imóvel) não restaram comprovados, de forma a impossibilitar o seu reconhecimento.

Como bem realçou o d. Juiz sentenciante: ***"Por sua vez, os documentos trazidos nos autos pela requerida relativo aos alegados gastos suportados com alguns metros de areia, pedra, cimento, tijolos e tinta (fls. 79/84), além de não comprovar cabalmente que tais materiais teriam sido efetivamente empregados no imóvel, nada desnatura o comodato firmado entre as partes, dado ao fato de que este é um negócio jurídico gratuito. Aliás, segundo dispositivo legal pertinente (artigo 584 do Código Civil), o comodatário jamais poderá recobrar do comodante as despesas feitas com o uso e o gozo da coisa emprestada"*** (fl. 373).

De fato, a ré, em contestação, sequer descreveu quais seriam os danos materiais pleiteados, alegando de forma genérica sua ocorrência, inclusive sem precisar o exato valor despendido, limitando-se a requerer *"a condenação dos autores a indenizar a Requerida, de valor a ser apurado pela construção de parte do imóvel que compõe a casa situada na Rua Dalva de Oliveira nº 60, Parque Santa Tereza, em Carapicuíba."* (fl. 64).

Não custa lembrar, por fim, não poderia a comodatária requerida recobrar do comodante despesas feitas com o uso e gozo da coisa emprestada (art. 584 do CC), muito menos danos morais, porquanto ocupando o imóvel a título de mera comodatária dos autores.

Por tais fundamentos, **nega-se provimento ao recurso**.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0000177-65.2012.8.26.0576, da Comarca de São José do Rio Preto, em que é apelante VRG LINHAS AÉREAS S/A, é apelado LUCADEMA CIENTÍFICA LTDA. ME.

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 14661)**

Acesso ao Sumário

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

São Paulo, 14 de julho de 2014.

MARINO NETO, Relator

Ementa: INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS - SENTENÇA DE PARCIAL PROCEDÊNCIA - APELAÇÃO - Contrato de transporte aéreo - Atraso na entrega de documentos para participação em licitação - Dano moral - Pessoa jurídica - É possível a condenação em indenização por danos morais por ato praticado contra pessoa jurídica, porém há a necessidade de comprovação do abalo de sua honra objetiva - Danos morais que não se presumem - Ausência de demonstração do efetivo prejuízo ou abalo à imagem e ao bom nome da empresa autora - Reforma da sentença para afastar a indenização por danos morais. Recurso provido.

VOTO

Trata-se de apelação de sentença que julgou parcialmente procedente ação de indenização por danos morais[1], ajuizada por **Lucadema Científica Ltda. ME** em face de **VRG Linhas Aéreas S/A** para condenar o réu a indenizar a autora em seis mil, duzentos e vinte reais (R$ 6.220,00) a título de danos morais, valor a ser corrigido pela tabela prática deste Tribunal e acrescido de juros de mora de 1% ao mês, ambos contados a partir da data da prolação da sentença. Pela sucumbência recíproca, condenou as partes a repartirem as custas e despesas processuais e arcarem com os honorários de seus respectivos patronos.

O réu apela sustentando não ter se configurado o dano moral alegado pela autora, pois o atraso na entrega dos documentos não passou de mero aborrecimento do cotidiano e a requerente não logrou demonstrar o constrangimento sofrido, sendo que sequer comprovou o embarque dos referidos documentos, o efetivo extravio e o valor sentimental que pudesse gerar indenização.

O recurso foi respondido.

É o relatório.

O autor narrou em sua inicial ter contratado o serviço de transporte de documentos indispensáveis para licitação pública a ser realizada no Estado do

Acesso ao Sumário

1 Valor: R$ 1.000,00, em janeiro de 2012.

Maranhão. Diante do prazo exíguo e a necessidade de agilidade no transporte, ajustou com a ré a entrega dos documentos e efetuou o embarque 5 dias antes do certame. Porém, recebeu a notícia que os documentos se extraviaram no caminho e chegaram ao seu destino somente após o início da licitação, o que impediu a autora de participar. Assim, evidenciou-se a negligência da ré e o dever de indenizar a autora por danos materiais e morais.

A sentença recorrida afastou o pedido de indenização por danos materiais, mas reconheceu o direito de reparação por danos morais, ao argumento de que o atraso na entrega dos documentos, por si só, configura o dano moral, independentemente de prova do abalo sofrido, pois o prejuízo é presumido e decorre do próprio ato da transportadora.

A hipótese não é passível de indenização. A autora, pessoa jurídica, pode ter direito à reparação civil, nos termos da Súmula 227 do Superior Tribunal de Justiça, porém, sua aplicação é restrita aos casos de efetiva lesão à honra objetiva da pessoa jurídica.

A autora não conseguiu provar o abalo à imagem e ao bom nome da empresa, o que era necessário para lhe dar o direito à indenização postulada.

Isso porque o atraso na entrega dos documentos tão somente impediu a autora de participar do certame, não havendo demonstração do ataque à sua honra e do prejuízo ocasionado perante seus consumidores ou fornecedores.

O dano moral à pessoa jurídica não se presume e depende de prova do abalo de seu bom nome perante o mercado, repercutindo economicamente, já que desprovida de sentimentos ou angústias, aplicando-se o referido instituto somente nos casos em que comprovada a ofensa à honra objetiva da empresa, o que não se verificou no caso em tela.

Assim, a indenização por danos morais deve ser afastada, eis que incabível no presente caso.

Posto isso, dá-se provimento ao recurso, para julgar improcedente o feito, condenando a autora ao pagamento das custas e despesas processuais, bem como dos honorários advocatícios fixados, por equidade, em mil reais (R$ 1.000,00).

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 1003496-21.2014.8.26.0037, da Comarca de Araraquara, em que é apelante JOSE CARLOS FERREIRA ANDRADE (JUSTIÇA GRATUITA), é apelado BANCO ITAUCARD S/A.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 15ª Câmara de Direito

Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do relator, que integra este acórdão. **(Voto n° 11934)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores CASTRO FIGLIOLIA (Presidente sem voto), ACHILE ALESINA e MANOEL MATTOS.

São Paulo, 19 de agosto de 2014.

COELHO MENDES, Relator

Ementa: AÇÃO CAUTELAR DE EXIBIÇÃO DE DOCUMENTO JULGADA PROCEDENTE, COM A IMPOSIÇÃO DE SUCUMBÊNCIA. INSURGÊNCIA. PEDIDO DE MAJORAÇÃO DE HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. ACOLHIMENTO. VERBA HONORÁRIA FIXADA EM VALOR REDUZIDO. RECURSO PROVIDO PARA SUA MAJORAÇÃO.

VOTO

Vistos.

Trata-se de recurso de apelação interposto contra a sentença de fls. 42/43, que julgou procedente ação cautelar de exibição de documento proposta por Jose Carlos Ferreira Andrade, em face de banco Itaucard S.A., arcando a requerida com as custas, despesas processuais e honorários advocatícios fixados em R$ 250,00, com fundamento no artigo 20, § 4º, do Código de Processo Civil.

A pretensão do requerente, apresentada em suas razões recursais, é majoração dos honorários advocatícios fixados, ao arbítrio do Relator.

Recurso recebido no efeito devolutivo, com apresentação de contrarrazões.

É o relatório.

Tratam os autos de ação cautelar visando a apresentação de contrato de financiamento de veículo firmado entre as suas partes.

Citado, o requerido ofereceu contestação afirmando, em síntese, que os documentos podem ser solicitados pela internet, ou central de atendimento sem qualquer custo.

Apresentou o documento, alegando a inaplicabilidade do artigo 359 do Código de Processo Civil, pedindo o reconhecimento do principio da causalidade, sem a sua condenação dos ônus da sucumbência.

A sentença julgou procedente a ação, atribuindo o pagamento das custas, despesas processuais e honorários advocatícios, fixados em R$ 250,00, ao requerido, diante do princípio da causalidade.

O autor, segundo narrou na inicial, buscou, sem sucesso, resolver seu

problema junto ao banco, sendo que o funcionário responsável recusou-se a prestar maiores informações, alegando evasivamente que deveriam tratar-se de valores que o autor devia a ré a título de taxas, negando-lhe acesso a qualquer justificativa documental para tais cobranças.

Com isso não lhe restou outra saída senão a propositura da presente cautelar. E o apelado, por sua vez, ao contestá-la perdeu a chance de não resistir, pois, embora tenha exibido o documento pleiteado, ofereceu resposta.

A condenação do banco apelado nas custas, despesas processuais e honorários advocatícios decorre, pois, de sua resistência e da aplicação do princípio da causalidade.

Frise-se que o banco, ora apelado, contestou o pedido obrigando o autor a prosseguir com o processo, o que seria desnecessário caso tivesse apenas apresentado os documentos.

Por isso, deve o banco apelado arcar com o pagamento da sucumbência, aplicando-se o princípio da causalidade.

É o que nos ensina CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO: "(...) Responde pelo custo do processo aquele que haja dado causa a ele, seja ao propor demanda inadmissível ou sem ter razão, seja obrigando quem tem razão a vir a juízo para obter ou manter aquilo a que já tinha direito (...)". ("Instituições de Direito Processual Civil", v. II, p. 645, Malheiros, 2001).

Esta C. Câmara tem considerado devida a imposição dos ônus da sucumbência ao réu de ação cautelar de exibição de documento, mesmo quando este é apresentado com a contestação. A propósito, nesse sentido: Apelação nº 0902765-81.2012.8.26.0103 e 0023878-26.2010.8.26.0576, ambos de relatoria do Des. Vicentini Barroso.

No que diz respeito ao valor da verba honorária, é de se ver que ele foi fixado em valor reduzido, impondo-se a sua majoração.

Com isso, fixo os honorários advocatícios do patrono do autor em R$ 1.000,00.

Finalmente, apenas para evitar futuros questionamentos desnecessários observo que tenho por expressamente ventilados, neste grau de jurisdição, todos dispositivos legais e constitucionais citados em sede recursal.

Saliento ainda que a função do julgador é decidir a lide de modo fundamentado e objetivo, portanto, desnecessário o enfrentamento exaustivo de todos os argumentos elaborados pelas partes.

Diante do exposto, pelo meu voto, **DOU PROVIMENTO** ao recurso.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 4003554-55.2013.8.26.0506, da Comarca de Ribeirão Preto, em que é apelante CONDOMÍNIO ECOLIFE JARDIM BOTÂNICO, é apelado CRISTIANE APARECIDA MELLO CACHOEIRA (JUSTIÇA GRATUITA).

ACORDAM, em 30ª 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 23.459)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores ANDRADE NETO (Presidente) e LINO MACHADO.

São Paulo, 30 de julho de 2014.

MARCOS RAMOS, Relator

Ementa: Despesas condominiais - Ação de cobrança - Sentença de improcedência - Manutenção - Necessidade - Demanda ajuizada em face de compradora da unidade autônoma sobre a qual recai o débito que, porém, ainda não foi imitida na posse do bem - Condomínio autor que pleiteou, após a citação, pela substituição da ré pela construtora, que detém a propriedade e posse direta do imóvel – Impossibilidade - Inteligência do art. 264, do CPC - Precedentes jurisprudenciais.

Apelo do autor desprovido.

VOTO

VOTO DO RELATOR

Trata-se de recurso de apelação interposto em ação de cobrança de despesas condominiais promovida por "Condomínio Ecolife Jardim Botânico" em face de Cristiane Aparecida Mello Cachoeira, onde proferida sentença que julgou improcedente a pretensão deduzida e condenou o autor no pagamento das verbas sucumbenciais - fls. 177/181.

Aduz o condomínio autor que o julgado merece integral reforma sob alegação, em apertada síntese, de que houve cerceamento de defesa pelo indeferimento da substituição do polo passivo da demanda, pedido em consonância com o princípio da economia processual. Acresce, ainda, que sendo o débito de natureza *propter rem* a requerida também é responsável por seu adimplemento, tal como admite a jurisprudência pátria - fls. 185/203.

Acesso ao Sumário

Contrarrazões às fls. 209/217, ao que vieram os autos conclusos a este relator.

É o relatório.

O apelo não comporta acolhimento.

Ao que se observa da atenta leitura dos autos, o condomínio autor moveu a ação de cobrança em face da compromissária compradora da unidade autônoma sobre a qual recai o débito, Cristiane Aparecida Mello Cachoeira.

Devidamente citada, a ré comprovou que não fora imitida na posse do imóvel, assim como que tramitava ação de rescisão contratual em face da empresa vendedora do bem, que é a legítima proprietária.

Em seguida, o requerente postulou pela a substituição do polo passivo do processo a fim de que a lide prosseguisse exclusivamente em face da empresa "Eco Life Jardim Botânico Empreendimentos Imobiliários Ltda.", ao que desistiu, de forma implícita, com relação à ré Cristiane (fls. 120/121).

Assim colocada a questão, é de rigor consignar que, conforme previsão do art. 264, do Código de Processo Civil, após a citação se mostra incabível a substituição da parte, exceto nos casos previstos em lei, o que não ocorre no presente caso.

Nesse sentido:

"DESPESAS DE CONDOMÍNIO - COBRANÇA - PRELIMINAR DE ILEGITIMIDADE PASSIVA ACOLHIDA - PRETENSÃO DE SUBSTITUIÇÃO DO PÓLO PASSIVO APÓS A CITAÇÃO E APRESENTAÇÃO DE CONTESTAÇÃO - INADMISSIBILIDADE - INTELIGÊNCIA DO ART. 264 DO CPC - EXTINÇÃO DO PROCESSO SEM JULGAMENTO DO MÉRITO - IMPOSIÇÃO DE HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS AO AUTOR-DESISTENTE - ADMISSIBILIDADE - PRINCÍPIO DA CAUSALIDADE (CPC, ART. 26) - FIXAÇÃO MINORADA, NOS MOLDES DO ART. 20, §§ 3º E 4º, DO CPC – SENTENÇA MANTIDA. Apelação improvida." **(Apelação nº 9275441-69.2008.8.26.0000; Relatora Des. Cristina Zucchi; 34ª Câmara de Direito Privado do TJSP; Data de julgamento: 13.02.2012).**

Dessarte, correto foi o decreto de improcedência da ação, não havendo que se cogitar, como quer o apelante, em aplicação do princípio da economia processual.

Ante o exposto, nego provimento ao apelo.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0211587-17.2009.8.26.0100, da Comarca de São Paulo, em que é apelante/apelado MERRILL LYNCH CREDIT PRODUCTS LCC, são apelados/apelantes USINAS ITAMARATI S/A, GRUPO ITAMARATI EMPREENDIMENTOS E PARTICIPAÇÕES S/A e COMPANHIA ITAMARATI DE INVESTIMENTOS.

ACORDAM, em 18ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Por maioria, afastaram a matéria preliminar, vencido o revisor. Por maioria, negaram provimento ao recurso das rés e deram provimento em parte ao recurso da autora. Vencido o revisor. Declara o revisor e o 3º Desembargador.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 2345)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores ROQUE ANTONIO MESQUITA DE OLIVEIRA (Presidente) e CARLOS ALBERTO LOPES.

São Paulo, 13 de agosto de 2014.

HENRIQUE RODRIGUERO CLAVISIO, Relator

Ementa: Sentença - Nulidade - Ausência de prestação jurisdicional - Não reconhecimento - Fundamentação suficiente - Exame adequado dos pontos controvertidos - Desnecessidade de enfrentamento todas as teses - Impossibilidade de se forçar a análise de questões que reconhecidamente extrapolam o âmbito delimitado na inicial.

Cerceamento defesa - Julgamento antecipado da lide - Nulidade - Não reconhecimento - (CPC, arts. 331 e 333) - Princípio da persuasão racional - (CPC, arts. 131 e 330) - Vínculo jurídico entre as partes e natureza das alegações que possibilitam o julgamento conforme o estado do processo - Prova documental que é apresentada com a petição inicial e resposta (CPC, art. 396) - Inviabilidade da produção de prova oral (CPC, art. 401).

Contrato de mútuo - Coobrigação reconhecida - Princípio da Solidariedade - Responsabilidade pelo débito - Indevida exigência do crédito - Ruptura de negociações e vencimento antecipado da dívida em abuso de direito e desvio da boa-fé - Mora e culpa

inexistentes - Enriquecimento do credor injustificado - Não reconhecimento - Injustiça e desvio não comprovados - Exercício regular de direito de credor - Coligação de contratos - Operação de mútuo e de derivativos '*swaps*' - Correlação e complexidade de operações - Não reconhecimento - Objeto da lide limitado - Natureza e finalidade distintas.

Juros de mora - Pedido implícito - Incidência sobre o valor objeto da condenação, independente de pedido expresso e de determinação pela sentença - Artigos 293 do Código de Processo Civil e 407 do Código Civil - Devidos desde a citação e fixados segundo a taxa que estiver em vigor para a mora do pagamento de impostos devidos a Fazenda Nacional, que é a Selic – (Artigo 406 do Código Civil e Lei 9.250/95).

Recurso das rés não provido e provido em parte o recurso da autora.

VOTO

Vistos.

Apela a autora (fls. 4062/4071) reclamando a condenação das rés também ao pagamento do valor relativo aos juros de mora, que devem incidir a partir da citação. Contrariedade apresentada pelas requeridas alegando indevida a exigência, ausente culpa e mora, devendo o montante observar a taxa Selic.

Apelam as rés (fls. 4072/4112), garantidoras das obrigações da Uisa Finance decorrentes do contrato de mútuo celebrado com a autora em 2007, reclamando em prejudicial o reconhecimento de nulidade da sentença por ausência de prestação jurisdicional, insuficiente a fundamentação e ausência de exame adequado dos pontos controvertidos, bem como porque ocorrido cerceamento defesa pelo julgamento antecipado da lide e, em argumentação de fundo, que o contrato de mútuo objeto da cobrança (fls. 30/88), não pode ser considerado um empréstimo pontual, mas deve integrar uma relação complexa entre as partes, sendo descabida a exigência, porque o vencimento antecipado não poderia ter sido acionado, revelando o fato conduta abusiva e ilícita da autora que, para tanto, teria agido de má-fé. Aponta, ainda, inexistência de mora devido a ausência de culpa por parte das corrés a impor a reversão do julgado.

Preparados e respondidos (fls. 4122/4128 e 4141/4165), vieram os autos a esta Instância.

É o relatório.

Não prevalecem os argumentos em sede prejudicial arguidos pelas rés a

Acesso ao Sumário

autorizar o reconhecimento de nulidade da sentença e cerceamento de defesa pelo julgamento antecipado da lide.

A r. sentença decidiu a lide nos limites das questões propostas, apreciando aquelas relevantes ao deslinde da controvérsia, não se podendo forçar a análise de questões que reconhecidamente extrapolam o âmbito delimitado na inicial, de modo que não se justifica o argumento de negativa de prestação jurisdicional.

Aliás, bem se sabe da desnecessidade do Juízo enfrentar todas as teses arguidas pelas partes, pois conforme precedentes jurisprudenciais do STJ e do STF, 'para cumprir a determinação constitucional de fundamentação das decisões judiciais, é desnecessário que o magistrado transcreva ou responda a toda sorte de alegações suscitadas no transcorrer do processo penal, bastando que examine as circunstâncias fáticas e jurídicas relevantes, podendo, na fundamentação, apresentar tese contrastante com aquela defendida pelas partes, valer-se da doutrina e da jurisprudência, além, por óbvio, das provas produzidas, desde que fique claro, pela sua exposição, as razões que embasaram o seu convencimento' (vide STJ, HC nº 93.167 - CE - 2007/0251525-0).

Por outro lado, não se vislumbra ocorrido o alegado cerceamento defesa pelo julgamento antecipado da lide face aos limites da controvérsia estabelecida, autorizada por isso a edição de sentença conforme dispõe o art. 330, I, do CPC.

Nesse sentido é de se lembrar que *'Não é pelo trâmite do processo que se caracteriza o julgamento antecipado; nem por ser a matéria exclusivamente de direito, ou mesmo de fato e de direito, e até a revelia. É a partir da análise da causa que o Juiz verifica o cabimento. Se devidamente instruída e dando-lhe condições para amoldar a situação do art. 330 do CPC, ou do parágrafo único do art. 740 do CPC, é uma inutilidade deixá-lo para o final de dilação probatória inútil e despicienda'* (RT 624/95).

Não por outra razão é que nos termos 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"*.

Aliás, já decidiu o Egrégio Supremo Tribunal Federal que a necessidade da produção de prova há de ficar evidenciada para que o julgamento antecipado da lide implique em cerceamento de defesa. A antecipação é legítima se os aspectos decisivos estão suficientemente líquidos para embasar o convencimento do magistrado (RE 101.171-8-SP).

Em face disso, é incumbência do juiz da causa analisar o cabimento da produção de provas, deferindo ou não a sua produção, consoante princípio da persuasão racional (CPC, arts. 131 e 330), devendo, ainda, em obediência ao disposto no art. 130, do CPC, indeferir a produção de quaisquer outras provas inúteis ou meramente protelatórias.

Confira-se: *"A questão ou não do deferimento de uma determinada prova (testemunha referida) depende de avaliação do juiz, dentro do quadro probatório existente, da necessidade dessa prova. Por isso, a possibilidade de indeferimento das diligências inúteis e protelatórias, prevista na parte final do CPC 130 (STJ, Ag 56995-0-SP, rel. Min. Assis Toledo, j. 5.4.1995, DJU 10.4.1995, p. 9322)."* (Nelson Nery Junior, Código de Processo Civil Comentado, 10ª edição, Editora Revista dos Tribunais, 2007, p. 389).

Assim, e como no caso é possível verificar que o feito já se encontrava suficientemente instruído e maduro para julgamento, injustificável a reversão do julgado como pretendido até porque suficiente a prova documental apresentada pelas partes (cf. art. 396 do CPC), desnecessárias as provas pleiteadas, observados os limites da lide (CPC artigo 401), que direcionam o julgamento da causa.

E isso conforme a orientação do o STJ: *"Constantes dos autos elementos de prova documental suficientes para formar o convencimento do julgador, inocorre cerceamento de defesa se julgada antecipadamente a controvérsia"* (STJ - 4.ª Turma, AG 14.952-DF-AgRg, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo, j. 04.12.91, v.u., DJU 03.02.92, p. 472) - *in* Theotonio Negrão, Código de Processo Civil e legislação processual em vigor, 30.ª edição, Ed. Saraiva, nota 2a ao artigo 330, p. 382).

Relativamente à questão de fundo, por primeiro, ainda que do pacto conste terem as partes elegido legislação estrangeira para superar divergências de interpretação, sujeita a lide ao Juízo local, este o direito aplicável à espécie, até porque local o lugar de cumprimento da obrigação a ser executada, permitido apenas se admitir, se for o caso, as peculiaridades da lei estrangeira quanto aos requisitos específicos ajustados, conforme refere o artigo 9º da Lei de Introdução do Código Civil Brasileiro, com o acréscimo da observação a que refere o § 2º dessa regra, "A obrigação resultante do contrato reputa-se constituída no lugar em que residir o proponente".

Como bem referido pelo Juízo de Primeiro Grau acerca dessa questão, *"Os argumentos trazidos pela autora não se adequam a atual realidade político econômico mundial. O contrato de fls. 30/88 foi celebrado em 13 de novembro de 2007, nesta data as partes já poderiam ter se utilizado do instituto da arbitragem, que vem ganhando espaço não só no Brasil, mas no mundo justamente pela flexibilidade sobre direitos disponíveis que apresenta. Não há dúvidas que no atual momento mundial do capitalismo financeiro, com o aumento das transações nacionais e negócios globalizados não se pode esperar do Poder Judiciário um 'engessamento' econômico, pois é claro que o contrato está tomando o lugar da Lei, no âmbito comercial, já que é nesta seara onde se vislumbra maior liberdade às partes seja no livre arbítrio, ou ainda na autonomia da vontade. Contudo, naturalmente o tempo do Direito e da Economia não se sincronizam. O fenômeno econômico é instantâneo, no*

Acesso ao Sumário

acordo de vontades já ocorre a troca, permuta, alienação de bens e capital; tal velocidade não é compatível ao Direito, pois este em sua origem, necessita analisar a legitimidade dos atos praticados, se isto não ocorrer pode haver a transfiguração da própria Lei. Considerando que as garantidoras da obrigação são empresas nacionais, este por si só é detalhe extrínseco relevante para a celeuma. A forma externa, destinada a verificar a manifestação da vontade, consiste naturalmente no conjunto de meios juridicamente legítimos de tornar visível a vontade, de certificar a existência dos actos *jurídicos e de facilitar a sua prova. Com as possibilidades que existem no mundo pós moderno, não é condizente que o princípio* locus regit actum *ligado ao direito feudal seja utilizado de maneira absoluta; afinal* qui elegit judicem elegit jus*. A partir do momento em que o autor optou por provocar o Poder Judiciário paulista, não se tratava de questão de competência, porém de jurisdição. A jurisdição é a função exercida pelo Estado através de agentes adequados (os juízes), com vista à solução imperativa de conflitos interindividuais ou supraindividuais e aos demais escopos do sistema processual. Falar em solução imperativa é pressupor a presença do poder estatal. O Estado persegue os objetivos do processo com fundamento em sua própria capacidade de decidir imperativamente e impor decisões (definição de poder estatal, segundo a ciência política), sem a necessidade de anuência dos sujeitos. Desta forma, verifico que a legislação a ser aplicada é a brasileira, mas que a vontade das partes deve ser compatibilizada ao máximo com o ordenamento jurídico pátrio, a fim de dar máxima efetividade ao contrato celebrado"*.

Reconhecem as rés sua condição de coobrigadas no contrato de mútuo objeto da cobrança - e isso observado o princípio da solidariedade que implica para as rés responsabilidade pelo débito - não sendo indevida a exigência do crédito, não havendo ocorrência de abuso de direito e desvio da boa-fé a obstar o reclamo, até porque os argumentos relativos à ruptura de negociações e vencimento antecipado da dívida não se apresentam como causas justificantes a paralisar o regular exercício de direito pelo credor, reconhecida a disponibilização dos valores pela credora e adimplemento apenas da primeira parcela dos juros, inadimplidas as demais parcelas dos juros e do principal.

Como se sabe, é da essência dos contratos o princípio da exigibilidade ou obrigatoriedade das convenções, de modo que, lei entre as partes, havendo inadimplemento, à parte lesada deve ser garantida a reparação das consequências advindas do descumprimento da obrigação, consequência essa que deriva da necessidade de segurança dos negócios jurídicos, não sendo por outra razão a regra basilar civil relativa à justiça contratual, em especial, o da boa-fé objetiva no art. 422 do Código Civil, a regular todo o direito obrigacional.

E isso até porque o argumento das rés relativo à coligação de contratos, vale dizer, da operação de mútuo e a operação de derivativos '*swaps'* não

Acesso ao Sumário

apresenta correlação e explicita complexidade de operações que maculam o crédito objeto da lide e sua exigência, porque limitada a natureza e finalidade de cada avença, distintas as obrigações, mostrando-se possível, aliás como ocorre, darem-se os reclamos tanto em relação a um ou outro devedor, como em Juízos distintos.

Ora, a interdependência, a conexidade ou a coligação dos contratos, para ser reconhecida, deve resultar clara e evidente, haja vista que somente presente essa quando provada a unidade dos interesses representados, principalmente os de natureza econômica, constituindo esse plexo de avenças o que a doutrina denomina de contratos coligados, questão que por isso implica presente a intervinculação dos acordos de vontade assentados, fato que obsta e inviabiliza a apreciação individualizada de apenas um dos pactos, de modo que, não sendo esse o caso dos autos, por evidente a ausente intervinculação e distinção de objetos, vale dizer, da operação de mútuo e a operação de derivativos '*swaps'*, o que implica não se reconhecer da coligação alegada.

Quanto a isso, o pacto de mútuo objeto da lide não indica prestar a credora para a devedora (Uisa) serviço de assessoria financeira, de modo que o negócio com derivativos, vale dizer, '*swap'* avençado pela devedora do mútuo, não vinculando a credora, não obsta a exigência do mútuo.

O documento integrante da apresentação do empréstimo (*disclaimer*) expressamente explicita que a credora não atuaria na qualidade de assessor financeiro ou fiduciário, fato que do contrato de mútuo também se explicitou a limitar a responsabilidade da mutuante à respectiva relação jurídica (vide cláusula 8.13), pois aí se consignou da inexistência de relação fiduciária.

Quer isso assim dizer que as partes, no mútuo, têm posição definida de credora e devedora, e credora e garante, de modo que, todo e qualquer ato praticado por uma ou outra parte em negócio diverso do pacto de mútuo, não acarreta responsabilidade, estando, pois, no caso, dissociada da lide o contrato de derivativos '*swap*' e atos e avenças daí decorrentes.

Aliás, quanto a isso, anote-se que as apelantes, como informado, litigam em outro Juízo com outra entidade do grupo credor e que celebrou o contrato de derivativos '*swap*' acerca desse negócio, indicando a credora em suas contrarrazões de apelo a sequência de atos relativos ao ajuste (itens 62/89).

Por fim os argumentos acrescidos pelas rés, relativos à inexistência de mora e culpa, bem como de enriquecimento injustificado do credor, ficam repelidos como aliás assim o fez o Juízo de Primeiro Grau por entender ausente a injustiça e o desvio, em especial quanto ao enriquecimento injusto, até porque não comprovados esses fatos, sobressaindo do contexto a regularidade da exigência e decorrente exercício regular de direito de credor a autorizar a exigência como se deu.

Acesso ao Sumário

Quanto a isso e como diz a credora, *"É necessário esclarecer que a desarrazoada alegação de 'enriquecimento injustificado' não se aplica ao caso dos autos, eis que a apelada apenas pretende ser ressarcida dos valores mutuados em favor da Uisa Finance e não pagos. A proteção de crédito, chamada* credit defaut swap *(CDS) contratada pela apelada junto a empresa canadense Ontário Teacher´s Pension para oferecer e, por outro lado, não aceitaram fornecer garantias pessoais dos seus sócios para a celebração de um contrato desse valor. Assim os CDS era um mecanismo indispensável para reduzir o risco do empréstimo e viabilizar a tão esperada injeção de recursos na Uisa Finance. Portanto, a Uisa Finance e as garantidoras foram as primeiras beneficiadas com a contratação do CDS, que teve um papel indispensável para viabilizar o empréstimo. Uma característica comum do CDS em ambos os sistemas jurídicos, brasileiro e norte-americano, é a de não haver qualquer dever legal para a parte compradora da proteção notificar a 'entidade referência' da realização desse contrato...No ordenamento jurídico brasileiro a Circular CMN 3106 e a Resolução 2933 não fazem qualquer menção a tal obrigação..."* (contrarrazões itens 90/4).

Além disso, é fato nos autos haver a credora recomprado o CDS, de modo que referido questionamento de enriquecimento injustificado acabou superado (contrarrazões item 95).

A exigência diz respeito a pacto de mútuo garantido por título (nota promissória), no qual figuram as devedoras como garantidoras solidárias das obrigações assumidas pela tomadora do dinheiro, por conta de injusto inadimplemento que determinou o vencimento antecipado da dívida, a impor a obrigação de pagamento do valor principal do empréstimo mais juros remuneratórios e moratórios, vínculo esse incontroverso, bem como haver a autora cumprido sua parte na avença.

Daí, constatada a injustiça do inadimplemento, legal e regular a antecipação do vencimento do contrato, ausente abusividade e ilicitude na conduta da credora, inexistente má-fé em exigir o que consta do ajustado entre as partes, bem assim o fato das alegações trazidas pelas rés relativas às relações referidas como 'complexas' existentes entre as partes, devendo as rés responder pela mora, não sujeita a hipótese a apreciação de eventual culpa, observado para tanto a condição das rés de garante e principal pagador coobrigado do valor contratado, incidente o princípio da solidariedade pelo qual respondem pelo débito.

Acesso ao Sumário

Como referido pelo Juízo de Primeiro Grau, *"A obrigação é incontroversa. Ora, se foi criado o vínculo jurídico que confere ao credor o direito de exigir do devedor, ou no caso dos garantidores, o cumprimento de determinada prestação, ele tem total interesse de se utilizar dos meios legais, a fim de compelir os devedores no cumprimento da obrigação. Verifico que as*

teses das defesas apresentadas se baseiam na conduta da autora, basicamente no elemento subjetivo. Aquilo que foi acordado entre as partes, pois teve a coincidência de declarações de vontade deve ser respeitado. Com efeito, é pressuposto de análise que ao contratar, as partes estavam cientes do que se pactuava e, portanto, devem respeitar aquilo que se avençou, pois no contrato se cristalizou a vontade das partes. Não há como se aceitar que após um longo período de normalidade na contratação a parte requerida se ponha a questionar as bases do contrato, sendo este momento justamente aquele em que incorreu em mora ou passou a ter dificuldades econômicas, discutindo lançamentos e condutas passadas a que expressamente anuiu e deu execução. Trata-se de postura incompatível com o princípio da boa-fé objetiva que informa o direito contratual moderno, porquanto se espera das partes que atuem com o mesmo denodo e lealdade ao pacto desde sua formação até depois de sua execução. É a própria aplicação do conceito 'venire contra factum proprium' *que integra a teoria da boa-fé objetiva. 'A teoria dos atos próprios parte do princípio que, se uma das partes agiu de determinada forma durante qualquer das fases do contrato, não é admissível que em momento posterior aja em total contradição com a sua própria conduta anterior. Sob o aspecto negativo, trata-se de proibir atitudes contraditórias da parte integrante de determinada relação jurídica. Sob o aspecto positivo, trata-se de exigência de atuação com coerência, uma vertente do imperativo de observar a palavra dada, contida na cláusula geral da boa-fé.' Assim, se após a pactuação houve normal cumprimento da avença, é forçoso admitir que eventuais vícios foram sanados, sem embargo de que tal conduta importa em renúncia de todas as ações ou exceções. (artigos 174 e 175 do Código Civil). Em suma, vigora em nosso ordenamento o princípio da* 'pacta sunt servanda', *segundo o qual no contrato livremente firmado entre as partes, desde que não sejam ilegais, as cláusulas devem ser fielmente cumpridas. A revisão do contrato em nosso direito é exceção à sobredita regra, de modo que as alterações que poderão ocorrer só se darão por vício do ato ou pelo acontecimento excepcional, imprevisível e que onere demasiadamente uma das partes em detrimento da outra. Não houve, no caso em testilha, qualquer vício de consentimento evidenciado capaz de nulificar o contrato estando-se diante de um ato jurídico praticado com livre manifestação de vontade por agentes capazes, sendo o objeto lícito, com regras definidas e previamente ajustadas, pois não há proibição legal com relação à contratação realizada. Por mais que as corrés defendam que o contrato de mútuo com UISA FINANCE (fls. 30/88) englobasse uma relação mais ampla, este argumento não influencia na obrigação no momento discutida que deve ser adimplida. Em contrapartida deve ficar claro que parte da obrigação contraída pela UISA FINANCE já foi paga. Em réplica a própria autora confirma que a primeira parcela do mútuo no valor de 6.771.788,19 dólares já foi quitada. Sobre a cláusula de vencimento*

Acesso ao Sumário

antecipado do contrato, esta é aceitável pelo pactuado entre as partes e a sua incidência deve produzir efeitos. A partir do momento que o devedor por meio de suas condutas revela à instituição financeira que não possui condições de cumprir com as obrigações do contrato. A instituição financeira, em tese, lucra com o tempo o qual os recursos ficam à disposição do mutuário, cobrando juros; se a devedora para de realizar o pagamento pode implicar em prejuízo direto para o banco que tem como escopo de sua atividade o fruto do capital emprestado."

Daí porque fica mantida a r. sentença recorrida por seus próprios e jurídicos fundamentos, nos termos do art. 252 do RITJ desta E. Corte, que assim dispõe:

"Art. 252. Nos recursos em geral, o relator poderá limitar-se a ratificar os fundamentos da decisão recorrida, quando, suficientemente fundamentada, houver de mantê-la."

Ressalte-se que a presente forma de julgamento encontra amplo respaldo jurisprudencial nos Tribunais Superiores (REsp n. 593.092-AL, 2ª T. do STJ, DJ de 17.12.04, rel. Min. Eliana Calmon; REsp n. 265.534-DF, 4ª T do STJ, DJ de 01.12.03, rel . Min. Fernando Gonçalves).

Reconhecido que as rés devem suportar o ônus do inadimplemento pelas devedoras, afastadas as excludentes de responsabilidade por elas afirmadas, observado os termos do pactuado, excluída a exigência pela autora do valor dos juros remuneratórios relativos à primeira parcela, correta a forma de apuração do montante devido, face a peculiaridade da contratação operar-se em moeda estrangeira.

De se acolher, por conta disso, o reclamo da autora que pleiteia a condenação das rés também ao pagamento do valor relativo aos juros de mora porque, reconhecido que as rés devem suportar o ônus do inadimplemento pelas devedoras, afastadas as excludentes de responsabilidade por elas afirmadas, integrando os juros de mora o pedido, ainda que de forma implícita, devem eles sempre incidir sobre o valor objeto da condenação, independente de pedido expresso e de determinação pela sentença, observado para tanto sua natureza, conforme dispõem os artigos 293, do Código de Processo Civil e 407, do Código Civil, de modo que, no caso, como a conversão do dólar para reais se faz na data do pagamento, não havendo que se falar em correção monetária, devidos os juros de mora desde a citação última ocorrida e fixados segundo a taxa que estiver em vigor para a mora do pagamento de impostos devidos à Fazenda Nacional, que é a Selic, conforme dispõe o artigo 406, do Código Civil e Lei 9.250/95).

Nega-se provimento ao recurso das rés e dá-se provimento em parte ao recurso da autora, mantida, no entanto, a sucumbência conforme fixada em Primeiro Grau.

Acesso ao Sumário

DECLARAÇÃO DE VOTO

Inobstante o entendimento do douto Desembargador relator, de quem ouso divergir, meu voto é o seguinte:

MERRILL LYNCH CREDIT PRODUCTS, LCC ("MARRILLLYUNCH"), ajuizou a presente ação de cobrança contra USINAS ITAMARATI S/A. ("USINAS ITAMARATI"), GRUPO ITAMARATI EMPREENDIMENTOS E PARCIPAÇÕES S/A. ("ITAMARATI EMPREENDIMENTOS") E COMPANHIA ITAMARATI DE INVESTIMENTOS ("COMPANHIAITAMARATI"), sob o fundamento de que aos 13.11.2007, MARRILL LYNCH e UISA FINANCES, firmaram "Contrato de Mútuo" por meio do qual a autora se comprometeu a emprestar à UISA quantia não superior a US$ 125 milhões de dólares americanos, figurando as corrés como garantidoras solidárias das obrigações da UISA, cujo documento encontra-se encartado às fls.363 e seguintes dos autos.

Como especificado, o Contrato de Mútuo previu que o valor do principal mutuado deveria ser pago através de 11 (onze) parcelas semestrais e que os juros remuneratórios deveriam ser pagos em 14 (quatorze) parcelas semestrais e consecutivas, tendo a UISA pago a primeira parcela dos juros remuneratórios.

Em razão da ausência dos pagamentos, a autora considerou vencido o mencionado Contrato de Mútuo e das obrigações dele decorrentes, nos termos da cláusula 6.01, o que motivou o ajuizamento da presente ação.

Por ocasião da apresentação da contestação, o Grupo Itamarati Empreendimentos e Participações S/A., esclareceu que cerca de 80% do mútuo já foi pago por meio de uma operação de Credit Defalt Swap ("CDS"), mal comprando, uma espécie de seguro de crédito, cujo recebimento demandava o vencimento antecipado do MÚTUO, o que acabou sendo feito pela autora, aos 31.12.08.

Dizem, ainda, as contestantes que a MERRILL LYNCH só tinha a intenção de receber os valores do CDS, que havia contratado como fundo canadense ONTARIO.

Alegam também as corrés às fls.813, que o MERRILL LYNCH recebeu os valores da ONTARIO, por cerca de 10% (dez por cento) do valor de face e ainda ajuizou a ação de cobrança, ora em fase de julgamento.

Na peça contestatória, as corrés requereram a exibição de documentos, prova oral e pericial.

USINAS ITAMARATI S.A, por sua vez, apresentou contestação às fls. 1008/1073, ocasião em que requereu a produção de prova oral, documental e

Acesso ao Sumário

pericial, além da exibição da cópia do CDS firmado com a OTPP, informando os valores recebidos, bem como os instrumentos de recompra dessa dívida junto à OTPP.

Respeitado o entendimento do eminente Desembargador Relator e da nobre juíza sentenciante, o feito não se encontrava em termos de julgamento na forma do inciso I, do artigo 330 do Código de Processo Civil, eis que não foi observado o devido processo legal, com manifesta violação ao contraditório e ampla defesa, na formado artigo 5º, LV, da Constituição Federal.

O *Due Process of Law* exige que a cada um dos litigantes, sujeitos processuais, sejam oferecidas oportunidades previamente conhecidas para a realização de atos do processo.

No caso concreto, o julgamento antecipado da lide se mostrou temerário e as provas devem ser produzidas de forma ampla e irrestrita, com a requisição de documentos e exibição, realização de prova oral e pericial.

No tocante ao mérito propriamente dito, os recursos das corrés comportam provimento.

Com efeito, a autora postula a quantia de US$ 143.180.881,89 (cento e quarenta e três milhões, cento e oitenta mil, oitocentos e oitenta e um dólares americanos e oitenta e nove centavos), amparada na documentação acostada na inicial.

No entanto, inexiste confissão e comprovação do que prevê o inciso I do artigo 333 do Código de Processo Civil, no tocante ao fato constitutivo do direito, sendo que obrigatória seria a instauração da fase instrutória, assegurando às apelantes a faculdade prevista no inciso II, do mesmo artigo 333 da legislação processual, com a observância da igualdade de tratamento, na forma do inciso I, do artigo 125 do Código de Processo Civil, o que respeitosamente deixou de ser observado.

Não se desconhece a aplicabilidade do livre convencimento do Juiz, previsto no artigo131 do aludido diploma legal, que estabelece:

"Art. 131. O juiz apreciará livremente a prova, atendendo aos fatos e circunstâncias constantes dos autos, ainda que não alegados pelas partes; mas deverá indicar, na sentença, os motivos que lhe formaram o convencimento".

A observância de tal princípio é igualmente obrigatória no julgamento dos recursos de apelação, que não foi observado pela maioria julgadora, mas que ouso divergir, por não vislumbrar comprovado o débito no montante reconhecido, sempre respeitosamente.

A prudência recomenda que, em se tratando de exame de litígio calcado na ciência do direito, o Julgador deve precaver-se na observância dos seus princípios, ao deixar de subtrair das demandadas a faculdade de provar a "existência do fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito" da autora

Acesso ao Sumário

e jamais subtrair-lhes com juízo subjetivo, proclamando como provado o fato constitutivo contestado, sem qualquer segurança que assente tal entendimento.

Assim, baseado nas regras de experiência comum, este Revisor sente-se desconfortável em proclamar como reconhecido o débito contestado, somente com embasamento em documentos, que não encerram confissão de dívida, mesmo que esta possa até existir.

Portanto, vencido na anulação da r. sentença, para permitir a realização das provas requeridas, alternativa não vejo, senão a de dar provimento ao recurso das corrés USINAS ITAMARATI S/A., GRUPO ITAMARATI EMPREENDIMENTOS E PARTICIPAÇÕES S/A. e COMPANHIA ITAMARATI DE INVESTIMENTOS, para julgar IMPROCEDENTE a ação e julgar prejudicado o recurso interposto por MERRILL LYNCH CREDIT PRODUCTS LLC, respeitados posicionamentos contrários.

CARLOS ALBERTO LOPES, Desembargador

DECLARAÇÃO DE VOTO

1) Trata-se de ação de cobrança julgada procedente pela r. sentença de fls. 3994/4005 que condenou as rés ao pagamento de US$ 143.180.881,89.

As partes ofertaram embargos de declaração em fls. 4009/4012 e 4013/4017, ambos rejeitados pela r. decisão de fls. 4046 e 4051.

Apelação da autora em fls. 4062/4071 pedindo a reforma parcial para que conste da r. sentença a condenação em juros legais a partir da citação.

Apelação das rés em fls. 4077/4117 sustentando em síntese: i) a VISA FINANCE, por sugestão da MERRILL LYNCH , "aceitou realizar operações de derivativos (*swaps*) que supostamente diminuiriam o ônus do empréstimo e tornariam a operação menos sujeita às "oscilações cambiais"; ii) os derivativos transformaram a dívida numa verdadeira "bola de neve" majorando seu valor global de US$ 125 milhões para quase US$ 300 milhões e isso porque os recursos destinados ao pagamento dos juros do empréstimo tiveram de ser encaminhados a aportes de capital para cobrir posições em aberto dos derivativos, por exigência da MERRILL; iii) a MERRILL contratou com um fundo de pensão canadense , "ONTARIO TEACHER'S PENSION PLAN" (OTPP), à revelia da UISA, uma operação de "CREDIT DEFAULT SWAP" (CDS), cujo recebimento demandava o vencimento antecipado da dívida, adiantando-o de 2014 para 2008 - essa conduta violou o princípio da boa-fé, havendo conflito de interesses; iv) o vencimento antecipado ocorreu em 31.12.2008 rompendo abruptamente as negociações com a UISA e declarando vencida a dívida - com isso, a MERRILL recebeu do CDS o valor correspondente a cerca de 80% do crédito e pouco depois recomprou do OTPP o crédito por um valor simbólico e

Acesso ao Sumário

agora o está novamente cobrando das rés; v) o contrato de mútuo estava coligado ao contrato de *"swap"*, coligação que demandaria a análise conjunta de ambos; vi) o vencimento antecipado do contrato de mútuo foi abusivo; vii) houve ofensa aos arts. 2º, 126, 128, 458 e 535, todos do CPC e 93, IX da Constituição Federal; viii) existiu cerceamento de defesa pelo julgamento antecipado, posto que pretendia produzir prova oral, documental e pericial para: a) demonstrar o conflito de interesses para a decretação do vencimento antecipado que fornecem suporte ao abuso do seu exercício; b) demonstrar o recebimento de parte da dívida por meio do CDS da OTPP; c) provar a recompra da dívida pelo autor junto a OPTT; ix) o contrato de mútuo fez parte de uma série concatenada de contratos e operações financeiras oferecidas e aconselhadas pelo autor a UISA FINANCE e é nesse contexto que todos os contratos devem ser analisados; x) houve abuso de direito na declaração de vencimento antecipado da dívida; xi) a UISA procurou o MERRILL em 2006 para que fosse auxiliada no planejamento da expansão das suas atividades no setor sucroalcooleiro, funcionando como conselheiro financeiro apresentando alternativas de financiamento e estratégias para o crescimento da empresa; xii) acreditou que as relações profissionais com o autor eram baseadas na confiança, colocando os interesses do cliente em primeiro lugar conforme o seu código de ética; xiii) o autor convenceu as rés de que a operação com derivativos iriam diminuir a onerosidade do empréstimo, protegendo-a da variação cambial a que estava naturalmente sujeito; xiv) o autor não explicou sobre os riscos envolvidos e a adequabilidade da operação ao perfil da UISA; xv) as rés não tiveram oportunidade de analisarem as condições gerais de contratação antes da operação, como seria natural; xvi) os recursos destinados ao pagamento dos juros do empréstimo, por exigência do autor, tiveram de ser encaminhados ao aporte de capital para cobrir posições em aberto dos derivativos; xvii) o prejuízo da UISA foi de US$ 151 milhões por culpa única e exclusiva do autor, por conduta negligente e imperita ao aconselhar um contrato de "*swap*" absolutamente inadequado ao fim pretendido; xviii) em 31.12.2008, contrariando todas as expectativas, o autor declarou o vencimento antecipado do empréstimo devido ao inadimplemento do pagamento da parcela de juros devida em 12.12.2008, sem dar oportunidade de purgar a mora e exigindo o pagamento de US$ 132 milhões - houve abuso de direito pelo autor e afronta ao art. 187 do Código Civil consistente em resilir unilateralmente contratos de duração; xix) se não houvesse o CDS, o vencimento antecipado não teria sido decretado, o que confirma o conflito de interesses com que agia o autor; xx) o autor violou a boa-fé objetiva (art. 422 do Código Civil) posto que estava vinculado a agir no interesse alheio e não no interesse próprio; xxi) a resilição unilateral dos contratos pelo autor deverá ser declarada nula; xxii) as rés não estão em mora em face da autora porque não existe o elemento culpa do art. 396 do Código Civil - não há mora quando comprovada a abusividade na

Acesso ao Sumário

cobrança de encargos contratuais relativos ao período de normalidade; xxiii) o autor não poderia ter declarado o vencimento antecipado da dívida e não podem ser cobrados quaisquer encargos moratórios; xxiv) o autor recomprou da OTPP a dívida segurada por 10% do que efetivamente valia, tentando receber mais de uma vez a mesma dívida, enriquecendo-se ilicitamente a custa das rés; xxv) a sentença deve ser anulada pelo julgamento antecipado ou, alternativamente, reformada para improcedência da ação, invertendo-se os ônus da sucumbência.

A autora ofertou suas contrarrazões em fls. 4141/4165. As rés fizeram o mesmo em fls. 4122/4128.

Por ocasião do julgamento o douto relator votou no sentido de afastar a matéria preliminar e negar provimento ao recurso das rés, dando provimento parcial ao recurso da autora (fls. 4172). Diante das sustentações orais das partes, o eminente desembargador revisor pediu vista, o mesmo acontecendo com este desembargador terceiro julgador.

Este o relatório.

VOTO.

2) De início quero cumprimentar os ilustres advogados das partes pelo excelente trabalho que desenvolvem neste processo que já alcança 21 volumes, demonstrando zelo e presteza que dedicam às causas que lhe são colocadas pelos clientes, o que ficou bem patente quando as respectivas sustentações orais. Desejo também justificar a demora na remessa destes autos à mesa de julgamento, fato que aconteceu devido à necessidade de examinar com detalhes as mais de 4000 folhas constantes do processo e refletir sobre todas as teses colocadas pelos ilustres causídicos a fim de melhor formar a convicção deste magistrado.

DA MATÉRIA PRELIMINAR.

É de rigor que seja examinada a matéria preliminar relativa à anulação da r. sentença proferida pela ilustre magistrada doutora Andrea Galhardo Palma em face do julgamento antecipado.

Sustentam as rés que pretendiam produzir prova oral, documental e pericial para: a) demonstrar o conflito de interesses para a decretação do vencimento antecipado que fornecem suporte ao abuso do seu exercício; b) demonstrar o recebimento de parte da dívida por meio do CDS da OTPP; c) provar a recompra da dívida pelo autor junto a OPTT.

Todavia, respeitados os argumentos das rés apelantes, não prospera essa arguição.

Isso porque a lide está fundada em um negócio jurídico firmado em 13.11.2007 pelo qual MERRILL LYNCH CREDIT PRODUCTS LCC concluiu um contrato de mútuo com a UISA FINANCE tendo por objeto um empréstimo de US$ 125 milhões. A mutuária emitiu uma nota promissória para garantir o

Acesso ao Sumário

adimplemento.

Ocorre que as rés USINAS ITAMARATI S/A, GRUPO ITAMARATI EMPREENDIMENTOS E PARTICIPAÇÕES S/A e COMPANHIA ITAMARATI DE INVESTIMENTOS assumiram a posição de garantidoras solidárias das obrigações constantes no referido contrato, sendo certo que em 14.11.2007 e 16.11.2007 o autor terminou de entregar o montante para a UISA.

Consta que os juros remuneratórios não foram pagos pela devedora principal e isso provocou o vencimento antecipado do contrato de mútuo conforme previsto na cláusula "6.1.". Diante do inadimplemento o autor ajuizou a presente ação pretendendo receber das rés o pagamento no equivalente a US$ 143.180.881,89 em 30.10.2009, data do ajuizamento da ação.

Observo que o contrato de mútuo e seus anexos estão regularmente traduzidos em fls. 363/484, estando comprovada a transferência de fundos em fls. 485/494, o pedido de prorrogação de prazo em fls. 495/496, o qual foi atendido pelo autor (fls. 497/500), sendo certo que ele providenciou a notificação de inadimplemento antecipado para a UISA (fls. 501/504), comprovando a entrega (fls. 505/507), comprovando também as notificações encaminhadas às rés com a mesma finalidade em 30.12.2008 (fls. 508/511), demonstrando a entrega (fls. 513/514).

Ocorre que a dívida está sendo discutida na justiça de New York (USA) em face dos contratos de derivativos, os quais estão coligados ao contrato de mútuo garantido pelas rés. Esses contratos foram concluídos para reduzir o serviço da dívida do mútuo, como afirmaram as rés em sua contestação, salientando que já ocorreu o pagamento de 80% da dívida por meio de uma operação de CDS (fls. 800/1006).

Ora, como se vê, toda essa discussão sobre os contratos firmados com a devedora principal está sendo travada no exterior e lá é que terá que ser resolvida. Será perante a justiça norte-americana que UISA FINANCE deverá demonstrar que o mútuo foi realizado para que o valor obtido fosse utilizado para o refinanciamento de dívidas anteriores e também para adimplir despesas previstas no contrato, inclusive quanto ao alegado pagamento de 80% da dívida.

O mesmo seja dito quando as rés falam na necessidade de demonstrar o conflito de interesses para a decretação do vencimento antecipado que fornecem suporte ao abuso do seu exercício ou demonstrar o recebimento de parte da dívida por meio do CDS da OTPP e mesmo provar a recompra da dívida pelo autor junto a OPTT.

As alegações deduzidas pelas rés para justificar a necessidade de produção de provas são, com a devida vênia, diligências protelatórias em face da pretensão da autora, as quais ficam indeferidas com fundamento no art. 130 do CPC.

Portanto, o meu voto afasta a matéria preliminar.

Acesso ao Sumário

DO TEMA DE FUNDO.

As rés apelantes pretendem a reforma da r. sentença para improcedência, invertendo-se o ônus da sucumbência.

Todavia, não prospera a pretensão recursal, com a devida vênia.

Segundo doutrina de JORGE MOSSET ITURRASPE ("Contratos Conexos", Ed. Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, 1999, p. 13) a conexão de contratos é um fenômeno recente, decorrente da maior complexidade dos negócios, *"donde as empresas cubren un espectro más amplio. No se limitam, por via de ejemplo, a ofrecer um bien, producto o servido a los eventuales consumidores, sino que, además, lês procuran el credito para su adquisición presentan en pluralidade de centros de consumo, por a misma empresa que o produce o por otras varias, através de ventas concertadas"*. A conexidade contratual se caracteriza, segundo esse autor, *"que una misma persona, que aparece como parte en uno y como tercem en otro, ejerce una posición dominante, predispone la contratación en conexidade"* (ob. cit. p. 52).

Não há dúvida de que os contratos mencionados neste processo estão coligados e em assim sendo devem ser examinados sob um ponto de vista objetivo, no sentido de que é a *"vontade objetivada no ato"* que deve ser buscada, mediante uma *"acurada pesquisa hermenêutica"*, a fim de determinar o nexo existente entre os contratos (GIORGIO LENER, "Profili del Collegamento Negoziale", p. 3 e 16 *apud* FRANCISCO PAULO DE CRESCENZO MARINO, "Contratos Coligados no Direito Brasileiro", Ed. Saraiva, p. 73, 2010).

Para caracterizar a coligação de contratos devem ser buscados os seguintes elementos: i) pluralidade de contratos, não necessariamente celebrados entre as mesmas partes e ii) vinculo de dependência unilateral e recíproca (confira-se página 99 da obra referida de autoria do prof. Francisco Paulo). O mesmo autor fala que *"em se tratando de operações econômicas complexas, que requerem a combinação de diversos contratos cuja natureza típica não pressupõe coligação, haverá, pois, coligação voluntária"* (p. 106).

Assim sendo, cada um dos contratos coligados *"conserva a própria estrutura, isto é, a própria forma (ainda que documentalmente unidos) e o próprio conteúdo. Por nexo funcional entende-se que a coligação visa a um determinado resultado econômico-social"* (Francisco Paulo, o. cit. p. 132).

Também deve ser lembrado que os contratos em grupo *"interpretam-se uns pelos outros, sendo o sentido de cada um atribuído mediante a consideração do grupo como um todo"*, no dizer de BERNARD TEYSSIE, "Les Groupes de Contrats", p. 200 a 208, *apud* o autor já referido, p. 80.

ORLANDO GOMES, citando MESSINEO ("Contratos", 10ª edição, Forense, 1984, p. 112) ao tratar da inexistência de uma unidade formal ou instrumental entre os contratos, não afasta a circunstância de que *"cada qual é*

Acesso ao Sumário

a causa do outro, formando uma unidade econômica".

Embora coligados e diante da mesma realidade econômica, os contratos firmados nos EUA são independentes em relação ao contrato objeto desta demanda, salientando-se que *"a independência provém sempre da vontade das partes, seja ela expressa, seja dedutível a partir de um 'feixe de índices'"*, segundo FRANCISCO PAULO DE CRESCENZO MARINO (obra referida, p. 91), referindo-se a JEAN-MICHEL MARMAYOU, "L'Unité et la Pluralité Contractuelle entre les Mêmes Parties (Méthode de Distinction), p. 494 e 495.

É também oportuno salientar que a economia do contrato apresenta, em caráter subjacente, o respeito à vontade comum das partes e, no dizer de SÉBASTIEN PIMONT ("L'économie du contrat"), citado pelo professor Francisco Paulo (obra referida, p. 93), *"é uma materialização objetiva da vontade comum sob a forma de uma operação econômica"*.

Pois bem. Levados em conta esses pressupostos, temos que os contratos que se discutem nos EUA não contaram com a participação das rés apelantes e em consequência elas não podem, aqui na Justiça Brasileira, colocar para discussão as condutas relativas ao mérito daqueles contratos, como, aliás, está disciplinado pelo art. 9º da LINDB (Decreto-lei nº 4.657, de 04.09.1942).

Diz o professor Francisco Paulo (o. cit., p. 141/142) ao tratar de contratos coligados entre as mesmas partes e partes diferentes que, *"em primeiro lugar, a coligação composta por contratos celebrados entre as mesmas partes apresenta, a priori, maior propensão à produção de consequências jurídicas se comparada à coligação composta por contratos celebrados entre partes distintas"*. Logo, *"o fato de um dos figurantes permanecer alheio à vinculação entre os contratos implica, portanto, a menor intensidade da coligação contratual"*. E conclui o mestre: *"Consequentemente, não se devem confundir as expressões 'contratos coligados celebrados por partes distintas' e 'coligação com partes distintas'"* (p. 143).

Ensina o Prof. Dr. LUCIANO DE CAMARGO PENTEADO ("Redes Contratuais e Contratos Coligados" - artigo inserido na coletânea "Direito Contratual - Temas Atuais - Coordenado pelos Profs. Drs. Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka e Flávio Tartuce, Ed. Método, 2007, p. 466) que *"nos contratos coligados, o desdobramento estrutural para a manutenção de uma única função organiza-se não já como tipo contratual geral, mas com a preservação de tipos contratuais estritamente desenhados pelos atos de autonomia privada"*.

Mais adiante em seu trabalho afirma que *"os contratos coligados diferem dos contratos simplesmente atípicos pelo fato de que consistem numa combinação de contratos distintos ... envolvem duas ou mais espécies contratuais, unidas, entretanto, pela finalidade econômica unitária ou pela comunhão de*

Acesso ao Sumário

uma operação econômica só" (p. 476) ... *o que separa os contratos coligados dos contratos mistos é a existência de duas relações jurídicas obrigacionais distintas, geradas por dois ou mais contratos"* (p. 477).

No caso presente estamos diante de uma coligação por dependência bilateral, ou seja, *"uma união de contratos coordenada, sem relação de subordinação de um contrato em relação aos outros. A funcionalidade de uma só operação econômica foi escandida em duas relações contratuais paritárias"* (LUCIANO CAMARGO PENTEADO - ob. cit. p. 477).

Esse autor (ob. cit. p. 478/479) sustenta que nos contratos de dependência bilateral, deve predominar a chamada teoria da criação em matéria de regime de contratos atípicos, atentando-se *"para a concretização das cláusulas gerais, especialmente de boa-fé objetiva, e à função social dos contratos, bem como para os fins sociais da norma e do bem comum"*.

Segundo PEDRO PAIS DE VANC0NCELOS ("Contratos atípicos", Coimbra, Almedina, 2002, p. 104), colacionado no artigo supra referido, a respeito da teoria da criação, temos que *"não se trata, propriamente, de criar direito, de criar uma solução jurídica ad hoc para um problema isolado, mas antes de concretizar princípios, cláusulas gerais ou standards, e de construir, ou desconstruir, a disciplina contratual, nunca deixando de ter em mente que essa concretização é feita sempre a partir do próprio contrato e atenta as circunstâncias do caso, num processo de interpretação complementadora"*.

Já foi decidido pelo Colendo SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA que *"quando se cuida de contratos coligados, as circunstâncias do negócio é que determinarão quais as relações entre eles, e quando um não pode permanecer sem o outro, de modo que o descumprimento da obrigação de um possa influir também na conservação ou extinção do outro, desfazendo-se o negócio total"* (REsp nº 337.040-AM, Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, j. 02.05.2002, v.u.).

No mesmo sentido o julgamento do REsp nº 985.531-SP, rel. Min. Vasco Della Giustina, j. 01.09.2009, v.u, merecendo destaque os seguintes trechos do voto condutor: *"A unidade de interesses, principalmente econômicos, constitui característica principal dos contratos coligados ... A relação de interdependência entre os contratos enseja a possibilidade de arguição da exceção de contrato não cumprido ... Na execução, a exceção de contrato não cumprido incide sobre a exigibilidade do título, condicionando a ação do exequente à comprovação prévia do cumprimento de sua contraprestação como requisito imprescindível para o ingresso da execução contra o devedor"*.

Diga-se que neste caso concreto deve o julgador considerar todas as circunstâncias relevantes que nortearam a realidade econômica das partes, porém sob a ótica objetiva que se impõe em atenção ao art. 112 do Código Civil bem como a existência da boa-fé, prevista no art. 113 do mesmo código.

Acesso ao Sumário

Há que ser considerado, acima de tudo, o fim dos contratos. Aqueles firmados nos EUA dizem respeito aos derivativos destinados a redução do custo da dívida da UISA, ofertados e aceitos pelas partes (fls. 1497, 1504/1590, 1592/1595, 1598). Os contratos traduzidos estão em fls. 2130/2200, 2204/2288 e 2290/2295, as propostas em fls. 2297/2300 e 2302/2304 bem como fls. 2321/2335 e a carta de contratação em fls. 2337/2350.

Os autos mostram que as rés tiveram toda a liberdade de examinar as circunstâncias do negócio que foi concluído com o autor, como se pode verificar pelos exames nos documentos de fls. 2732/2744, 2746/2762, 2693/2704, 2706/2710, 2712/2715, 2717/2720, 2722/2725, 2770/2773, 2775/2777, de modo que não prospera a atribuição de negligencia por elas atribuída ao Banco.

Diante do inadimplemento pelas rés, não houve alternativa para o autor a não ser providenciar a declaração de vencimento antecipado da dívida, que não foi um ato ilícito e sim um exercício regular de um direito decorrente da relação contratual (cláusula "6.1"), considerando que as rés não negam que receberam os US$ 125 milhões da autora e não pagaram em 11 (onze) parcelas iguais e semestrais com início em 13.11.2009, sendo certo que os juros deveriam ser pagos a partir de 15.05.2008 em 14 (quatorze) parcelas semestrais apuradas de acordo com a variação acordada (Libor mais 6%). Afirmar, como fizeram as rés em fls. 3722/3729 que o vencimento antecipado só ocorreu para permitir o recebimento do seguro e não pelo alegado inadimplemento da UISA é mera conjectura, que não resiste a um exame apurado do processo. Não existiu o alegado abuso de direito pelo autor, de modo que não houve qualquer ofensa ao art. 187 do Código Civil, data vênia.

E fica difícil de entender que as rés atuaram de boa-fé diante do autor, como alegam, quando se vê em fls. 3723 a afirmação de que tinha capacidade de honrar com o fluxo de pagamentos do empréstimo caso não tivesse ocorrido o vencimento antecipado. A ofensa ao art. 422 do Código Civil foi praticada pelas rés e não pelo autor, data vênia.

Não podem as rés pretender discutir aqui o contrato de "SWAP" celebrado em 24.04.2008 e concluído em 22.09.2008 em face do contrato de empréstimo objeto da presente ação, o qual foi concluído em data anterior (13.11.2007). Aquele contrato teve por objeto a proteção para a dívida em moeda americana assumida pela UISA e assim viabilizar a redução dos juros do empréstimo, cujo mérito será resolvido pela Justiça Americana. E anote-se que a cláusula "8.08" do contrato prevê o direito das partes em levarem o tema para o tribunal nova-iorquino, posto que naquela cidade ficou estipulado como sendo o local da constituição das obrigações.

Inclusive, na cláusula "8.13" o contrato de mútuo prevê a ausência de qualquer relação fiduciária entre ele e o contrato de seguro de crédito firmado

pelo autor com terceiros.

E o fato de as rés não terem sido consultadas sobre a conclusão do contrato de "SWAP" não a desonera de cumprir com as obrigações por elas garantidas, uma vez que não existiu qualquer proibição contratual no sentido de que o autor não poderia buscar as garantias para o recebimento de tão elevada quantia. Embora coligados porque dizem respeito à mesma realidade econômica, os contratos alienígenas e o nacional são independentes entre si, como ensina a melhor doutrina acima colacionada.

E também não pode ser esquecido, para justificar a conduta do autor ao firmar o "SWAP", que as rés não possuíam garantias livres e desembaraçadas para oferecer ao autor e, segundo consta nos autos, não aceitaram fornecer garantias pessoais dos seus sócios.

Nesse sentido o parecer do Prof. Dr. LAURO GAMA JUNIOR em fls. 2853/2900, que também assinala que os vínculos mais estreitos entre as partes estão em New York (USA) porque é o lugar da celebração do contrato e o local do cumprimento das obrigações, ou seja, é o local do domicílio do mutuante posto que a mutuária tem sede nas Ilhas Cayman e New York é o Estado cujas leis as partes elegeram para disciplinar e discutir o contrato.

Bem por isso, não existiu nenhuma ilegalidade na conduta do autor, devendo ser lembrado que a legislação brasileira igualmente autoriza o chamado *"derivativo de crédito"*, regulado pela Resolução CMN nº 2.933 e Circular CMN nº 3.106 sendo definidos como *"contratos onde as partes negociam o risco de crédito de operações, sem implicar, no ato da contratação, a transferência do ativo subjacente às referidas operações"*.

Outro ponto que merece ser abordado está no documento de fls. 2970 pelo qual a única acionista da Itamarati fez consignar que o dinheiro emprestado do autor foi utilizado para expandir os negócios de plantação de cana-de-açúcar, posto que esse dinheiro era necessário para investimento na empresa.

As rés falam também que o autor não era apenas um mero credor, mas um assessor financeiro que conhecia profundamente a estrutura da UISA e acabou concordando com os termos dos contratos; depois afirmam que não compreenderam as operações oferecidas pelo Banco, não cumpriram com as obrigações assumidas por livre e espontânea vontade e agora querem ser isentadas do cumprimento.

Como acima ficou consignado, elas tiveram todas as oportunidades para resolverem eventuais dúvidas por ocasião das tratativas. Ora, se elas não compreenderam a negociação, isso não pode servir de fundamento para o inadimplemento. O fato é que restou configurada a culpa das mesmas nos termos previstos no art. 396 do Código Civil e bem caracterizada restou a mora, ao contrário do que foi dito em fls. 4109.

Acesso ao Sumário

Ora, não existe nenhum motivo para que o contrato objeto deste processo seja declarado nulo, como querem as rés apelantes. Não existiu qualquer ofensa ao art. 166, II e VI do Código Civil, de modo que não se justifica a providência prevista no art. 168 do mesmo código, como consignado em fls. 3841.

Da mesma forma, não há qualquer ofensa ao art. 18 da Lei nº 4.595/64 como alegado em fls. 3927 pelas rés. Os documentos de fls. 3937/3940, 3947/3951, 3952/3956, 3957/3961, 3979/3983 e 3985/3989 comprovam a regularidade das operações de câmbio praticadas em favor do autor.

Igualmente, ao contrário do alegado pelas rés, não existiu nenhuma negativa de vigência aos arts. 2º, 126, 128, 458 e 535, todos do CPC bem como ao art. 93, IX da Constituição Federal.

Os autos mostram que não ocorreu o alegado enriquecimento ilícito do autor e a afirmação de que o Banco recomprou da OTPP a dívida segurada por 10% do que efetivamente valia procurando receber mais de uma vez a mesma dívida extrapola os parâmetros deste processo, devendo ser discutido no tribunal americano, como já afirmado linhas acima.

Esses os fundamentos pelos quais o meu voto nega provimento ao recurso das rés.

Passo a examinar o recurso do autor, direcionado à reforma parcial da r. sentença para que conste a condenação em juros legais a partir da citação.

Tenho para mim que essa pretensão merece ser acolhida, com a devida vênia.

Isso porque os juros legais incidem sobre o objeto da condenação mesmo que não exista pedido expresso, vale dizer, estão implícitos na condenação e nesse sentido é o entendimento do Colendo STJ, como se vê, por exemplo, no julgamento do REsp nº 875919-PE, rel. Min. Luiz Fux, j. 13.06.2007. No mesmo sentido a súmula 254 do Colendo STF: *"Incluem-se os juros moratórios na liquidação, embora omisso o pedido inicial ou a condenação"*.

Portanto, o meu voto acolhe a apelação do autor para determinar que os juros legais (1% ao mês) sejam computados a partir de 10.11.2010, data da citação, incidindo sobre o valor em reais convertido na data do pagamento.

3) Ante o exposto, o meu voto afasta a matéria preliminar, nega provimento ao recurso das rés e dá provimento ao do autor.

São Paulo, 13 de agosto de 2014.

ROQUE ANTONIO MESQUITA DE OLIVEIRA, Terceiro Desembargador

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0005022-40.2009.8.26.0223, da Comarca de Guarujá, em que é apelante/apelado C B AZAM EPP, é apelado/apelante JOSÉ GERALDO DA SILVA DIONIZIO (JUSTIÇA GRATUITA).

ACORDAM, em 34ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso do autor e deram provimento em parte ao recurso da ré. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 20.561)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores GOMES VARJÃO (Presidente sem voto), ROSA MARIA DE ANDRADE NERY e SOARES LEVADA.

São Paulo, 28 de julho de 2014.

NESTOR DUARTE, Relator

Ementa: Ação de indenização. A responsabilidade pela efetivação da expedição do novo CRV é do adquirente. Inteligência do artigo 123, § 1º, da Lei nº 9.503/97. Indenização por dano moral reduzida. Recurso do autor improvido e da ré parcialmente provido.

VOTO

Visto.

Trata-se de ação de indenização por danos morais ajuizada por José Geraldo da Silva Dionizio em face de C B Azam EPP.

A r. sentença de fls. 72/78, cujo relatório adoto, julgou procedente o pedido do autor para condenar a ré ao pagamento de indenização por danos morais, no importe de R$ 10.200,00, além das custas, despesas processuais e honorários advocatícios, fixados em 15% sobre o valor da condenação.

A ré interpôs recurso de apelação (fls.83/90). Sustenta, em síntese, que não cometeu nenhum ato ilícito. Assevera que a portaria do DETRAN nº1606/05 dispõe que a pessoa jurídica que comercializa veículo não está obrigada a promover a averbação da transferência do bem junto ao DETRAN, bastando emissão da nota fiscal de entrada. Aduz que incumbe ao novo comprador efetuar a transferência. Suscita os artigos 123 e 134 do Código de Trânsito de Brasileiro e 4º, III, da Lei Estadual nº 6.606/89. Alega que o autor poderia ter evitado o transtorno comunicando ao DETRAN sobre a venda. Diz que o veículo

Acesso ao Sumário

está com "baixa permanente", não havendo mais cobrança de multas e outros débitos em nome do autor. Pugna, à vista disso, pela improcedência da ação. Subsidiariamente, requer a redução do valor da indenização.

O autor também recorreu (fls.97/105). Requer a majoração do valor da indenização, bem como a fixação da data do evento danoso como termo inicial dos juros de mora.

Os apelos foram recebidos (fls.106). O recurso da ré foi preparado (fls.91/92) e respondido (fls.109/120). O autor é beneficiário da justiça gratuita (fls.22).

É o relatório.

Conheço dos recursos.

Narra a inicial, em suma, que no dia 18 de junho de 2007 as partes entabularam negócio de compra e venda de uma motocicleta Honda Biz 100, sendo dada como entrada uma motocicleta Honda c100 *Dream*. A ré, no entanto, não realizou a transferência da propriedade do veículo, vindo o autor a receber notificação de autuação do DETRAN por cometimento de infração. O autor foi informado pelo CADIN Estadual que seu nome seria incluído no cadastro de inadimplentes. Decorrido mais de um ano, a ré não regularizou a situação da motocicleta Honda c100 *Dream*. Em 1º de abril de 2008, o autor foi comunicado pelo DETRAN que a motocicleta havia sido apreendida e seria leiloada para quitação da dívida.

De fato, à luz do artigo 134 da Lei nº 9.503/97, incumbe ao vendedor comunicar a venda do veículo ao departamento de trânsito.

Nada obstante, não se pode olvidar que a responsabilidade pela efetivação da expedição do novo Certificado de Registro do Veículo é do adquirente, conforme o disposto no artigo123, § 1º, da aludida Lei.

Desse modo, eventual venda do bem a terceiro não afasta a responsabilidade da ré, haja vista que esta deveria ter cumprido a sua obrigação antes de aliená-lo a outrem.

De ver-se que era mesmo de rigor a transferência da propriedade do veículo para seu nome.

Não merece guarida a pretensão de afastamento da indenização por dano moral, vez que a prova amealhada dá conta da violação a direito de personalidade do autor, decorrente do constrangimento de ser multado e receber notificação por infração que não cometeu.

Em contrapartida, o *quantum* estabelecido na r. sentença a título de dano moral merece reparo, afigurando-se razoável o valor de R$ 3.000,00, correspondente a duas vezes o preço da motocicleta cuja transferência não se efetivou.

Cumpre observar que esse montante indenizatório se mostra suficiente para inibir a ré de práticas semelhantes e compensar o ofendido, sem, contudo, importar enriquecimento sem causa.

Aplicar-se-ão correção monetária a partir deste julgamento, em conformidade com a tabela prática deste Tribunal de Justiça, e juros de mora desde a publicação da r. sentença, na ordem de 1% ao mês.

Isto posto, pelo meu voto, nego provimento ao recurso do autor e dou parcial provimento ao recurso da ré.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0002123-06.2011.8.26.0577, da Comarca de São José dos Campos, em que é apelante BANCO DO BRASIL S/A, é apelado FERNANDO CESAR HANNEL (JUSTIÇA GRATUITA).

ACORDAM, em 23ª 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 19341)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores JOSÉ MARCOS MARRONE (Presidente), SEBASTIÃO FLÁVIO e PAULO ROBERTO DE SANTANA.

São Paulo, 13 de agosto de 2014.

JOSÉ MARCOS MARRONE, Relator

Ementa: Responsabilidade civil - Dano moral - Cancelamento do limite de cheque especial sem prévia comunicação ao autor - Procedimento adotado pelo banco réu que, mesmo que ilegal, não acarretou dano moral - Nenhuma operação bancária realizada pelo autor foi negada pelo banco réu - Inexistência de notícia de devolução de cheques por ausência de fundos - Nome do autor que não foi incluído nos cadastros negativos - Situação vivenciada pelo autor que não lhe ocasionou abalo de crédito - Improcedência da ação decretada - Apelo do banco réu provido.

Acesso ao Sumário

VOTO

1. Fernando Cesar Hannel propôs "ação de indenização por danos morais c.c. devolução de valores", de rito ordinário, em face de "Banco do Brasil S.A." (fls. 2/23).

O banco réu ofereceu contestação (fls. 36/45), havendo o autor apresentado réplica (fls. 80/82).

Proferindo julgamento antecipado da lide (fl. 91), o ilustre magistrado de primeiro grau considerou a ação parcialmente procedente (fls. 91, 92), para esse fim:

> "(...) para condenar o réu no pagamento da quantia R$ 5.000,00, com correção monetária e juros de mora de 1% ao mês desde a data da sentença" (fl. 92).

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. 92).

Inconformado, o banco réu interpôs, tempestivamente, apelação (fl. 99), aduzindo, em síntese, o seguinte: o limite de cheque especial da conta corrente de titularidade do autor foi interrompido com o seu consentimento; poderia adotar tal conduta de acordo com a cláusula sétima do contrato celebrado entre as partes; não lhe pode ser imputada a responsabilidade pelo evento noticiado; os danos morais não ficaram comprovados; o "*quantum*" indenizatório, bem como o valor da verba indenizatória, deve ser reduzido; a sentença recorrida há de ser reformada (fls. 100/108).

O recurso foi recebido no duplo efeito (fl. 116), foi respondido (fl. 120), havendo sido preparado (fls. 109/111, 115).

É o relatório.

2. O reclamo manifestado pelo banco réu comporta acolhimento.

Explicando:

2.1. Ingressou o autor com a aludida ação (fl. 2), a fim de que fosse reconhecido dano moral indenizável (fl. 22), resultante do cancelamento do limite de crédito da conta corrente de sua titularidade sem a sua prévia ciência (fl. 21).

Todavia, não lhe assiste razão.

2.2. Realmente, o autor deveria ter sido previamente comunicado pelo banco réu de que o seu limite de cheque especial, correspondente a R$ 2.000,00, não seria renovado automaticamente quando da data ajustada para o seu vencimento, ou seja, em 31.12.2010 (fl. 27).

Ocorre que não derivou da não renovação do contrato de cheque especial o dano moral alegado.

Acesso ao Sumário

Os extratos anexados à inicial da ação dão conta de que nenhuma operação bancária realizada pelo autor foi negada pelo banco réu (fls. 27/29).

Não consta de tais documentos devolução de cheques por ausência de fundos, assim como o ingresso do nome do autor nos cadastros de proteção ao crédito.

Apesar de eventuais dificuldades momentâneas experimentadas pelo autor, tal fato não lhe ocasionou abalo de crédito, conseguintemente, dano moral indenizável.

O entendimento aqui esposado foi perfilhado pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo:

> "Ação de indenização por danos morais julgada improcedente - Cancelamento unilateral de limite de 'cheque especial' e empréstimos pré-aprovados - Ausência de indícios de ocorrência de danos materiais e morais em função da supressão do crédito - Ônus da correntista (art. 333, I, do CPC) - Impossibilidade de inversão do ônus da prova pelo CDC, por ausência de verossimilhança e hipossuficiente - Prova testemunhal que, na espécie, seria inócua para comprovar a existência do dano, pelo que se impunha o julgamento antecipado da lide, não ocorrendo cerceamento de defesa - Sentença mantida - Recurso não provido." (Ap. nº 0017716-57.2010.8.26.0562, de Santos, 15ª Câmara de Direito Privado, v.u., Rel. Des. CASTRO FIGLIOLIA, j. em 25.5.2014).

O pedido indenizatório formulado pelo autor, portanto, não há de prevalecer.

3. Nessas condições, dou provimento à apelação contraposta, reformando a sentença impugnada (fls. 90/92), com o intuito de julgar a ação improcedente.

Deve o autor, sucumbente, arcar com o pagamento das custas e despesas processuais, além dos honorários advocatícios arbitrados, com fundamento no § 4º do art. 20 do CPC, em R$ 1.000,00 (um mil reais), corrigido pelos índices da tabela prática editada pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo desde a data da publicação do acórdão.

Como o autor é beneficiário da justiça gratuita (fl. 33), as verbas de sucumbência só poderão ser exigidas se ficar demonstrado que ele perdeu a condição legal de necessitado, nos termos do art. 12 da Lei nº 1.060, de 5.2.1950.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0000293-11.2008.8.26.0415, da Comarca de Palmital, em que é apelante GSP

Acesso ao Sumário

URBANIZAÇÃO E ENGENHARIA LTDA., é apelado ELZA DE LOURDES CRUZ TEREZAN.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 4ª Câmara Extraordinária de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento em parte ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 23454 (LA))**

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

São Paulo, 7 de julho de 2014.

LUIZ AMBRA, Relator

Ementa: Contrato imobiliário - Rescisão por inadimplemento - Revelia da ré - Sentença de parcial procedência, apelo da autora pleiteando a integral procedência - Provimento parcial, nos termos do acórdão.

VOTO

Trata-se de apelação contra sentença (a fls. 117/124) de parcial procedência, em ação de rescisão de contrato imobiliário por inadimplemento. Recorrendo a autora, nas razões de fls. 144/168 pleiteando, pelos fundamentos então expendidos, o acolhimento integral do pedido.

Recebido o recurso a fl.171, subiu sem contrarrazões dada a revelia da parte contrária.

É o relatório.

Meu voto confere parcial provimento ao apelo, a sentença realmente se ressente de alguns equívocos e imprecisões, a serem corrigidos. Mas a prolatora agiu corretamente, ao arredar cláusulas contratuais francamente abusivas. De direito apenas o tema, não abrangido, portanto, pelos efeitos da revelia.

A rescisão de contrato não tinha como deixar de ser decretada. Adquirindo terreno não edificado em 11.12.05 (fl. 3, contrato a fls. 49/54), a partir de abril de 2007 (fl. cit.) a ré deixou de pagar as prestações, consta que não pagou mais nenhuma, há anos a morar de graça no imóvel. Tendo sido regularmente constituída em mora em novembro daquele ano (fl. 55), não quitando o débito e, acionada, quedando revel (fl. 112), como revel se encontra até hoje.

Procedente a ação, há convir que a autora pretendeu obter mais do que o que seria regularmente devido. Não ignorando a regra do artigo 53 do Código do Consumidor, que pretende interpretar a seu modo (fl. 162), do valor a ser devolvido - correspondente às prestações que chegaram a ser pagas - intentou

Acesso ao Sumário

expurgar quase tudo. Mas a jurisprudência tem tratado da questão com o necessário temperamento, na defesa do menos favorecido na relação contratual.

Nesse sentido o melhor entendimento, a que Theotonio Negrão faz remissão no "*Código Civil*", 23ª ed., às pgs. 607/608, com arrimo no STJ.

Quer dizer: *"o compromissário comprador que deixa de cumprir o contrato em face da insuportabilidade da obrigação assumida tem o direito de promover ação* ***a fim de receber a restituição*** *das importâncias pagas (STJ-2ª Seção, ED no REsp 59.870-SP, rel. Min. Barros Monteiro, j. 10.4.02, DJU 9.12.02; no mesmo sentido, RSTJ 87/284), devidamente* ***corrigidas*** *(RSTJ 31/51, 77/235)* ***e de uma única vez*** *(RT 809/311)"*. Aludindo ao percentual de 10% a título de despesas administrativas a ser objeto de retenção, mais, arestos em RSTJ 92/191, 99/274, 106/334, 153/395, RT 809/311.

Aqui, como se não tivesse estado a girar com o dinheiro que chegou a ser pago ao longo de anos, a fl. 18 (item 2.6) a autora pretendeu pagar ***no mesmo número de meses*** objeto do efetivo desembolso (com arrimo no leonino contrato, fl. 51, item 8, § 1º); o que não tinha razão de ser e bem foi repelido. Pretendeu, mais (sentença, fl. 121), haver multa de 10% ***sobre o valor do débito em aberto*** - e não sobre o valor do que chegara a ser pago. No final, somado tudo, a autora sem nada receber e ainda com débito a pagar.

Fazendo um parêntese, a multa a rigor não poderia ser exigida, mas a ré não apelou à vista da revelia. Foi reduzida a 2% sobre o valor não pago a fl. 121 - o que, de si, já seria descabido -, mas para a autora ainda não está bom, quer tudo o que pediu.

A autora pretendia reter consigo 30% dos valores pagos (fl. 10; fl. 18, item 2.5), o que a sentença negou a fl. 121. E, além dessa retenção, em separado pretendia deduzir ainda, do valor repetível, comissão de corretagem (esta à taxa exorbitante de 9% consoante fl. 17, item 2.3), PIS, Cofins, Contribuição Social e Imposto de Renda, consoante fl. 4. Mais, impostos e taxas recaintes sobre o bem (fl. 7), sem prejuízo da perda das arras (fl. 7). Perda das arras que a sentença decretou, de modo descabido (fl. 122). Ainda, taxa de ocupação de 1% ao mês (fl. 13) desde a assinatura do contrato (mesmo sobre os meses em que houve pagamento, verdadeiro absurdo), pela fruição gratuita do bem.

A perda das arras não era devida, mas não houve recurso. Ainda uma vez arbitrária a cláusula a prever a sua devolução na hipótese de inadimplemento (fl. 51, item 8, § 3º). Pela simples razão de serem simplesmente confirmatórias e haverem se integrado no preço total, após o pagamento das primeiras parcelas do contrato.

As arras foram estabelecidas com ***caráter nitidamente confirmatório***. Arras ***penitenciais*** são ***exceção***, atuam apenas quando e se expressamente previstas. A importância por primeiro solvida, ao ensejo da contratação (fl. 50)

Acesso ao Sumário

representando *sinal* ***e princípio de pagamento***.

O artigo 1096 do Código Civil de 1916, a respeito, não deixava margem a dúvida: "***salvo estipulação em contrário***, *as arras em dinheiro* ***consideram-se princípio de pagamento***. ***Fora este caso***, *devem ser restituídas, quando o contrato for concluído ou desfeito*".

Como regra, portanto, as arras são confirmatórias, a teor do antecedente artigo 1094: "*o sinal, ou arras, dado por um dos contratantes firma a presunção do acordo final,* ***e torna obrigatório o contrato***". Isto é, tornando obrigatória a avença, valerão para ***confirmá-la***.

Arras penitenciais atuam como exceções, têm que vir expressamente previstas. Exceção, por consubstanciarem o ***direito de se arrepender***, de que trata o artigo 1095; implicando na perda do sinal ou sua devolução em dobro. Quer dizer, esse artigo permite venham a ser assim convencionadas; daí porque, ***na omissão***, vale sim a regra geral do artigo 1094: serão as arras confirmatórias, tornarão obrigatório o contrato. Única e exclusivamente.

Atuam as arras, como quer que seja, em nível de ***pré-contrato***. Daí porque, ***após a contratação***, delas não mais haverá cogitar. Implicando em ***princípio de pagamento***, passarão a integrar o preço final, em parte por elas já amortizado. Exatamente igual a sua disciplina no vigente ordenamento.

Passando a integrar o preço, valendo como princípio de pagamento, não tem sentido pretender a perda de seu valor meses depois, em pleno curso do contrato, se este vier a ser rescindindo. Em tal hipótese, mesmo quando tivesse havido inicialmente estipulação em caráter penitencial - aqui nem houve estipulação confirmatória como se viu -, a subsequente contratação terá feito desaparecer a pré-contratualidade. Isto é, integradas ao preço já pago, se este tiver que ser restituído a restituição será integral, também as abrangerá.

Não se nega a existência de cláusulas contratuais nitidamente abusivas, dispondo em contrário. Dispondo sobre a perda mesmo que a rescisão ocorra quando em pleno curso a avença. Algumas, até, chegando à perfeição, como aqui; criando um ***tipo híbrido***, sequer previsto na Lei Civil. Consistente em rotular as arras, ***ao mesmo tempo***, de confirmatórias e penitenciais. Afirmando representarem *sinal* ***e princípio*** *de pagamento* mas, concomitantemente, dispondo sobre sua devolução dobrada a qualquer tempo - ou perda do respectivo valor -, na hipótese de rescisão.

Trata-se, exatamente, do que ocorre aqui. Mas sem ter como subsistir, bem se vê.

Cláusulas dessa ordem não podem evidentemente ser toleradas, afrontam de modo flagrante o Código do Consumidor. Até porque, em pleno curso a avença, as arras iniciais ***terão deixado de ser arras***, em definitivo haverão se integrado ao contrato.

Acesso ao Sumário

A sentença, como quer que seja, ***deferiu o indevido***, para a gananciosa autora ainda não está bom. Insiste na retenção de 30% do que chegou a ser pago, na compensação em paralelo de corretagem, impostos, taxas, PIS, Cofins, Imposto de Renda e o mais que seja. Mas todas incluídas no conceito de ***despesas administrativas***, em função das quais a retenção de 10% tem sido admitida pelo STJ, como se viu. Até porque, retomando o imóvel, na sequência a loteadora irá recomercializá-lo, daí seu prejuízo será recomposto.

Como a sentença ***não deu nada***, a esse título, fica o apelo em parte provido, para admitir retenção de 10% a título de despesas administrativas. Nesse percentual, excluídos, entretanto, as taxas e tributos que a sentença mandou deduzir a fl. 122 *in fine*, igualmente sem recurso. Incluída a exorbitante comissão de corretagem, cuja dedução não chegou a ser deferida.

A sentença admitiu, por ação futura, indenização por benfeitorias, com embargos de retenção; o que não tinha o menor fundamento e fica suprimido (fl. 123). Não há dúvida de que - sem retenção nenhuma, direito dessa ordem não se dá de ofício -, ao menos em princípio, as acessões levadas a cabo no imóvel poderão ser objeto de ressarcimento, em ação própria. Mas, tal como as benfeitorias, deverão ser individualizadas na contestação, o que aqui não ocorreu. Porque só as necessárias serão indenizáveis, as úteis e as voluptuárias não.

Aqui, não se sabe se construção no terreno houve, de que natureza, se obedece ou não às especificações (na negativa, a rigor, podendo ser demolidas) municipais, só por aí o direito à indenização não poderia ser reconhecido de plano. Muito menos o direito a qualquer retenção. Provido o apelo para desconstituir a sentença, em tais pontos. E ***para suprimir a multa aplicada em embargos de declaração*** (apelo, fl. 148), que eram pertinentes; impertinente foi a sentença, *data venia*, em estabelecê-la ao deixar de reconhecer os próprios equívocos.

A sentença se omitiu no tocante à fixação de uma taxa de ocupação pelo uso gratuito do bem, pelos meses correspondentes (e não desde a celebração do contrato, como defeituosamente colocado na inicial), mas nem por isso há que ser considerada nula, as falhas podem perfeitamente ser sanadas. Aqui corrigidas, prejudicadas as preliminares arguidas a fls. 154 e 158.

Pelo período de ocupação gratuita do bem, taxa de ocupação há que ser estabelecida, provido para tanto igualmente o apelo.

Existe em aberto considerável lapso relativo a esse período. Que não pode permanecer sem remuneração, pena de locupletamento indevido da adquirente. Pelos meses de uso não remunerado, assim, relativos ao período de efetivo inadimplemento, cumpre estabelecer uma *taxa (de ocupação)*, com base nos critérios usualmente aceitos pela Câmara.

Acesso ao Sumário

Tem a Câmara admitindo cabível taxa dessa ordem *(de ocupação)*, calculada em 0,7% ao mês sobre o valor venal do imóvel, constante do lançamento do IPTU; ou do só cadastramento para esse fim, se houver isenção. Mas somente até um máximo - nele incluídos os 10% retidos a título de despesas de administração - de 50% por cento sobre as prestações pagas. Quer dizer, à outra metade o adquirente, em qualquer circunstância, terá sempre direito à devolução, nos termos da legislação consumerista.

Segundo o STJ (REsp 247.615/RJ, Recurso Especial 2000/0010909-6, relatora para o acórdão Ministra Nancy Andrighi, 3ª Turma, j. 16.12.03, DJ 15.3.04, p. 264), devolução sob esses moldes é perfeitamente razoável:

"*Recurso especial. Processual civil. Prequestionamento. Divergência jurisprudencial. Demonstração. Compromisso de compra e venda de imóvel. Custos e despesas operacionais.* ***Aluguel. Indenização. Retenção das prestações pagas. Percentual.*** *Não se conhece o recurso especial quanto a questões carentes de prequestionamento. A ausência de confrontação analítica dos julgados impede o conhecimento do recurso especial pela letra "c" do permissivo constitucional.* ***Hipótese em que, rescindida a promessa de compra e venda de imóvel, deve-se limitar a 50% a retenção pelo promitente vendedor das prestações pagas, a título de indenização pelos custos e despesas operacionais, e de aluguel, restituindo-se o saldo restante***".

No mesmo sentido o REsp 615.300/MG (Recurso Especial 2003/0217150-4), relatado em 17.3.05 pela 4ª Turma, Ministro Aldir Passarinho Júnior, DJ 9.5.05, p. 415:

"*A C. 2ª Seção do STJ, em posição adotada por maioria, admite a possibilidade de resilição do compromisso de compra e venda por iniciativa do devedor, se este não mais reúne condições econômicas para suportar o pagamento das prestações avençadas com a empresa vendedora do imóvel e, aqui, recaiu em inadimplência contratual (REsp n. 59.870/SP, rel. Min. Barros Monteiro, DJU de 9.12.02. III. O desfazimento do contrato dá ao comprador o direito à restituição das parcelas pagas, porém não em sua integralidade,* ***notadamente quando este já recebeu as chaves e vem habitando o imóvel há vários anos, sob pena de se proporcionar enriquecimento sem causa do autor****, cuja inadimplência no pagamento de parcela intermediária foi reconhecida nos autos.* ***Percentual de retenção fixado em 50%, em razão da peculiaridade do caso***".

Por esse modo compostas as perdas e danos (a taxa de ocupação dizendo respeito a lucros cessantes, evidentemente, confira-se fl. 159 e seguintes), a multa adicional - reduzida a 2%, também não está bom, confira-se fl. 151 - a rigor não seria devida. Pois a ***cláusula penal*** (multa) em nada mais se

constitui senão de ***prefixação antecipada das perdas e danos***. Justamente para evitar os inconvenientes da particularização destas. A imposição cumulativa representando claro e nítido *bis in idem*. Quer dizer, nem aos 2% a autora faria jus, mas não houve recurso.

O Código Civil de 1916 era suficientemente claro a respeito, do mesmo modo que o atual. Quer dizer, segundo seu artigo 919 (artigo 410 do atual), "***quando se estipular a cláusula penal para o caso de total inadimplemento da obrigação, esta converter-se-á em alternativa a benefício do credor***".

Na hipótese da cláusula penal **moratória**, o regramento é diferente, em princípio não comporta rescisão. Isto é (artigo 919, correspondente ao artigo 411 do Código atual): "*quando se estipular a cláusula penal* ***para o caso de mora ou em segurança especial de outra cláusula determinada****, terá o credor o arbítrio de* ***exigir a satisfação da pena cominada, juntamente com o desempenho da obrigação principal***".

Primeira observação. Se, aqui, a cláusula fosse simplesmente moratória, levaria a um absurdo. Isto é, aos autores seria dado **exigir o cumprimento da obrigação e ainda a cláusula penal** (fl. 12). Aqui, a devolução do imóvel, sem prejuízo do sinal em dobro e da devolução do valor das prestações, o que repugna à própria lógica, haveria *bis in idem* manifesto.

Bem por isso, para aferir se uma cláusula penal possui conteúdo *compensatório* ou *moratório*, observa Sílvio Rodrigues o que parece óbvio: cumpre, antes de mais nada, verificar **o valor da sanção** prevista. No item 47 ("critério para distinguir as duas espécies de cláusula penal") de seu "Direito Civil" vol. 2, "Direito das Coisas", 2ª ed., 1965, à pg. 111 -, pondera que "*por vezes, entretanto, tal distinção é penosa, por se apresentar obscura a intenção dos contratantes".* Daí porque *"o remédio, apregoado por muitos juristas antigos e modernos, para se descobrir a natureza da disposição,* ***consiste em atentar para o montante da multa****. Se é de valor* ***elevado, aproximando-se do valor da obrigação principal, há que se considerá-la compensatória****, pois é provável que as partes a tenham estipulado antevendo a possibilidade de inadimplemento absoluto. Ao contrário, se reduzido é o valor da estipulação penal, sensivelmente inferior ao da obrigação principal, há que se compreender ser moratória a cláusula, pois seria ilógico que para as perdas e danos advindas da inexecução, se fixasse indenização excessivamente modesta.*"

Uma coisa para logo deve ficar assinalada. Importa consignar que, quer seja trate de cláusula compensatória, quer daquela meramente moratória, a opção do ***electa una via*** **é sempre do credor**. A propósito os artigos 918 (410, CC atual) e 919 (art. 411, CC atual) não poderiam ser mais claros: "*quando se estipular a cláusula penal para o caso de total inadimplemento da obrigação,* ***esta converter-se-á em alternativa a benefício do credor***" (art. 918); "*quando*

Acesso ao Sumário

se estipular a cláusula penal para o caso de mora ou em segurança especial de outra cláusula determinada, ***terá o credor o arbítrio de*** *exigir a satisfação da pena cominada, juntamente com o desempenho da obrigação principal*" (art. 919).

A propósito, ainda uma vez o magistério de Sílvio Rodrigues, ob. cit., pgs. 106/107, em item específico a respeito (item 44, "*a cláusula penal é um benefício do credor*"). No mesmo sentido Caio Mário da Silva Pereira ("Instituições de Direito Civil", vol. II, ed. 1981, pg. 132). Até porque o texto legal é absolutamente claro, e *in claris non fit interpretatio*.

Anota Caio Mário (ob. e pg. cits.) que "*as partes, ao estipularem a cláusula penal, podem ter em vista a inexecução completa da obrigação ou apenas reforçar o cumprimento de uma de suas cláusulas, ou então punir a mora do devedor. No primeiro caso (garantia do cumprimento total da obrigação), tem o credor a faculdade de exigir uma ou outra, isto é, a prestação em espécie ou o pagamento da penal. Já a pena convencional moratória, ou a que tenha por finalidade reforçar uma cláusula especial da obrigação, não traduz a mesmo alternativa, podendo então ser exigida conjuntamente com o cumprimento da obrigação principal (Código Civil, arts. 917 e 918).* ***Pode ainda referir-se à hipótese de execução imperfeita ou não satisfatória da obrigação****, que tanto diz respeito ao tempo, e neste caso se confunde com a penal moratória, como ainda* ***ao próprio modo de realizar a prestação, que não corresponde à estipulação*** *das partes.* ***Aquela alternativa entre a prestação específica e a multa beneficia, é claro, apenas o credor, e nunca se estende ao devedor inadimplente. Daí assentar-se que não tem o devedor a faculdade de escolher entre a pena convencional e o cumprimento da obrigação. Não tem o direito de prestar ou pagar a multa nem pode considerar-se a cláusula penal um meio de romper-se o contrato, oferecendo-a o devedor em substituição da prestação".....****"0 devedor o é, em verdade, da prestação, e, se a descumpre, surge para o credor, nesse momento, a faculdade de pedir a res debita ou reclamar a multa. Para ele, devedor, a obrigação é uma só: cumprir o a que se obrigou (una res in obligatíone). Mas, se deixa de prestar, cabe ao credor escolher entre o cumprimento da obrigação e a multa convencionada. Se assim não fosse, o devedor tivesse a opção entre o implemento da obrigação e o pagamento da multa, a cláusula penal desfiguraria a obrigação, que passaria a facultativa a benefício do devedor (duae res in solutíone) e perderia todo sentido de reforço do vínculo.*"

Constituída a cláusula penal em favor do credor, para este sendo **alternativo** o direito de executá-la ou não, pode dela abrir mão, caso repute **maior**, o montante do prejuízo **efetivo**, *do que aquele inicialmente preestabelecido*. Pois toda cláusula penal, como se sabe, em nada mais se constitui senão **numa prefixação de perdas e danos** (Sílvio Rodrigues, ob cit.,; Caio Mário, idem), a

Acesso ao Sumário

benefício do credor.

Prefixados os prejuízos, a indenização assume **caráter objetivo**; justamente para impedir discussão sobre se chegaram até o valor preestabelecido ou não; se foram maiores, foram menores. Ou, como se lê do artigo 927 do Código anterior (416 do atual): "***para exigir a pena convencional, não é necessário que o credor alegue prejuízo. O devedor não pode eximir-se de cumpri-la, a pretexto de ser excessiva***".

O mais que se discutia, no regramento jurídico anterior - **nisso é que consiste o electa una via, mais propriamente** - era se, havendo optado pelo cumprimento da cláusula penal, após receber seu valor ***poderia o credor prosseguir na execução, por prejuízo suplementar*** que *comprovasse efetivamente ocorrido*. A Sílvio Rodrigues parecendo que sim, com bons fundamentos sempre defendeu tal colocação.

Isto é (ob. cit., pgs. 101/103):

"*Sustento a tese de que, sendo a cláusula penal compensatória, pode o credor, em caso de inadimplemento, em vez de reclamá-la, exigir as perdas e danos, uma vez que se submeta ao encargo de prová-las.*

Tal opinião é, ordinariamente, contestada pela doutrina brasileira (Cf. Bevilágua, "Código Civil", obs. 1 ao art. 918; Serpa Lopes, "Curso", vol, II, ns. 114 e 115; Washington de Barros Monteiro, "Obrigações", vol.. 1, pág. 236) e estrangeira, que a combate por entender que a pena convencional é o máximo de indenização que o credor pode pleitear.

.....

As duas posições antagônicas são, ao ver de alguns escritores, as seguintes:

***a)** de um lado a posição francesa, inspirada em Domat e em Pothier, segundo a qual a pena, representando as perdas e danos pré-avaliadas para o caso de inadimplemento, seria o máximo de indenização devida. De modo que, se o prejuízo resultante da inexecução exceder o montante da cláusula penal, não pode o mesmo ser reclamado.*

***b)** de outro lado, a posição alemã e suíça, cujos Códigos permitem que além da pena convencional possa o credor reclamar o excesso do prejuízo, se o provar.*

O direito italiano anterior à reforma de 1942 não superara a controvérsia e Messineo ("Doctrina General del Contrato", vol. I, pag. 219) explica que foi a regra do atual art. 1.382 que veio por termo ao debate. Com efeito, aquele artigo só admite recurso às perdas e danos, pelo credor não satisfeito com a cláusula penal, se expressamente se estipulou. Portanto, se nada se estipulou, aquela representa o máximo de indenização exigível. Diz o art. referido: "A

Acesso ao Sumário

cláusula penal, com que se convenciona que, em caso de inadimplemento, um dos contratantes é obrigado a determinada prestação, tem por efeito limitar o ressarcimento à prestação prometida, se não se convencionou a ressarcibilidade do dano ulterior".

Como observei, esse é o ponto de vista que os mais eminentes escritores brasileiros sustentam ter sido acolhido pelo nosso Código.

Um reforço de tal compreensão encontra-se, de certo modo, na Exposição de Motivos que acompanhou o Anteprojeto de Código de Obrigações; de 1941, o qual teria enfileirado, entre as modificações propostas ao direito vigente, a regra do art. 349 do Projeto, que dispunha: 'Quando se estipula a cláusula penal para o caso de total inadimplemento da obrigação, pode o credor, se não preferir indenização, exigir o cumprimento da obrigação ou da cláusula'.

Segundo a tese que, ora sustento, este dispositivo em nada inovou o direito brasileiro, antes reafirmou solução que já se encontrava no Código Civil.

Com efeito. Se o art. 918 deste Código determina que a cláusula compensatória constitui uma alternativa para o credor, em caso de inadimplemento absoluto, é evidente que lhe defere a prerrogativa de preferir a indenização do prejuízo quando este, sendo maior que a pena, for suscetível de prova. Pois, caso contrário, nenhuma alternativa ficaria aberta ao credor, quando a prestação se houvesse tornado impossível, por culpa do devedor.

A interpretação contrária à que alvitro decorre, a meu ver e data venia, de uma confusão entre a natureza da cláusula penal e a da 'mulcta poenitentialis'. Esta é que defere a qualquer das partes a deserção do contrato mediante o pagamento da multa, enquanto aquela constitui benefício exclusivo do credor.

Tal distinção entre a cláusula penal e a 'mulcta poenitentialis' é tradicional e se encontra marcada no Código Civil Francês, Enquanto este trata da cláusula penal sob rubrica desse nome, nos arts. 1.226 e segts., cuida da multa penitencial no art. 1.152, acima transcrito, que se subordina à rubrica referente às perdas e danos resultantes da inexecução.

Enquanto a multa penitencial representa o máximo de indenização a que o faltoso pode ser condenado, pois lhe cabe o direito de pagá-la, para ilidir o cumprimento da obrigação, isto não ocorre, quando se trata de cláusula penal. Esta constitui um beneficio do credor, que a pode exigir, se quiser, ou pode preferir valer-se da regra geral do ad. 1.056 do Cód. Civil, pleiteando a condenação do inadimplente em perdas e danos.

Este entendimento se encontra em Pothier, que, ao ver dos civilistas em geral, teria sido a fonte inspiradora do sistema francês".

Acesso ao Sumário

Reconhecia o jurista, entretanto (pgs. cits.), a quase totalidade da doutrina entender o contrário. Com base, justamente, no princípio antes assinalado: ***escolhida uma via, não se pode optar pela outra***. Essa, precisamente, a opinião

de Caio Mário da Silva Pereira, ***a não ser que o contrato preveja*** a possibilidade de se prosseguir na execução suplementar. Vale dizer (ob. cit., pgs. 140/141):

"*Quando a penalidade é compensatória, o inadimplemento da obrigação opera como uma condição que abre ao credor uma alternativa e lhe oferece dois objetos em solução: ou o cumprimento da obrigação, que pode pedir por via da ação correspondente ao título, ou a pena convencional, que tem a finalidade de compensá-lo do dano sofrido. Regra é, então, e corolário dos princípios que disciplinam as obrigações alternativas, que* ***o credor, optando por uma delas, concentra o vínculo, e não tem mais direito de recuar, para seguir o outro ramo:*** *electa una via non datur acessus ad alteram;* ***é irretratável a escolha*** *e,* ***incidindo sobre a pena, desaparece a obrigação principal****; mas não fica o credor, evidentemente, privado de haver as despesas que tenha efetuado para obter o seu pagamento, bem como os honorários de advogado, que a doutrina já entendia devidos e hoje são de lei expressa.*

Discute-se em doutrina se, em simetria com a diminuição proporcional da pena no caso de execução parcial, pode pedir o credor a sua majoração, se se verificar a sua insuficiência para cobrir o prejuízo sofrido pelo credor. Exigida a multa e apurada sua inferioridade relativamente ao dano resultante do inadimplemento, indaga-se se cabe ao credor o direito de postular a diferença*. A jurisprudência reflete estes casos, em que se torna francamente inadequada a cláusula penal à verdadeira compensação do prejuízo, em confronto com a conseqüência da inexecução. Mas, não obstante isto,* ***pelo nosso direito não é possível a complementação. O credor pode pedir ou o cumprimento da obrigação ou a pena convencional. Optando por esta, concentra-se a obrigação, e, se ela for insuficiente, de si mesmo se queixe por tê-la estimado em nível baixo****."*

No Código Civil agora em vigor a questão está superada, há disposição expressa a respeito, no artigo 416, § único ("*ainda que o prejuízo exceda ao previsto na cláusula penal, não pode o credor exigir indenização suplementar* ***se assim não foi convencionado. Se o tiver sido, a pena vale como mínimo da indenização, competindo ao credor provar o prejuízo excedente***"), amoldada à opinião da maioria. Mas o princípio continua sendo o mesmo: **sendo a escolha do credor, e ocorrendo após o inadimplemento, a este é que tocará decidir acerca do que melhor lhe apeteça**. A se interpretar a lei de modo diferente, melhor será rasgá-la e deitar ao lixo os pedaços.

Quer dizer, a multa de 2% nem seria devida. Mas não houve recurso, a autora vai se locupletar à custa do numerário correspondente. Não havendo sentido em lhe deferir mais ainda, os 10% a que almeja com arrimo em mais uma das abusivas cláusulas contratuais.

Mesmo havendo, por outro lado, revelia, a sentença reconheceu

Acesso ao Sumário

sucumbência recíproca e negou a honorária advocatícia (fl. 124). Fica modificada, nessa parte, provido o apelo (fl. 165). Custas e despesas processuais carreadas inteiramente à ré, honorários de 10% sobre o valor da causa.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 9123476-44.2008.8.26.0000, da Comarca de Olímpia, em que é apelante FRUGOR BEBIDAS E ALIMENTOS LTDA., é apelado JOSÉ FELICIANO DE SOUZA.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 2ª Câmara Extraordinária de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 21.695)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores CAUDURO PADIN (Presidente), FRANCISCO GIAQUINTO e JOSÉ TARCISO BERALDO.

São Paulo, 25 de julho de 2014.

CAUDURO PADIN, Relator

Ementa: Execução. Depósito do valor da execução. Extinção com base no art. 794, I do CPC. Alegação de que o depósito foi feito para garantir a execução e não para pagamento. Interpretação do juízo "*a quo*" de que o depósito destinava-se a pagamento. Ausência de esclarecimentos acerca da finalidade do depósito. Executada citada para pagar em três dias ou para embargar em 15 dias, sem necessitar de depósito, caução ou penhora. Interpretação correta. Sentença mantida. Recurso desprovido.

VOTO

Vistos.

Trata-se de apelação contra sentença de fls. 50, que julgou extinta ação de execução de título extrajudicial, com fundamento no art. 794, I do Código de Processo Civil.

Embargos de declaração opostos pela executada (fls.65/68), que foram rejeitados (fls.69/70).

Recorre a executada (fls. 76/85).

Sustenta, em preliminar, cerceamento de defesa, pois com a extinção ficou impossibilitada de apresentar defesa; no mérito, que o depósito feito pela executada teve como finalidade única de garantir o juízo, evitando penhora; que estava aguardando a devolução da Carta Precatória para apresentar embargos; que a Carta Precatória foi devolvida após o julgamento dos embargos de declaração; que não houve petição acompanhando a guia de depósito judicial requerendo a extinção e comunicando o pagamento; que o art. 736 do CPC, traz a possibilidade de oposição de embargos sem penhora, depósito ou caução, o que não significa que o depósito não possa ocorrer; que foi o Banco que apresentou a guia de depósito judicial; que as vias da guia de depósito estão em posse da executada; que ainda não havia iniciado o prazo para defesa; requer, por fim, a reforma da sentença.

Tempestivo, o recurso foi regularmente processado, com resposta (fls. 92/94).

É o relatório.

Cuida-se de ação de execução fundada em título executivo extrajudicial (contrato de prestação de serviços).

O cerceamento de defesa alegado guarda relação com o mérito da questão e com ele será analisado.

A execução foi extinta em razão da satisfação do débito (art. 794, I do CPC), pois entendeu o magistrado "*a quo*" que o depósito no valor integral da execução (guia juntada às fls. 47) tinha por finalidade o pagamento do débito.

O magistrado "*a quo*", ao rejeitar os embargos de declaração esclareceu:

"*O entendimento do Juízo, fixado na decisão, era de que o depósito judicial de fls. 47, no valor exato da execução, tinha por objetivo o pagamento do débito exigido na inicial.*

A executada, ora embargante, confirmou que foi citada por precatória, alegando que realizou o depósito apenas para garantir o juízo, com finalidade de apresentar embargos do devedor.

Contudo, nos termos do art. 736, do Código de Processo Civil (redação dada pela lei 11.382/06), o executado poderá opor-se à execução por meio de embargos independente de penhora, depósito ou caução.

Ora, se na precatória constou que a executada tinha três dias para efetuar o pagamento ou quinze dias para embargar (fls. 45), apresentado o depósito judicial sem qualquer petição do interessado, presume-se que efetuou o pagamento, nos termos da citação. Por isso é que o exequente reconheceu a quitação do débito e solicitou o levantamento, autorizado pelo juízo.

Portanto, deveria a executada, antes ou concomitante ao depósito judicial, juntar petição esclarecendo que não pretendia pagar o débito, mas sim

Acesso ao Sumário

discutir a validade ou liquidez do título extrajudicial."

Foi juntada às fls. 46/47 guia de depósito judicial no valor da execução, desacompanhada de qualquer petição. Diante disso, o juiz "*a quo*" determinou que o exequente se manifestasse (fls. 48). Este declarou que se dava por satisfeito e requereu a extinção da execução, sobrevindo a sentença.

Embora a guia não tenha sido juntada ao processo pela executada, tendo em vista que as duas vias que ficam em posse do depositante comprovadamente estavam em posse desta (fls. 86), a questão é que a executada não nega o depósito. Assim, ele foi feito, anteriormente à citação, sem qualquer explicação ao juízo a cerca de sua finalidade.

Como já havia sido distribuída precatória com finalidade de citação e determinação para a executada pagar o débito em três dias ou embargar em 15 dias, se foi realizado o depósito, deveria a executada ter peticionado no processo, esclarecendo sua finalidade.

Ressalta-se que o depósito foi realizado diretamente no juízo da execução, sem esclarecimentos, o que levou o magistrado de 1º grau a interpretar que o depósito foi realizado com intuito de pagamento da dívida.

Frise-se, ainda, que para embargar a execução não é mais necessária a prévia garantia do juízo.

Assim, diante das circunstâncias, a interpretação do juízo "*a quo*" está correta.

Confira-se a jurisprudência em caso que se refere à depósito feito em fase de cumprimento de sentença:

"*Cumprimento de sentença. Depósito efetuado pela executada para pagamento do débito e levantamento do valor pela credora. Impossibilidade de posterior impugnação ao cálculo apresentado pela exequente em razão de preclusão lógica.* ***Para que o depósito judicial seja considerado como garantia do juízo o devedor deve fazer ressalva expressa****. Pleito de execução de diferença rechaçado. Cálculos da credora incorretos. Extinção da execução. Inteligência do art. 794, I, do CPC. Recurso parcialmente provido*" (TJSP, Ap. nº 0009746-28.2004.8.26.0073, Rel. Des. Gilson Delgado Miranda, j. 22.10.2013)-g.n..

Cita-se, ainda, precedente do STJ no mesmo sentido da jurisprudência mencionada do TJSP:

"*PROCESSO CIVIL. CUMPRIMENTO DE SENTENÇA. DEPÓSITO PARA PENHORA. NECESSIDADE DE ESPECIFICAÇÃO NA PETIÇÃO.*

1. Ao promover depósito judicial, em cumprimento à norma do art. 475-J do CPC, ***o devedor que tiver a intenção de que o mesmo seja recebido como garantia, em lugar de pagamento, deve fazer ressalva expressa****.*

2. Recurso conhecido e improvido." (STJ, REsp nº 1.122.824, Rel. Min.

Acesso ao Sumário

Nancy Andrighi, j. 18.11.2010)-g.n..

Verifica-se que o devedor que procedeu ao depósito com intenção de garantia do juízo, deve fazer ressalva expressa desta condição, por meio de petição, em caso de cumprimento de sentença. Assim, a mesma interpretação é dada em situação que envolve depósito em execução de título extrajudicial; do contrário o depósito será interpretado como pagamento, como foi na hipótese.

Ante o exposto, meu voto nega provimento ao recurso.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 9274583-38.2008.8.26.0000, da Comarca de Osasco, em que é apelante MAM MONTREAL AGÊNCIA MÉDICA LTDA., é apelado VIAMED HEMODINÂMICA E RADIOLOGIA INTERVENCIONISTA LTDA..

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 2ª Câmara Extraordinária de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento em parte ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 28653)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores CAUDURO PADIN (Presidente sem voto), FRANCISCO GIAQUINTO e JOSÉ TARCISO BERALDO.

São Paulo, 31 de julho de 2014.

HERALDO DE OLIVEIRA, Relator

Ementa: EMBARGOS À EXECUÇÃO - Duplicata - Alegação de iliquidez - Título acompanhado da nota fiscal, do protesto e do respectivo comprovante e recibo do devedor - Preenchimento dos requisitos da Lei nº 5.474/68 - Título que se mostra exigível, líquido e certo - Honorários arbitrados que se mostram irrisórios - Majoração da verba honorária determinada - Recurso parcialmente provido.

VOTO

Trata-se de embargos à execução julgados parcialmente procedentes pela r. sentença de fls. 446/450, afastando a execução em relação aos títulos 457, 467, 474, 525, 540, 554, 574, 593 e 602, determinando o prosseguimento somente em relação a duplicata 499 no valor de R$ 4.400,00. Impôs o pagamento das custas

Acesso ao Sumário

e honorários no valor de R$ 500,00 a embargada. Os embargos de declaração foram rejeitados a fls. 462.

Não se conformando com os termos da r. sentença, a embargante apresentou a apelação de fls. 464/475, sustentando que a duplicata nº 499 carece de liquidez, e não pode ser objeto de execução. Os honorários arbitrados são irrisórios tendo em vista o valor da execução, e assim devem ser majorados. Requer provimento ao recurso.

O presente foi distribuído inicialmente a 3ª Câmara Extraordinária de Direito Privado, ao Desembargador Ruy Coppola, que por v. Acórdão não conheceu do recurso, determinando a redistribuição do feito à Segunda Subseção de Direito Privado.

Recurso tempestivo, preparado e respondido.

É o relatório.

A ação de execução está fundada em dez duplicatas, no valor de R$ 254.345,71, decorrente de prestação de serviço realizada pela exequente, acompanhada dos respectivos protestos.

A executada opôs embargos, que foram acolhidos parcialmente para afastar a execução em relação aos títulos 457, 467, 474, 525, 540, 554, 574, 593 e 602, determinando o prosseguimento somente em relação a duplicata 499 no valor de R$ 4.400,00.

É possível a ação executiva do título com ou sem aceite, nos termos do artigo 15, inciso II, da Lei nº 5.474/68, sendo que a duplicata deve estar acompanhada do comprovante da entrega de mercadorias, bem como do devido protesto.

No caso, a nota fiscal está indicando o serviço prestado, o valor de R$ 4.400,00, bem como a data com o canhoto devidamente assinado pelo devedor (fls. 54), assim, ao contrário do alegado pela executada, o título se mostra líquido e apto a ser executado.

De sorte que ficou isolada a alegação da apelante para inviabilizar a cobrança da duplicata, uma vez que ficou devidamente esclarecido que houve a efetiva prestação de serviço, inclusive com assinatura do recibo pelo embargante sem qualquer ressalva.

Assim, em sendo incontroversa a efetiva prestação do serviço, e não havendo comprovação de vícios ou defeitos na sua execução, além de não existir divergência nos prazos e preços ajustados, a obrigação representada pela duplicata ora exigida é certa, líquida e exigível.

Dessa forma, o título ora executado foi protestado e está acompanhado do competente recibo e protesto, o que legitima a execução, conforme Lei das Duplicatas (artigo 15 da Lei nº 5.474/68).

Nesse sentido:

EXECUÇÃO - Indeferimento da inicial - Constitui título apto a embasar a execução, a duplicata sem aceite, quando cumulativamente houver o protesto e documento hábil comprobatório da entrega da mercadoria (art. 15, II, "a", da Lei n° 5.474/68) - Extinção afastada - Sentença reformada - Determinação do prosseguimento da ação - Recurso provido. (TJSP, APELAÇÃO N° 991.05.047454-6 (7.044.217-0), Rel. Erson Teodoro de Oliveira, j.11.11.2009)

CAMBIAL - Duplicata sem aceite - Protesto acompanhado de documentação em que se presume a entrega de mercadorias - Extinção precipitada - Título executivo extrajudicial.

- A duplicata não aceita, mas protestada, desde que acompanhada da prova de entrega da mercadoria, é título executivo extrajudicial (artigo 15 da Lei 5.474/68). Extinção, por falta de título, precipitada. Apelação provida, determinado o prosseguimento do feito. (TJSP, Apelação n° 990.10.353978-8, Rel. Andrade Marques, j.02.09.2010)

A duplicata apresentada configura-se, portanto, título executivo, nos termos do art. 585, I do CPC, sendo líquido e certo o crédito que legitima a execução.

A embargante também apela, insurgindo-se contra o valor dos honorários arbitrados.

Vale esclarecer que o princípio da causalidade prevê a responsabilidade pelos honorários e despesas, à parte que deu causa a instauração do processo, ou como no caso aquele que ajuizou a ação de forma irregular.

Embora, algumas vezes, se confundam causalidade e sucumbência, culminando ambas a soluções coincidentes, em casos excepcionais, em que haja conflito entre tais princípios, deve prevalecer a solução que esteja mais atrelada ao princípio da causalidade.

O Colendo Superior Tribunal de Justiça já se manifestou sobre a matéria, em caso semelhante:

"Sem embargo do princípio da sucumbência, adotado pelo Código de Processo Civil vigente, é de atentar-se para outro princípio, o da causalidade, segundo o qual aquele que deu causa à instauração do processo, ou ao incidente processual, deve arcar com os encargos daí decorrentes" (STJ - 4ª Turma, REsp 264.930, rel. Min Sálvio de Figueiredo, j.13.9.00, deram provimento, v.u. DJU 16.10.00, p.319)

O MM. Juiz arbitrou os honorários advocatícios em R$ 500,00, e de fato o valor se mostra irrisório e não remunera de forma condizente o profissional, devendo ser majorado para não desmerecer a atuação do causídico.

Certo é que o parágrafo 3º, do artigo 20 do Código de Processo Civil

Acesso ao Sumário

dispõe que os honorários serão fixados entre o mínimo de dez por cento e o máximo de vinte por cento sobre o valor da condenação, atendidos o grau de zelo do profissional, o lugar de prestação do serviço, a natureza e importância da causa, o trabalho realizado pelo advogado e o tempo exigido para o seu serviço.

O valor arbitrado a título de honorários advocatícios ficou sem expressão econômica, de modo que não se coaduna com a apreciação equitativa que deve nortear a fixação dos honorários advocatícios, como se depreende do artigo 20, § 4º, do Código de Processo Civil, haja vista o princípio da causalidade.

O Superior Tribunal de Justiça já se manifestou em circunstância semelhante:

"***O arbitramento de honorários de sucumbência em R$50,00 ofende a equidade e o artigo 20, § 4º, do Código de Processo Civil***" (STJ, 3ª Turma, REsp 892.369, Min. Gomes de Barros, j.20.9.07, DJU 8.10.07).

Assim, os honorários devem ser majorados para a quantia de R$ 1.000,00, valor mais condizente com a atividade desempenhada pelo profissional, e de acordo com o disposto no artigo 20, § 4º, do Código de Processo Civil, no mais mantenho a r. sentença tal como lançada.

Ante o exposto, dou parcial provimento ao recurso para o fim acima.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0093987-14.2005.8.26.0100, da Comarca de São Paulo, em que são apelantes/apelados OTÁVIO AUGUSTO ZAMBON e CONSULTEMA CONSULTORIA TREINAMENTO E SISTEMAS LTDA..

ACORDAM, em 4ª Câmara Extraordinária de Direito Privado 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 2696)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores SALLES ROSSI (Presidente sem voto), LUIZ AMBRA e GRAVA BRAZIL.

São Paulo, 6 de agosto de 2014.

SILVÉRIO DA SILVA, Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: Apelação Cível. Propriedade Intelectual. Programas de computador copiados, utilizados e distribuídos indevidamente, sem licença. Comprovada a titularidade da autora na criação e desenvolvimento

dos programas em questão. Presença de legitimidade ativa para pleitear seu direito. Comprovados os fatos alegados pela autora na conduta do réu, por meio de perícia judicial. Infração penal tipificada no art. 12 da Lei nº 9.609/98. Aplicação do art. 14 e parágrafos da Lei nº 9.609/98 c.c. art. 103, parágrafo único da Lei nº 9.610/98. A ação é procedente, com determinação ao réu de se abster de condutas que violem os direitos autorais e de propriedade da autora, sob pena de multa diária, e condenação a indenização por perdas e danos. O material apreendido deve ser entregue à autora. Excluídas as multas aplicadas por litigância de má-fé a ambas as partes. Recursos providos.

VOTO

A r. sentença de fls. 140/142 e 163, cujo relatório se adota, nos autos da ação de indenização por perdas e danos c.c. obrigação de fazer, julgou improcedentes a ação cautelar dos autos em apenso e a ação principal, e revogou a liminar concedida às fls. 95 dos autos da cautelar. Em razão da má-fé da autora, condenou-a ao pagamento de multa de 1% do valor atribuído à causa, a ser recolhida aos cofres estaduais, e a pagar indenização ao réu em valor equivalente a 20% do valor da causa, fazendo-o com base no art. 17, I, c.c. art. 18, *caput* e § 2º, ambos do Código de Processo Civil, percentual este fixado em razão do dolo. Ficou a autora, também, condenada a arcar com o pagamento das custas, despesas processuais e honorários dos advogados dos réus, arbitrados em 15% do valor atribuído à causa. O valor da causa, para efeito de cálculo da sucumbência e da multa, deverá ser atualizado monetariamente pela Tabela Prática do TJSP desde a data da distribuição do feito.

Tendo em vista, ainda, a interposição de embargos declaratórios por ambas partes, que foram considerados protelatórios, foi aplicada multa por litigância de má-fé, fixada em 1% do valor atribuído à causa, a ser recolhida aos cofres estaduais.

Inconformado, apela o réu, fls. 164/173, pugnando pela reforma da sentença para exclusão da multa por litigância de má-fé, aplicada após a interposição de embargos de declaração.

Também apela o autor, fls. 177/205, pugnando pelo provimento de seu recurso para julgar procedente a ação, com a condenação do réu a indenização por perdas e danos pelo uso não autorizado dos programas de computador da apelante, e para que se abstenha de se utilizar de tais programas, sob pena de multa.

Acesso ao Sumário

Recursos recebidos nos efeitos devolutivo e suspensivo, fls. 207.

Contrarrazões da autora às fls. 208/217, e do réu às fls. 220/231.

É o relatório.

Relatou a autora que teve conhecimento de que o réu vem utilizando, alterando, reproduzindo e comercializando em sua residência cópias dos programas de computador desenvolvidos pela autora, destinados a emissão de nota fiscal a *laser*, que é composto pelos módulos "Cold Web", "Módulo de Mapeamento e Designer" e "Módulo de Impressão a Laser". Ajuizou ação cautelar visando vistoria e busca e apreensão dos programas de computador referidos, o que foi deferido em liminar, e efetivado. Alega ser, desde 1997, distribuidora no território nacional dos programas de computador da empresa americana Optio Software Inc., sendo que o último contrato de distribuição entre as partes foi firmado em 30.07.2003, automaticamente renovado por iguais e sucessivos períodos de 12 meses, estando em vigor. O réu foi funcionário da autora, ocupando o cargo de analista de suporte técnico júnior, e em dezembro de 2004 solicitou seu desligamento da empresa alegando motivos pessoais; e recentemente, em pesquisa feita na internet, verificou-se que o réu está utilizando, alterando, produzindo e comercializando, por meio de uma empresa que opera com o nome fantasia "OptioN" (com o "N" ao final), muito similar ao nome da empresa representada pela autora no Brasil, "Optio", cópias dos referidos programas de computador, sendo que a "OptioN" tem a razão social "Total Soluções em Informática Ltda.", inscrita no CNPJ 04.921.445/0002-46. Os domínios na internet também são muito semelhantes: (endereço eletrônico constante no texto original), criado e registrado em 29.05.2000 e (endereço eletrônico constante no texto original), criado e registrado em 13.09.2004 pela empresa Total Soluções, tendo como responsável Edna Ferrari, mãe do réu. Além disso, os clientes da autora vem sendo visitados pelo réu.

Apela a autora querendo a reforma da sentença para julgar a ação procedente, excluindo, ainda as multas aplicadas por litigância de má-fé, porque não adquiriu da Optio Software o direito autoral do software, mas uma licença de uso de outro software, sobre o qual nada pleiteou; que os programas "Cold Web", "Módulo de Mapeamento e Designer" e "Módulo de Impressão a Laser" sempre foram de sua titularidade, criados, desenvolvidos e programados pela autora, e não da Optio, razão pela qual não existe contrato de cessão de direito autoral de tais programas. Nunca pleiteou direito alheio em nome próprio, apenas mencionou ser distribuidora de programas da Optio Software no Brasil para demonstrar que o réu se utiliza de nome semelhante para induzir os potenciais clientes a erro, em software diverso, não objeto dos autos, mas que o réu também vem distribuindo indevidamente.

Já o réu apela querendo a exclusão da multa aplicada a título de alegada

Acesso ao Sumário

litigância de má-fé, por ter entendido o juízo *a quo* que a interposição dos seus embargos de declaração tiveram cunho meramente protelatório.

O apelo da autora comporta provimento.

De fato, procedem as alegações da autora.

Parece realmente ter havido certo equívoco no julgamento proferido pelo Magistrado *a quo*, partindo da premissa de que os mencionados programas de computador eram apenas licenciados para distribuição pela autora, e não por esta elaborados e desenvolvidos.

Consta, às fls. 94 dos autos da cautelar, documento da ABES - Associação Brasileira das Empresas de Software, que à autora pertencem os direitos de propriedade e autorais dos programas em questão.

Assim, patente a legitimidade da autora para figurar no pólo ativo do feito, pleiteando para si direito próprio.

Ainda, concluiu-se, por meio de laudo pericial nos autos da ação cautelar, fls. 208, que "*programas de titularidade da autora estejam de posse do Requerido, incluindo o programa WDDPORT informado na inicial*"; "*O Requerido esteja utilizando códigos e programas de titularidade da Autora para desenvolvimento de seus programas e telas de acesso a esses programas*" e "*O Requerido esteja de posse de informações de propriedade da Autora*".

Assim, ficou constatada, pelo perito judicial, a ocorrência dos fatos relatados na inicial, havendo patente dano e violação dos direitos autorais e de propriedade do autor, uma vez que os programas vêm sendo distribuídos, alterados e comercializados sem a devida licença ou autorização de uso, e ainda, induzindo-se os potenciais clientes a erro, pois utiliza-se de empresa com nome fantasia "Option", muito semelhante a "Optio", empresa representada exclusivamente pela autora no Brasil.

Os atos constatados realizados pelo réu, inclusive, constituem infração penal prevista no artigo 12 da Lei nº 9.609/98.

Assim, de rigor a procedência da ação, com fundamento no art. 14 da Lei nº 9.609/98, *caput* e parágrafos c.c. art. 103, parágrafo único da Lei nº 9.610/98, para condenar o réu a se abster de utilizar os programas de computador e todas as suas derivações de titularidade da autora, sob pena de pagar multa diária de R$ 100,00, até o limite de R$ 6.000,00, equivalente a 60 dias, e ainda ao pagamento de indenização por perdas e danos no valor equivalente a três mil cópias de cada programa mencionado nesta ação, cujos direitos de propriedade e autorais tenham sido violados pelo réu, nos termos do parágrafo único do art. 103 da Lei nº 9.610/98, e cujo valor individual será apurado em sede de cumprimento de sentença. O material apreendido, que estava em posse do réu, deve ser entregue à autora. Por consequência, julgo extinta a ação, nos termos do art. 269, I do Código de Processo Civil, condenando o réu, ainda, por força

Acesso ao Sumário

da sucumbência, ao pagamento das custas e despesas processuais e honorários advocatícios fixados em 15% sobre o valor da condenação, nos termos do art. 20, § 3º, do CPC.

Por lógica, e ante o teor dos embargos de declaração interpostos pela autora, também excluem-se as multas a ela aplicadas por litigância de má-fé.

Apela o réu apenas da condenação que lhe foi imposta, com multa por litigância de má-fé após a interposição de embargos de declaração, entendidos protelatórios.

Entendo também não ser o caso de se aplicar multa por litigância de má-fé, pois pertinente a questão da omissão levantada.

Dessa forma, dou provimento a ambos os recursos.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0002263-89.2008.8.26.0045, da Comarca de Santa Isabel, em que são apelantes RICARDO PIRES DE CAMPOS e MARIA LÚCIA SCARAMUCCI PIRES, é apelado ÂNGELO BARRETO DE SILVEIRA (ESPÓLIO).

ACORDAM, em 20ª 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 19112)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores ÁLVARO TORRES JÚNIOR (Presidente) e ALBERTO GOSSON.

São Paulo, 25 de agosto de 2014.

REBELLO PINHO, Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: POSSESSÓRIA - Ação de manutenção de posse - O espólio tem capacidade de ser parte passiva em ação possessória, quando agente molestativo à posse do autor - Inadmissível a extinção do processo em razão do não cumprimento de determinação judicial dirigida à parte adversa - Afastado o julgamento de extinção do processo, sem resolução do mérito, pelos fundamentos adotados pela r. sentença recorrida, determinando-se, em consequência, o prosseguimento do feito em seus trâmites legais.

Recurso provido.

VOTO

Vistos.

Ao relatório da r. sentença de fls. 253/257, acrescenta-se que a ação foi julgada extinta, "sem resolução do mérito, com fundamento no artigo 267, inciso IV e VI do Código de Processo Civil", condenando os autores ao pagamento de custas e despesas processuais.

Apelação dos autores (fls. 263/267), sustentando que: (a) "(…) enquanto não ultimada a partilha, detém o espólio personalidade jurídica, ou seja, possibilidade de estar em juízo, a exemplo da massa falida, do condomínio, assim como de outras entidades jurídicas não personificadas"; (b) "(…) determinou o Juízo *a quo* a vinda aos autos da documentação comprobatória do atual estado dos autos de inventário dos bens representados pelo espólio apelado. Contudo há de se observar que tal determinação não foi dirigida aos apelantes, mas tão somente ao apelado, conforme fls. 237 dos autos, que - ao que tudo indica - utilizando-se de sua própria torpeza, não a cumpriu"; (c) "(…) jamais poderiam os apelantes ser penalizados pelo descumprimento de determinação a eles não dirigida" e (d) "(…) o próprio apelado, em sua defesa confirmou estar exercendo a posse do imóvel objeto da demanda através de seus herdeiros, limitando-se apenas a solicitar a declaração da incompetência do Juízo para o julgamento dos feitos, nada falando sobre eventual ilegitimidade de parte".

A apelação foi recebida e regularmente processada (fls. 275), sem resposta do réu (fls. 276).

É o relatório.

1. A pretensão recursal dos apelantes é de reforma da r. sentença, "declarando-se nula a decisão proferida pelo Juízo *a quo*, bem como o retorno dos autos à 1ª Instância para seu regular processamento".

2. Afasta-se o julgamento de extinção do processo, sem apreciação do mérito, com base no art. 267, IV e VI, do CPC, por falta de pressuposto de constituição válida e regular do processo e por ilegitimidade passiva.

2.1. Quanto às condições da ação, adota-se a seguinte orientação: **(a)** o acolhimento ou não dos pedidos, objeto do conflito de pretensões, por ser abstrato o direito de ação, envolve o mérito da demanda e não matérias relativas à inépcia da inicial, pressupostos processuais ou às condições da ação, visto que, nos termos do CPC, a lide é sempre o mérito da causa, e o direito material é objeto do art. 269 e não do 267, VI (neste sentido, as lições de Humberto Theodoro Junior, "Processo de Conhecimento", 3ª ed., Forense, 1984, RJ, p. 57, 60 e 569/572, e Pontes de Miranda, "Comentários ao Código de Processo Civil", tomo III (arts. 154-281), 2ª ed., Forense, 1979, RJ, p. 623/624); **(b)** como Theotonio Negrão anota: "**'Impõe-se não confundir a**

Acesso ao Sumário

impossibilidade jurídica do pedido com o 'meritum causae'. Em tese, nada impede ao contratante postular em juízo o adimplemento de determinada prestação que afirma decorrente do contrato. Se a obrigação existe, ou não, é questão a ser julgada no momento processual oportuno, o da sentença' (STJ - 4ª Turma, Ag 33.416-2-SP - AgRg. rel Min. Athos Carneiro, j. 26.4.93, negaram provimento, v.u., DJU 10.5.93, p. 8.640). Neste sentido JTA 127/297." ("Código de Processo Civil e Legislação Processual em Vigor", 39ª ed., 2007, Saraiva, p. 389, nota 33d ao art. 267, o destaque não consta do original); **(c)** "A **impossibilidade jurídica prevista no processo brasileiro, como condição da ação, é a absoluta, não a relativa, que decorre de uma conclusão (o pedido) não corresponde aos fatos.**" (Ernane Fidélis dos Santos, "Manual de Direito Processual Civil - Processo de Conhecimento", vol 1, 12ª ed., Saraiva, 2007, SP, p. 666, o destaque não consta do original); e **(d)** "O interesse processual está presente sempre que a parte tenha necessidade de exercer o direito de ação (e, conseqüentemente, instaurar o processo) para alcançar o resultado que pretende, relativamente à sua pretensão e, ainda mais, sempre que aquilo que se pede no processo (pedido) seja útil sob o aspecto prático. (...) O interesse processual nasce, portanto, da necessidade da tutela jurisdicional do Estado, invocada pelo meio adequado, que determinará o resultado útil pretendido, do ponto de vista processual. **É importante esclarecer que a presença do interesse processual não determina a procedência do pedido, mas viabiliza a apreciação do mérito, permitindo que o resultado seja útil, tanto nesse sentido quanto no sentido oposto, pela improcedência. A utilidade do resultado se afere diante do tipo de providência requerida. (...) Note-se que, para aferição da legitimidade, não importa saber se procede ou não a pretensão do autor; não importa saber se é verdadeira ou não a descrição do conflito por ele apresentada. Isso constituirá o próprio julgamento do mérito.** A aferição da legitimidade processual antecede logicamente o julgamento do mérito. **Assim, como regra geral, é parte legítima para exercer o direito de ação aquele que *afirma* titular de determinado direito que precisa da tutela jurisdicional, ao passo que será parte legítima, para figurar no pólo passivo, aquele a quem caiba a observância do devedor correlato àquele hipotético direito**." (Luiz Rodrigues Wambier e outros, "Curso Avançado de Processo Civil - Teoria Geral do Processo e Processo de Conhecimento", vol. 1, 9ª ed., RT, 2007, SP, p. 137/139, o destaque não consta do original).

2.2. O espólio tem capacidade de ser parte passiva em ação possessória, quando agente molestativo à posse do autor.

Nesse sentido, a orientação de: **(a)** Humberto Theodoro Júnior: **(a.1)** "Entende-se por *espólio* a universalidade patrimonial deixada pelo morto enquanto não ultimada a partilho entre os herdeiros e sucessores. **Não é o espólio uma pessoa jurídica, mas apresenta-se como *massa necessária*, dotada de**

Acesso ao Sumário

representação e capacidade de agir em juízo, ativa e passivamente, como se pessoa fosse. Nesse estado de indivisão, a herança há pertence por direito a todos os herdeiros, desde o momento da abertura da sucessão (morte do *de cujus*). **Mas a lei atribui ao inventariante não dativo (cônjuge ou herdeiro) a capacidade de agir, processualmente em juízo, como representante legal do espólio (CPC, art. 12, V)**" ("Terras Particulares - Demarcação - Divisão - Tapumes", 5ª ed., 2ª tir., Saraiva, 2009, SP, p. 2010, o destaque não consta do original); e **(a.2)** "**Réu, na ação possessória, é o agente representativo da moléstia à posse do autor**. Há porém, que se distinguir entre o que esbulha, turba ou ameaça a posse alheira por iniciativa própria e o que faz como preposto de outrem, como, por exemplo, o empregado do sítio que cumpre ordens do patrão de fechar a servidão de passagem do vizinho. Naturalmente, não teria sentido a reação contra o empregado, mesmo porque a sentença não seria oponível ao verdadeiro causador do dano possessório, que é o patrão." ("Curso de Direito Processual Civil", vol. III, 40ª ed., Forense, 2008, RJ, p. 119, item nº 1.229); e **(b)** Cláudia Aparecida Cimardi: "Tem-se outrossim, como legitimados passivos das ações possessórias os herdeiros e legatários do agressor, que respondem pela investida do *de cujus* contra a posse de outrem, e por eventual indenização, dentro das quotas da herança. **Aberto o inventário à data do ajuizamento da ação possessória, a legitimidade passiva é transferida ao respectivo espólio, a ser citado na pessoa inventariante, consoante dispõe o art. 12, V, do CPC.**" ("Proteção Processual da Posse", 2ª ed., RT, 2008, p. 237, o destaque não consta do original).

2.3. Na espécie, nos termos da orientação adotada, admissível a propositura da ação de manutenção de posse pelos apelantes, ajuizada em 07.05.2008 (fls. 02), contra o espólio de Ângelo Barreto de Siqueira, em razão da existência de ação de inventário promovido em 16.08.1985 (fls. 27) e do qual não se tem notícia de que já tenha sido encerrada, diante da imputação, pelos autores, ao réu escolhido de prática de atos de turbação de posse, em razão do disposto no art. 12, V, do CPC.

2.4. Inadmissível a extinção do processo em razão do não cumprimento de determinação judicial dirigida à parte adversa.

Nos termos da r. decisão de fls. 237, houve determinação ao requerido, ora apelado, para que apresentasse certidão de objeto e pé do inventário do *de cujus*, bem como cópia das primeiras declarações apresentadas, sendo certo que o espólio-réu quedou inerte diante de tal determinação.

A r. sentença recorrida deliberou ser indispensável para o julgamento da lide a apresentação nos autos da certidão de objeto e pé e das primeiras declarações apresentadas nos autos do inventário de Ângelo Barreto de Siqueira, atribuindo o ônus de sua apresentação aos autores apelantes.

Acesso ao Sumário

Ainda que se considere indispensável a apresentação de referidos documentos pelos autores, inadmissível a extinção do processo, por ausência de pressuposto válido de desenvolvimento do processo (CPC, art. 267, IV), antes que eles sejam intimados a providenciar a referida documentação, porquanto o comando de fls. 237 não foi a eles dirigido, sendo certo que a inércia da parte adversa não pode prejudicar os autores da demanda.

3. Incabível a reforma da r. sentença com julgamento do mérito.

Na espécie, inadmissível o prosseguimento do julgamento com base no art. 515, § 3º, do CPC, por não se encontrar em condições de imediato julgamento.

4. Em resumo, o recurso deve ser provido, para reformar a r. sentença, para afastar o julgamento de extinção do processo, sem apreciação do mérito, pelos fundamentos adotados pela r. sentença recorrida, determinando-se, em consequência, o prosseguimento do feito em seus trâmites legais.

Ante o exposto e para os fins acima, **dá-se provimento ao recurso.**

Conflitos de Competência

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Conflito de Competência nº 0034750-43.2014.8.26.0000, da Comarca de Osasco, em que é suscitante 21ª CÂMARA DE DIREITO PRIVADO, é suscitado 10ª 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, declarada a competência da C. 10ª Câmara de Direito Privado, com observação. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 27.935)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores GOMES VARJÃO (Presidente), HENRIQUE NELSON CALANDRA, LUIZ ANTONIO DE GODOY, JOÃO CARLOS SALETTI, MATHEUS FONTES, J. B. FRANCO DE GODOI e MELO BUENO.

São Paulo, 7 de agosto de 2014.

RUY COPPOLA, Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: Conflito de competência. Apelação extraída dos autos de ação de reintegração de posse. Prevenção de Câmara - Agravo de instrumento anteriormente interposto contra o indeferimento da liminar de reintegração de posse, que foi julgado pela 10ª Câmara - Cessação da designação do relator daquele recurso (aposentadoria em 24.08.2011), posterior à distribuição desta apelação, feita em 21.07.2009. Outras questões como a legitimidade de parte e produção de provas que foram objeto de agravos de instrumento julgados pela 21ª Câmara de Direito Privado. Regimento interno, que à época, determinava a cessação da prevenção, se na Câmara não mais tivesse assento qualquer dos juízes que participaram do julgamento, com visto nos autos. Conflito procedente, com observação, reconhecida a competência da 10ª Câmara de Direito Privado.

VOTO

Vistos.

Trata-se de conflito de competência suscitado pela Colenda 21ª Câmara de Direito Privado deste Tribunal, em apelação extraída dos autos de ação de reintegração de posse.

O recurso foi inicialmente distribuído à 11ª Câmara de Direito Privado que, pelo acórdão de fls. 988/1001 dele não conheceu, determinando sua redistribuição à 21ª Câmara de Direito Privado.

Redistribuídos os autos à 21ª Câmara, pela decisão monocrática, o Des. Virgílio de Oliveira Júnior houve por bem determinar sua redistribuição à 10ª Câmara.

No impedimento do Presidente da Seção de Direito Privado, o Des. Elliot Akel tornou os autos conclusos novamente ao Des. Virgílio em razão da questão da prevenção ter sido decidida pela 11ª Câmara através de decisão colegiada, não podendo ser modificada por mero despacho (fls. 1327).

Retornados os autos à 21ª Câmara, pelo V. Acórdão de fls. 1342/1347, foi suscitado o conflito de competência.

É o Relatório.

A 11ª Câmara de Direito Privado não conheceu do recurso, em razão da prevenção da 21ª Câmara de Direito Privado, originada pelo julgamento de dois

Acesso ao Sumário

agravos de instrumento, sob a relatoria do eminente Des. Antônio Marson (fls. 988/1001).

Já a Câmara suscitante (21ª de Direito Privado), entendeu a fls. 1342/1348 que:

"Desejando a autora o cumprimento da ordem emanada da Corte superior para que '*o r. Juízo* a quo *analise o pedido de antecipação de tutela efetivado na exordial da possessória e afastar a multa por ocasião do julgamento dos embargos de declaração*' pede a sua imediata reintegração na posse do bem [fls.1008 e 1019].

Todavia, aquela ordem superior está, apesar da omissão, endereçada à c. 10ª Câmara de Direito Privado, pois dela provieram duas decisões colegiadas: em uma negou-se a liminar de reintegração, em julgamento de 20 de março de 2007; e, em outra, na sessão de 22 de maio de 2007, houve a rejeição dos embargos com a aplicação da multa de 1% sobre o valor da causa na ação executória. Ambas estão firmadas pelo d. relator Desembargador Testa Marchi, cuja Turma julgadora contava, ainda, com a presença dos Desembargadores Galdino Toledo Junior e João Carlos Saletti. [fls.1051/55 e 1059/64].

Atente-se, ademais, que a c. 21ª Câmara de Direito Privado, embora tenha enfrentado decisões interlocutórias relativamente à prova emprestada, embargos de declaração, perícia, somente proferiu decisões posteriormente, ou seja, nas datas de 01.08.07, 09.04.08, 30.07.08 não se tornou competente para analisar o caso determinado pelo STJ, até porque não tem poder de revisão de decisões daquela augusta 11ª Câmara [fls.909/910, 913/914, 742/744, 751/52, 753/54, 756/58].

Frente a esse impasse, este Relator endereçou à d. Presidência da Seção de Direito Privado, a seguinte representação:

Considerando que a empresa Moinho Reisa Ltda. - autora na ação de reintegração de posse que move, dentre outros, contra Antonio Assadurian (anterior inquilino e dito invasor da propriedade da pessoa jurídica) juntou a petição de fls.1008/10430, contendo, entre os documentos, cópia do recurso especial n. 1.058.984-SP, relatado pelo ministro Marco Buzzi, em que dá provimento ao recurso, com determinação para que *'o r. Juízo* 'a quo' *analise o pedido de antecipação de tutela efetivado na exordial da possessória e afastar a multa imposta por ocasião do julgamento dos embargos de declaração'* (fls.1019); ; *considerando*, outrossim, que as r. decisões indicadas pela Corte superior foram exaradas, segundo cópias, pela 10ª Câmara de Direito Privado deste Egrégio Tribunal paulista, quando relator o d. Desembargador Testa Marchi, em julgamento ocorrido em 20.03.2007, em que se negou a liminar de reintegração de posse e, em julgamento de 22.05.2007, em cuja oportunidade foram rejeitados os embargos, com a aplicação da multa de 1% sobre o valor da causa na ação executória (fls.1051/55 e 1059/64), *represento a Vossa Excelência*, com apoio no art. 102 do RITJ (*'A Câmara ou Grupo que primeiro conhecer de uma causa, ... , terá a competência preventa para os feitos originários conexos e para todos os recursos, na causa principal, cautelar*

Acesso ao Sumário

ou acessória, incidente, oriunda de outro, conexa ou continente, derivadas do mesmo ato, fato, contrato ou relação jurídica, e nos processos de execução dos respectivos julgados'), para que os autos sejam enviados à c. 10ª Câmara de Direito Privado, que, por haver decidido como acima indicado, é a única competente para analisar o pedido da tutela antecipada de reintegração de posse e afastar a multa aplicada em sede de embargos de declaração, como determinado pelo STJ. Afinal, aquela prevenção perdura no presente caso, pois, e segundo o parágrafo 1º desse mesmo art. 102, o *'afastamento dos juízes que participaram do julgamento anterior não rompe a prevenção, sendo o novo processo distribuído a quem os substituir ou assumir a cadeira vaga'*.

Nessa ordem, não há como ser observado o acórdão, da c. 11ª Câmara de Direito Privado, relatado pelo d. Desembargador Rômulo Russo (fls.988/1001), de que seria esta c. 21ª Câmara de Direito Privado a competente para analisar o caso determinado pelo STJ, só por haver enfrentado questões interlocutórias relativamente à prova emprestada, embargos de declaração, perícia (fls.742/744, 751/52, 753/54, 756/58), porque, em verdade, não decidiu em torno do pedido liminar de reintegração de posse e tampouco da multa.

Essas as razões pelas quais entendo que os autos (em que é apelante a empresa Moinho Reisa Ltda., e apelados Antonio Assudurian e outros) *devam ser remetidos à d. 10ª Câmara de Direito Privado*, a quem competirá atender o comando da Superior corte, procedendo, então, a entrega da prestação jurisdicional por seus atuais integrantes, que tenham substituído ou assumido as cadeiras vagas dos anteriores integrantes da r. Turma julgadora".

Com o devido respeito que se dedica aos doutos integrantes da 11ª Câmara de Direito Privado, razão assiste aos desembargadores integrantes da Câmara Suscitante (21ª de Direito Privado).

Isto porque, a 10ª Câmara já apreciou a questão da liminar de reintegração de posse destes autos, em sede de agravo de instrumento.

Conforme texto do regimento interno desta Corte, vigente à data da distribuição do apelo (21.07.2009), seria caso de cessação da prevenção se naquela data não tivesse assento qualquer dos juízes que participaram, com visto nos autos, do julgamento anterior.

Colhe-se dos dados do agravo de instrumento nº 9040399-11.2006.8.26.0000 (fls. 1051/1055), que seu julgamento ocorreu em 20.03.2007, tendo como relator o Des. Testa Marchi.

Pelas informações colhidas no Setor de Movimentação de Magistrados, o eminente Des. Testa Marchi aposentou-se em 24.08.2011, ou seja, em data posterior à distribuição deste apelo.

Assim, pela redação trazida do artigo 226 do Regimento Interno vigente em 21.07.2009, não havia cessado a prevenção da 10ª Câmara neste caso, quando o apelo foi distribuído.

Neste sentido o julgamento realizado pelo Colendo Órgão Especial deste

Acesso ao Sumário

Tribunal em 26.05.2010, relatado pelo eminente Des. Eros Piceli, cujo trecho da fundamentação passo a transcrever:

"Assim, uma vez mais com o respeito que merece a posição contrária, o critério de aplicação da lei da época do fato merece ser prestigiado, porque, repita-se, trata-se de critério objetivo e certo, até porque ressalva os atos praticados.

O anterior Regimento Interno deste tribunal era claro quanto à distribuição de processo em caso igual a este. O art. 226, no seu § 2º determinava que a competência da câmara somente cessaria se nela não tivesse assento qualquer dos juízes que tivessem participado com visto do julgamento anterior.

No caso concreto, o Desembargador Ênio Santarelli Zuliani participou como revisor no julgamento da apelação, o que importa afirmar que seria o juiz certo para conhecer e julgar os incidentes posteriores, em razão da aposentadoria do relator.

Não há razão, com todo o respeito ao eminente juiz, para não aplicar-se o que determinava expressamente o regimento velho, até porque sempre haveria a compensação de processos, exatamente para evitar-se a sobrecarga ao juiz prevento. Em outros termos, o juiz não fica prejudicado com distribuição maior de processos, porque compensadas as prevenções".

Também no julgamento realizado em 11.05.2011, nos autos da Reclamação nº 0057543-78.2011.8.26.0000, relatada pelo eminente Des. Artur Marques, cujo trecho da fundamentação também transcrevo abaixo:

"Partindo de tais premissas, deve ser considerado o fato de que a competência recursal deve ser fixada, de conformidade com mencionada exegese deste e. Órgão Especial, pela '*lei da época do fato*'.3

Em questão parelha, restou decidido que, *'embora a tese de aplicação imediata do novo regimento (que fixa a competência pela cadeira do juiz e não mais pela existência de juiz com visto nos autos em julgamento anterior, do regimento velho) seja muito razoável, o certo é que este Órgão Especial deve preocupar-se com as conseqüências, isto é, com a possibilidade de suscitação de inúmeras dúvidas a respeito de distribuições anteriormente realizadas. Ao estabelecer-se critério objetivo, isto é da aplicação do novo regimento somente nos casos suscitados a partir de sua vigência, tem-se parâmetro mais rígido, que não permitirá, assim se espera, discussões sobre competência que a ninguém aproveita, em razão da demora na solução dos conflitos'*.4

Portanto, como o art. 226, § 2°, do Regimento Interno anterior é expresso ao dispor que *'cessará a prevenção se, na câmara, não mais tiver assento qualquer dos juízes que participaram, com visto nos autos, do julgamento anterior'*, a distribuição do presente recurso deve ser feita livremente.

Nesse sentido:

Dúvida de competência - nos casos de afastamento de juízes que participaram do julgamento anterior, a competência continua na câmara, se houver juiz que dele participou com visto nos autos - aplicação do regimento

Acesso ao Sumário

velho, art. 226, § 2º, para situações ocorridas sob sua vigência - aplicação da lei da época do fato - competência da 4ª câmara de Direito Privado, por prevenção do Desembargador que apôs visto nos autos como revisor.5

Assiste razão, pois, ao em. Des. Laerte Sampaio ao defender exegese de que a C. 3ª Câmara de Direito Público não se encontra preventa para julgar recursos extraídos da causa principal."

3 Dúvida de Competência n° 182.267-0/7, rel. Des. Walter de Almeida Guilherme

4 Dúvida de Competência n° 994.09.222976-6. Rel. Des. Eros Piceli.

5. Dúvida de Competência n° 181.482-0/0. Rel. Des. Eros Piceli (Sublinhei).

Faço uma observação de que o processo deve ser distribuído ao magistrado ocupante da cadeira do Des. Testa Marchi, na 10ª Câmara de Direito Privado.

Ante o exposto, pelo meu voto, JULGA-SE PROCEDENTE o conflito, com observação, e afirma-se a competência da Câmara suscitada (10ª Câmara de Direito Privado).

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Conflito de Competência nº 0020526-03.2014.8.26.0000, da Comarca de Franca, em que é suscitante 1ª CÂMARA DE DIREITO PRIVADO, é suscitado 23º 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 o conflito procedente, declarada a competência da C. 23ª Câmara de Direito Privado. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 34673)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores GOMES VARJÃO (Presidente), MATHEUS FONTES, MELO BUENO, RUY COPPOLA, HENRIQUE NELSON CALANDRA, LUIZ ANTONIO DE GODOY e JOÃO CARLOS SALETTI.

São Paulo, 7 de agosto de 2014.

ADEMIR BENEDITO, Relator

Ementa: CONFLITO DE COMPETÊNCIA - Ação de cobrança de serviços médico-hospitalares - Discussão acerca da eventual ocorrência de negligência ou

erro médico - Irrelevância - Discussão da demanda principal acerca da inadimplência de contrato celebrado entre o particular e o hospital - Aplicação do art. 2º, III, "d", da Resolução n° 194/2004, com redação dada pela Resolução nº 281/2006, matéria agora contemplada no art. 5º, § 1º, da Resolução nº 623/2013 - Competência da Seção de Direito Privado II e III (da 11ª à 38ª Câmaras) - Fixação da competência da 23ª Câmara de Direito Privado - Conflito procedente.

VOTO

Trata-se de conflito de competência suscitado, em análise de recurso de apelação cível, pelo *Exmo. Sr. Desembargador Paulo Eduardo Razuk, Relator da 1ª Câmara de Direito Privado*, em face do *Exmo. Sr. Desembargador Sérgio Shimura, Relator da 23ª Câmara de Direito Privado.*

Distribuído inicialmente o recurso para a 23ª Câmara de Direito Privado, declinou esta de julgá-lo, sob o argumento de que a alegação do réu de ocorrência de erro ou negligência médica demanda regular dilação probatória (CPC, art. 951), constituindo-se em fato modificativo ao direito do autor, o que implicaria em competência preferencial de uma das Câmaras de números 1 a 10 da Seção de Direito Privado (fls. 109/113).

Redistribuído o feito para a 1ª Câmara, esta entendeu por bem suspender o Julgamento e suscitar o presente conflito negativo, aduzindo que a causa de pedir não envolve relações entre operadoras e usuários de planos ou seguros de saúde, mas sim a cobrança referente a despesas hospitalares, decorrente de ação que envolve obrigação irradiada de contrato de prestação de serviço médico-hospitalar, hipótese em que a competência preferencial cabe à Seção de Direito Privado que compreende as Câmaras 11ª a 38ª (fls. 118/124).

A D. Procuradoria Geral de Justiça deixou de opinar nos autos, em virtude de o mérito recursal se referir a direito individual disponível, envolvendo partes maiores e capazes, o que afasta o interesse e a legitimidade do Ministério Público (fls. 131).

É o relatório.

Respeitado entendimento diverso, competente para o processamento do apelo é a C. 23ª Câmara de Direito Privado.

Com efeito, trata-se de apelação cível interposta nos autos de ação de cobrança fundada em contrato de prestação de serviços médico-hospitalares, movida por Hospital e Maternidade São Joaquim Ltda., em face de Reinaldo Ruiz e Francisco Dias Rocha.

Acesso ao Sumário

A insurgência recursal se volta contra a sentença prolatada a fls. 82/83, que julgou procedente o pedido inicial para condenar o corréu Francisco Dias Rocha ao pagamento do valor equivalente a R$ 9.860,02 (nove mil, oitocentos e sessenta reais, e dois centavos), devidamente atualizado.

Os autos foram distribuídos à 23ª 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, competentes para apreciar e julgar "ações de responsabilidade civil do artigo 951 do Código Civil" (fls. 109/113).

Entretanto, razão assiste à Colenda 1ª Câmara, suscitante deste Conflito de Competência.

A matéria versada na ação em tela refere-se à cobrança de despesas médico-hospitalares.

Apesar de a defesa apresentada pela parte ré afirmar que houve negligência por parte do hospital, não pode ser esta circunstância o ponto determinante da fixação da competência para análise da lide em grau de recurso, *data venia*.

Como é sabido, a competência recursal é aferida pelos termos da pretensão do postulante na ação principal.

No caso vertente, os autos cuidam de ação de cobrança, cuja causa de pedir está baseada em contrato de prestação de serviços de assistência médica e hospitalar inadimplido. O que dera causa à propositura da ação de cobrança foi um serviço de saúde, prestado por um hospital que recebeu o paciente, a ele conferiu tratamento médico especializado e não recebeu o que lhe era devido.

Destarte, a lide principal está restrita a contrato de prestação de serviços e remuneração de despesas hospitalares, não estando inserida dentre aquelas passíveis de discussão nas denominadas **"ações e execuções relativas a seguro-saúde, contrato nominado ou inominado de plano de saúde, individual, coletivo ou empresarial, inclusive prestação de serviços a eles relativos"** ou naquelas **"ações e execuções relativas a responsabilidade civil do artigo 951 do Código Civil"** e que são da competência da Seção de Direito Privado I (da 1ª à 10ª Câmaras), simplesmente porque não se discute, *in casu*, a cobertura de plano de saúde e seus desdobramentos.

Portanto, certo é que a essência da pretensão posta em juízo diz respeito à prestação de serviço genérico, regida pelo Direito Privado, contemplada pela Resolução nº 194/2004, artigo 2º, inciso III, alínea "d", acrescido pela Resolução nº 281/2006, e agora especificada no artigo 5º, § 1º, da Resolução nº 623/2013, pela qual se atribuiu a competência preferencial das 11ª a 38ª Câmaras às ***"ações relativas à locação ou prestação de serviços, regidas pelo Direito Privado, inclusive as que evolvam obrigações irradiadas de contratos de prestação de serviços escolares e de fornecimento de água, gás, energia elétrica e telefonia".***

Acesso ao Sumário

O Colendo Órgão Especial deste Egrégio Tribunal de Justiça, em litígios análogos ao presente, firmou o entendimento de que nas ações de cobrança cuja causa fora um serviço de saúde prestado por um Hospital, a competência é das Colendas Câmaras que apreciam as lides derivadas de contratos de prestação de serviço. Confira-se, nesse sentido:

"Dúvida de competência. Apelação extraída dos autos de ação de cobrança. A fixação da competência recursal se define pela lide descrita na inicial no tocante ao fundamento jurídico e a intenção preponderante das partes. Tratando-se de pedido relativo ao pagamento de importância em razão de serviços hospitalares prestados, a competência é das Câmaras de n°s 11ª a 38ª da Seção de Direito Privado. Precedentes do Órgão Especial. Dúvida procedente reconhecida a competência da Câmara suscitada (22ª de Direito Privado)." (TJSP, Conflito de Competência nº 0085106-13.2012.8.26.0000, Comarca de Osasco, Rel. Des. Ruy Coppola, j. em 1º/08/2012).

"CONFLITO DE COMPETÊNCIA - Cobrança de despesas médico-hospitalares - Hipótese que não envolve planos ou seguros de saúde - Competência preferencial das 11ª a 38ª Câmaras de Direito Privado - Inteligência do Provimento n° 63/2004 e do art. 2°, III, 'd', da Resolução n° 194/2004 com a redação dada pela Resolução n° 281/2006 e do Assento Regimental 382/2008, todos deste Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo - Firmada a competência da C. 14ª Câmara de Direito Privado, suscitada - Conflito procedente." (TJSP, Conflito de Competência nº 0085106-13.2012.8.26.0000, Comarca de Queluz, Rel. Des. Luiz Antonio de Godoy, j. em 21/03/2012).

"CONFLITO DE COMPETÊNCIA. AÇÃO ORDINÁRIA DE COBRANÇA AJUIZADA POR HOSPITAL CONTRA PACIENTE QUE NÃO SATISFEZ O CUSTO DO TRATAMENTO. COMPETÊNCIA DE UMA DAS CÂMARAS DE DIREITO PRIVADO ORDINALMENTE NUMERADAS DE 11ª A 36ª, DE ACORDO COM A RESOLUÇÃO 194/2004, ALTERADA PELA RESOLUÇÃO 281/2006, QUE ACRESCENTOU A ALÍNEA 'D' AO INCISO III DO ARTIGO 2º, PARA PREVER EXPRESSAMENTE A COMPETÊNCIA DAS 11ª a 36ª CÂMARAS DE DIREITO PRIVADO PARA JULGAR AÇÕES QUE VERSEM SOBRE A PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS EM GERAL. PRECEDENTE DO ÓRGÃO ESPECIAL. DÚVIDA PROCEDENTE. COMPETENTE A 34ª CÂMARA DE DIREITO PRIVADO.

Não compete às Câmaras ordinalmente numeradas de 1 a 10 da Seção de Direito Privado apreciar e julgar ações e execuções relativas a serviços genéricos de saúde, mas tão-somente as ações relativas a seguro-saúde, contrato nominado ou inominado de plano de saúde individual, coletivo ou empresarial, inclusive prestação de serviços a eles relativos. Entendimento oriundo do precedente do Órgão Especial: Dúvida de Competência

Acesso ao Sumário

166.945-0/4-00-00-Ribeirão Preto, rel. Des. Francisco Menin, j. 26.11.2008." (TJSP, Conflito de Competência nº 0435886-49.2010.8.26.0000, Comarca de São Paulo, Rel. Des. Renato Nalini, j. em 30/03/2011).

"CONFLITO DE COMPETÊNCIA - Ação monitória objetivando a restituição de despesas médico-hospitalares - Termo firmado entre a entidade hospitalar e o particular, não se inserindo no âmbito dos contratos de seguro-saúde, plano de saúde, ou de serviços a eles relativos - Resoluções 281/2006 e 194/2004, ambas do TJESP - Competência da Colenda 36ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça - Conflito procedente, firmada a competência da Câmara suscitada." (TJSP, Conflito de Competência nº 0537185-69.2010.8.26.0000, Comarca de Jundiaí, Rel. Des. Samuel Júnior, j. em 23/03/2011).

Diante do exposto, julga-se procedente o conflito negativo de competência, declarando-se a competência da C. 23ª Câmara de Direito Privado para o processamento e julgamento do apelo.

Embargos Infringentes

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Embargos Infringentes nº 0030619-36.2009.8.26.0344/50000, da Comarca de Marília, em que são embargantes EDISON LUIZ GUBANI (JUSTIÇA GRATUITA) e MARIA SILVA LOBO GUBANI (JUSTIÇA GRATUITA), é embargada COMPANHIA PAULISTA DE FORÇA E LUZ – CPFL.

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 27.505)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores RUY COPPOLA (Presidente), CAIO MARCELO MENDES DE OLIVEIRA, LUIS FERNANDO NISHI e AIRTON PINHEIRO DE CASTRO.

São Paulo, 14 de agosto de 2014.

Acesso ao Sumário

KIOITSI CHICUTA, Relator

Ementa: Embargos infringentes. Prestação de serviços. Energia elétrica. Declaratória de inexigibilidade de débito cumulada com indenização por danos morais. Sentença de improcedência e reforma pelo Tribunal para dar provimento parcial à apelação. Embargantes que se insurgem apenas quanto ao pagamento das verbas da sucumbência. Pretensão recursal que não supera interpretação estrita do artigo 530 do Código de Processo Civil. Divergência da Turma Julgadora que se restringe ao cabimento ou não dos danos morais. Não cabimento de embargos infringentes. Fixação dos honorários de advogado que trata de matéria acessória e não principal. Não conhecimento.

Não cabe embargos infringentes quanto ao cabimento ou não das verbas de sucumbência, por não se tratar de matéria de mérito, sendo que a matéria principal sequer restou impugnada de forma fundamentada. O próprio Superior Tribunal de Justiça, por sua Corte Especial, já decidiu que não se permite embargos infringentes no tocante exclusivamente à verba honorária, por se tratar de matéria acessória e não principal (Ag no ERESP 825.166, Relator o Ministro Aldir Passarinho).

VOTO

Cuidam os autos de embargos infringentes opostos a v. acórdão de Turma Julgadora desta C. Câmara e que, por maioria de votos, deu provimento parcial ao recurso para julgar parcialmente procedente a ação, declarando-se a inexigibilidade do débito em questão, condenando a ré à repetição do indébito, ficando vencido o Relator que acolhia integralmente a pretensão deduzida.

Sustentam os embargantes que o causador do dano deve ser condenado a ressarcir os autores, afirmando que o embargado/apelado foi vencido na maior parte e deve suportar "todos os gastos do processo". Dizem que o voto vencido deve ser mantido, inclusive quanto à condenação do embargado ao pagamento das verbas de sucumbência em sua totalidade. Pedem acolhimentos dos embargos.

Processado o recurso, colheu-se resposta da embargada (fls. 305/310).

É o relatório.

Acesso ao Sumário

A pretensão recursal não supera interpretação estrita do artigo 530 do Código de Processo Civil e no qual se diz que os embargos infringentes são permitidos quando o acórdão não unânime houver reformado em grau de apelação a sentença de mérito. No caso, a ação restou julgada improcedente e, por maioria de votos, deu-se provimento parcial à apelação para reconhecer a inexigibilidade do débito, objeto do litígio, rejeitando-se, porém, o pedido de indenização por danos morais, arcando cada parte com os honorários advocatícios de seus respectivos patronos, repartindo-se por igual as custas e despesas processuais, diante da sucumbência recíproca.

Com base no voto minoritário e no qual acolhia integralmente a pretensão deduzida, os autores ofertaram embargos infringentes, mas sequer ofertaram impugnação de forma fundamentada quanto a divergência da Turma Julgadora e que, no caso, refere-se ao cabimento ou não dos danos morais.

O próprio Superior Tribunal de Justiça, por sua Corte Especial, já decidiu que não se permitem embargos infringentes no tocante exclusivamente à verba honorária, por se tratar de matéria acessória e não principal (Ag no ERESP 825.166, Relator o Ministro Aldir Passarinho).

Isto posto, não se conhece do recurso.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Embargos Infringentes nº 0005614-26.2013.8.26.0003/50000, da Comarca de São Paulo, em que é embargante ROMABEL ALIMENTOS LTDA., é embargado SAPORE S.A. (GRAN SAPORE BR BRASIL S/A).

ACORDAM, em 1ª Câmara Reservada de Direito Empresarial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Por maioria rejeitaram os embargos infringentes. Vencido o 3º juiz que o acolhia.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 22863)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores ENIO ZULIANI (Presidente), CLAUDIO GODOY, FORTES BARBOSA e MAIA DA CUNHA.

São Paulo, 17 de julho de 2014.

FRANCISCO LOUREIRO, Relator

Ementa: PROPRIEDADE INDUSTRIAL. MARCA. Ação de abstenção de uso de marca envolvendo as marcas "Gran Sapore" de propriedade da autora,

Acesso ao Sumário

e "Via Sapore", encaminhada a registro pela ré. Autora que se firmou no mercado, há anos, com marca devidamente registrada. O conjunto da expressão não pode ser considerado como termo comum. É admitida como marca a aglutinação de palavras, com o uso de radicais, de prefixos ou de sufixos tirados de expressão de uso comum, desde que mediante processo linguístico de criação, resulte de nomes originais. Reprodução, mesmo que parcial, de marca alheia é vedada pela lei, quando reproduzido o termo pelo qual a marca é conhecida no mercado e apropriação da "expressão vedete". Possibilidade de confusão, parasitismo e diluição na utilização das marcas semelhantes no mesmo ramo de atividade. Autora que tem precedência e exclusividade no uso da marca, de extensão territorial nacional e do nome empresarial, de extensão territorial estadual. Exclusividade que deve ser conferida à autora. Ação procedente. Recurso não provido.

VOTO

São embargos infringentes opostos por **Romanel Alimentos Ltda.** contra o V. Acórdão de fls. 173/189 que, por maioria de votos, deu provimento ao recurso de apelação, para o fim de acolher pedido formulado por **Sapore S/A** e determinar à ré a abstenção do uso da expressão "VIA SAPORE" em quaisquer meios, incluindo embalagens, título de estabelecimento, nome empresarial e nome de domínio.

Foi o Acórdão conduzido pelo voto do Eminente Desembargador Relator Designado Ênio Santarelli Zuliani, acompanhado pelo Terceiro Juiz Maia da Cunha.

Acesso ao Sumário

Entendeu o voto condutor, em resumo, que a marca referente aos serviços e produtos comercializados pela ré (*Via Sapore*) reproduz parcela significativa da marca anterior registrada pela autora (*Gran Sapore*), no mesmo ramo de atividades.

O voto vencido foi redigido pelo Relator sorteado, Desembargador Fortes Barbosa. Segundo o entendimento de S. Exa., a expressão "Sapore" tem caráter genérico e descritivo, pois se trata de vocábulo da língua italiana de uso comum e que remete a uma qualidade necessária dos produtos alimentícios, qual seja, o sabor. Desse modo, as marcas contendo tal vocábulo só poderiam ser consideradas pela sua composição integral, uma vez que a expressão simples

não seria registrável, de acordo com o estabelecido no artigo 124, VI, da Lei 9.279/96.

Foram opostos pela ré embargos infringentes (fls. 197/204), nos quais se alega, com base no voto vencido, em resumo, não haver confusão entre as marcas, uma vez que a palavra alvo da discussão em comento - *Sapore* - é comum e descritiva no ramo alimentício.

Foi o recurso contrariado. (fls. 209/220)

É o relatório.

1. Rejeito os embargos infringentes, em que pese o respeito que merece o posicionamento do voto vencido do Eminente Desembargador Fortes Barbosa.

O V. Acórdão embargado deve ser confirmado por seus próprios e bem deduzidos fundamentos, aos quais pouco se acrescenta, para evitar fastidiosa repetição.

2. Versam os autos sobre ação de abstenção do uso de marca.

A autora tem a denominação empresarial "Sapore S/A", devidamente registrada na JUCESP, e o registro das marcas "Gran Sapore Restaurantes para Coletividades" e "Gran Sapore Br Brasil" junto ao INPI para a prestação de serviços no ramo de alimentação, entre outros.

A ré, por seu turno, passou a usar também para a atividade empresarial de prestação de serviços no ramo alimentício a marca "Via Sapore", e pediu o seu registro junto ao INPI.

Alega a autora que atua no ramo alimentício há cerca de 20 anos fazendo uso da marca "*Gran Sapore*" e que a ré, ao se utilizar da marca "*Via Sapore*" para atuar no mesmo segmento, estaria a violar direito de propriedade industrial.

A ré, ora embargante, sustenta que as marcas não são colidentes e nem geram confusão no mercado. Além disso, sustenta que a palavra alvo da discussão, que seria o "núcleo" da marca da autora - *Sapore* - é muito comum no ramo alimentício, não havendo possibilidade de requerer exclusividade quanto a ela.

Estes os fatos postos a julgamento.

3. O centro de toda a discussão está no uso da expressão "Sapore", termo essencial (vedete) na composição da marca de titularidade da autora.

Não me atrai o argumento posto no voto do Eminente Desembargador Fortes Barbosa, de que a expressão "Sapore" é de uso genérico e descritivo para a atividade empresarial de prestação de serviços no ramo de alimentação.

Claro que a palavra "sabor" é de uso comum, mas suas variações ganham identidade e originalidade próprias, criando denominação de fantasia. É de fantasia toda denominação que não possa ser considerada genérica ou necessária do produto a distinguir, ainda que seja evocativa.

Acesso ao Sumário

Na lição clássica de **Gama Cerqueira**, "*as denominações necessárias ou vulgares dos produtos também podem servir de marcas, mas precisam revestir-se de forma distintiva*" (**Tratado da Propriedade Industrial, 2ª. Edição RT, p. 812**).

Nada impede a criação de uma marca de fantasia evocativa do produto, desde que não se confunda com as denominações necessárias ou vulgares, ou, ainda, simplesmente descritivas.

Lembra mais uma vez o clássico **Gama Cerqueira** que "*os comerciantes e industriais geralmente procuram dar certo caráter descritivo às suas marcas, para indicar ao público a utilidade do produto ou os fins a que se presta (...). Quando essas indicações se fazem de modo arbitrário ou fantasista, essas marcas deixam de ser descritivas, considerando-se idôneas*" (**Tratado da Propriedade Industrial, 2ª. Edição, vol. II, p. 817**).

Evidente que não é o uso comum das palavras que impede a sua conversão em marca. As palavras "Vigor" para laticínios, "General" para veículos, "Delícia" para margarinas, por exemplo, são marcas legítimas e amplamente conhecidas, porque nem descritivas, nem necessárias, e nem vulgares aos produtos e serviços que designam.

Estranho seria considerar a palavra "Sapore" meramente descritiva de tal modo que inviabilizasse o seu registro, quando se observa a marca "Delícia", amplamente conhecida, cuja denominação remete à mesma ideia. Descritiva seriam as marcas "Alimentos" ou "Comida" para o ramo de atividade da autora, mas jamais o destaque de um dos aspectos dos alimentos, que é o sabor.

Assim, entendo que a marca "Sapore" não pode ser considerada descritiva ou genérica, sendo, portanto, plenamente possível a obtenção de exclusividade, como, de resto, reconheceu há mais de uma década o INPI.

4. Como bem apontado no voto do Eminente Desembargador Ênio Santarelli Zuliane, "*a documentação exibida nos autos demonstra, com a certeza necessária, que a marca referente ao serviço comercializado pela requerida reproduz a parcela significativa do nome registrado pela requerente (...) Não é algo simplesmente parecido, mas sim, uma semelhança do conteúdo responsável pela interligação do produto com o que se passa na mente do consumidor quando da escolha.*"

A reprodução, mesmo que parcial, de prestigiosa marca alheia é vedada pela lei, quando reproduzido o termo pelo qual a marca é conhecida no mercado.

Mais uma vez na lição clássica de **Gama Cerqueira**, "*Questão importante, neste assunto, é saber se a lei proíbe simplesmente a reprodução integral do nome comercial alheio, ou também, a reprodução parcial. (...) oferece mais interesse e dificuldade, quando se trata de denominação de sociedades, sobretudo quando a denominação é caracterizada por uma palavra arbitrária*

Acesso ao Sumário

ou de fantasia. Nesses casos, a questão depende das circunstâncias de fato. Quando a denominação é formada por palavras de uso vulgar, o registro destas, como marca, em regra, é lícito. O mesmo, porém, já não acontece, quando a denominação contém palavra ou expressão característica pela qual a sociedade se torna geralmente conhecida. Nessa hipótese, se a marca se destina a produto ou artigo pertencente ao mesmo gênero de comércio ou indústria explorado pela sociedade, o registro da expressão característica deve ser considerado ilícito." (**Tratado da Propriedade Industrial, 3ª. Edição, vol. II - Tomo II, p. 22**).

Desse modo, a utilização da expressão "Sapore" pela ré é ilícita na composição de marca composta, pois se trata de palavra núcleo (vedete) da marca da autora, sendo inviável a sua utilização por uma concorrente que se dedica ao mesmo ramo de atividade, qual seja, comercialização de produtos alimentícios, no mesmo Estado da Federação (São Paulo).

Existe inegável possibilidade de confusão entre as duas marcas, não somente perante consumidores, como também perante fornecedores de produtos, com risco concreto de concorrência desleal, parasitismo e diluição.

5. Lembro que a autora é titular não somente das marcas "Gran Sapore Restaurantes para Coletividades" e "Gran Sapore Br Brasil", como também da denominação empresarial "Sapore S/A", em razão do registro de seus atos constitutivos na Junta Comercial do Estado de São Paulo.

Logo, nos exatos termos do art. 1.166 do Código Civil tem direito a autora ao uso exclusivo do nome empresarial nos limites do respectivo Estado da Federação.

Isso impede que a ré utilize o nome de fantasia "Sapore" para exercer exatamente o mesmo ramo de atividade - prestação de serviços no ramo de alimentação - no Estado de São Paulo, com risco concreto de confundir usuários em geral em relação às identidades das duas sociedades.

Não há o que alterar no V. Acórdão embargado, que deu justa solução à lide.

Diante do exposto, pelo meu voto, rejeito os embargos infringentes.

Acesso ao Sumário

SEÇÃO DE DIREITO PÚBLICO

Agravos de Instrumento

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2042486-15.2013.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é agravante DIANA PAOLUCCI S/A – INDÚSTRIA E COMÉRCIO, é agravado MINISTÉRIO PÚBLICO 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 ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 11.233)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores LUÍS FRANCISCO AGUILAR CORTEZ (Presidente sem voto), XAVIER DE AQUINO e DANILO PANIZZA.

São Paulo, 1 de julho de 2014.

ALIENDE RIBEIRO, Relator

Ementa: Agravo de Instrumento – Ação Civil Pública – Improbidade Administrativa – Decisão que afastou as preliminares suscitadas em defesa prévia, recebeu a petição inicial e determinou a citação dos requeridos – Ausência dos requisitos autorizadores da rejeição da ação, nos termos do art. 17, § 8º, da Lei nº 8.429/92 – Recurso não provido.

Acesso ao Sumário

VOTO

Vistos.

Trata-se de agravo de instrumento tempestivamente interposto contra decisão que, em ação que apura a prática de atos de improbidade administrativa, afastou as preliminares suscitadas em defesa prévia, recebeu a petição inicial e determinou a citação dos requeridos.

Sustenta a agravante ausência de indícios de que tenha praticado qualquer

ato ímprobo, tampouco prova de ter havido conluio no sentido de fraudar a licitação, já que sequer foi vencedora de qualquer lote. Afirma que a inicial está fundamentada em mera declaração prestada por terceiro e desprovida de credibilidade, sendo que o denunciante, ao contrário do que afirma, nunca ocupou qualquer cargo no seu quadro de funcionários, nem mesmo foi seu representante comercial.

Argumenta que não ocorreu superfaturamento no valor atribuído às mochilas, ao contrário, o preço final foi muito inferior ao de outras contratações semelhantes, sendo certo que o vencedor de cada lote foi definido entre diversas empresas e por diferenças financeiras tão ínfimas que fica descaracterizado a possibilidade de conluio entre as licitantes, mas sim que ocorreu a efetiva concorrência nos preços a demonstrar que não existiu prejuízo a Administração, muito menos o alegado cartel.

Afirma, ainda, ser necessária a denunciação à lide ou o chamamento ao processo das demais licitantes participantes do Pregão que deu origem ao Inquérito Civil e a Ação de Improbidade, posto que atuação das demais na concorrência mostra-se muito semelhante a sua, além de constar de declaração de um dos denunciantes nome de empresa que também teria participado do suposto cartel, mas não está incluída no polo passivo da demanda.

Por fim, sustenta que o valor atribuído à causa, ao computar o valor integral dos contratos e eventuais multas aplicadas em caso de condenação, atinge o montante de R$ 140.000,00 (cento e quarenta mil reais), quantia excessiva, e cuja manutenção poderá impedir a interposição de eventual recurso de apelação uma vez que o preparo é fixado em percentual sobre o valor da causa, sendo que no caso faz-se necessária a realização de perícia para sua apuração, devendo ser levado em conta que houve a entrega das mochilas. Requereu a concessão de efeito suspensivo ao presente recurso.

Indeferida a medida cautelar recursal (f. 441/444), vieram aos autos o parecer ministerial (f. 451/460), a contraminuta do agravado (f. 462/472) e a manifestação judicial (f. 474).

Acompanham este processo, para julgamento conjunto, os Agravos de Instrumento nº 2054944-64.2013 (com o voto nº 11.234) e nº 2060075-20.2013 (com o voto nº 11.235).

É o relatório.

No presente recurso de agravo de instrumento, a agravante pleiteia a reforma da decisão agravada para sua exclusão do polo passivo da demanda, nos termos do art. 17, § 8º, da Lei nº 8.429/1992:

> "*Art. 17...*
>
> "*§ 8º Recebida a manifestação, o juiz, no prazo de trinta dias, em decisão fundamentada, rejeitará a ação, se convencido da inexistência*

Acesso ao Sumário

do ato de improbidade, da improcedência da ação ou da inadequação da via eleita."

Contudo, conforme já consignado na decisão que negou a concessão de efeito suspensivo, não se vislumbra, nesta fase processual e nos termos do dispositivo supracitado, quaisquer das hipóteses ensejadoras da rejeição da ação.

Destaca-se que a inicial foi instruída com inquérito civil, cuja documentação autoriza o recebimento da inicial, tendo em vista a presença de indícios de existência e prática dos atos de improbidade administrativa ali descritos.

Por outro lado, a agravante não comprovou, eventual inexistência dos atos de improbidade administrativa que lhe foram imputados, o que impossibilita a rejeição da ação nos termos do § 8º do art. 17 da Lei nº 8.429/92, que requer prova suficiente para convencer o magistrado, nesta fase prévia, da inexistência do ato de improbidade, da improcedência da ação ou da inadequação da via eleita.

Nesse sentido, leciona Marcelo Figueiredo que:

"*A inexistência do ato de improbidade exige, normalmente, pesquisa mais densa, e certamente demandará documentação suficiente, justificação plausível e densa.*

Dificilmente, acreditamos, poder-se-á chegar a essa conclusão de inexistência do ato de improbidade já nessa fase. Mas não é impossível quando a manifestação do requerido consiga demonstrar de forma robusta a inexistência do ato de improbidade ao menos no que tange à sua conduta nos atos tidos como ímprobos, desonestos, desviados dos princípios e normas que devem nortear a Administração Pública Brasileira." ("Probidade Administrativa – Comentários à Lei 8.429/92 e legislação complementar" – 6ª Ed. atual. e ampl. – Ed. Malheiros, p. 210).

Este também é o entendimento deste E. Tribunal de Justiça:

IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA – Ação civil pública – Juízo prévio de admissibilidade – Decisão que afastou as questões suscitadas em defesa prévia, determinando o processamento da ação, com o recebimento da inicial e citação dos réus – Insurgência contra a rejeição da defesa prévia – Existência de indícios da prática de ato de improbidade é suficiente para ensejar o prosseguimento da demanda – Inocorrência das hipóteses elencadas no artigo 17, § 8º, da Lei 8.429/92 – Decisão mantida. Recurso desprovido. (TJSP – 11ª Câmara de Direito Público – Rel. Oscild de Lima Júnior – Agravo de Instrumento nº 2012812-89.2013.8.26.0000 – J. 28.01.2014).

AGRAVO DE INSTRUMENTO – Ação civil por ato de improbidade administrativa – Recebimento da petição inicial (art. 17, §§ 7º, 8º e 9º da

Lei nº 8.429/92) – Irregularidades em procedimento licitatório promovido pela CPTM, contratação e execução do contrato – Alegação de fraude para favorecimento de interesses particulares dos envolvidos, em prejuízo aos cofres públicos e violação aos princípios da Administração Pública – Fatos que merecem apuração detalhada – Fase processual em que vigora o princípio do "in dubio pro societate" – Precedentes – Existência de indícios de possível ato de improbidade reconhecida – Decisão mantida – Recurso não provido. (TJSP – 1ª Câmara de Direito Público – Rel. Luís Francisco Aguilar Cortez – Agravo de Instrumento nº 2017227-18.2013.8.26.0000 – J. 28.01.2014).

AGRAVO DE INSTRUMENTO – Ação Civil Pública por ato de Improbidade Administrativa – Recebimento da petição inicial – Competência do juiz de primeira instância para julgamento de ação civil pública por ato de improbidade administrativa movida em face de Prefeito Municipal – Demais matérias relacionadas ao mérito – Impossibilidade de análise em etapa de mera cognição sumária – Petição inicial que preenche os requisitos necessários à propositura. RECURSO NÃO PROVIDO. 1. O juiz de primeira instância é competente para julgar ação civil pública por ato de improbidade administrativa movida em face de Prefeito Municipal 2. Assertivas que dizem respeito ao mérito da demanda são para análise no momento oportuno, ou seja, após a fase instrutória: sem matéria suficiente para obstar, de pronto, o prosseguimento de ação por ato de improbidade administrativa, cuja petição inicial não é teratológica e preenche os requisitos necessários à propositura da demanda (art. 17, §§ 7º e 8º, da Lei nº 8.249/92 e art. 282 do Código de Processo Civil), o feito há de seguir. (TJSP – 1ª Câmara de Direito Público – Rel. Vicente de Abreu Amadei – Agravo de Instrumento nº 0163148-42.2013.8.26.0000 – J. 10.12.2013).

Dessa forma, viável o regular prosseguimento da ação, com a ressalva de que a questão relativa à denunciação da lide ou chamamento ao processo dos demais licitantes pode e deve ser apreciada no momento processual oportuno, depois das citações e da oportunidade para apresentação de defesa por todos os citados, não se mostrando imperativa sua definição nesta fase preliminar.

No mais, a impugnação ao valor da causa há de se processar por meio de incidente autônomo, que, no caso da ação em questão existe, foi apreciado pelo Juízo de 1ª Instância e é objeto do Agravo de Instrumento nº 0026565-50.2013.8.26.0000, ainda pendente de julgamento, cuja solução aproveita aos demais integrantes da relação processual originária.

Meu voto, portanto, é no sentido de manter a decisão agravada.

O caso é, assim, de negar provimento ao recurso interposto pela **Diana**

Acesso ao Sumário

Paolucci S/A – Indústria e Comércio nos autos da ação civil pública movida pelo **Ministério Público do Estado de São Paulo** (ref. proc. nº 0045527-93.2012.8.26.0053 – 14ª Vara da Fazenda Pública da Comarca da Capital, SP).

Consigne-se, para fins de eventual pré-questionamento, inexistir ofensa aos artigos de lei mencionados nas razões recursais.

Resultado do julgamento: nego provimento ao recurso.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2072992-37.2014.8.26.0000, da Comarca de Regente Feijó, em que é agravante CONCESSIONÁRIA AUTO RAPOSO TAVARES S/A, é agravada CÉLIA TENÓRIO DE BRITO SIQUEIRA.

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 14542)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores JOÃO CARLOS GARCIA (Presidente) e PAULO DIMAS MASCARETTI.

São Paulo, 8 de julho de 2014.

RUBENS RIHL, Relator

Ementa: AGRAVO DE INSTRUMENTO – Recurso tirado contra a decisão de primeiro grau que fixou os honorários do perito para avaliação definitiva em R$ 3.500,00, além dos R$ 3.500,00 já fixados para a avaliação prévia – Excessividade não configurada, sobretudo se considerado o grau de complexidade do trabalho do profissional nomeado e também a quantia apurada em indenização – Trabalho cobrado por horas trabalhadas, nos termos do Regulamento do IBAPE – Laudo definitivo que exige tempo de trabalho além daqueles já dispendidos no laudo prévio, mormente considerando os quesitos a serem respondidos, assim como considerações sobre as divergências apresentadas pelo parecer do assistente técnico da agravante – Decisão mantida – Negado provimento ao recurso.

Acesso ao Sumário

VOTO

Trata-se de agravo de instrumento tirado contra a r. decisão trasladada a fl. 280 que, nos autos da ação de desapropriação apresentada por CONCESSIONÁRIA AUTO RAPOSO TAVARES S/A em face de CÉLIA TENÓRIO DE BRITO SIQUEIRA, fixou os honorários do perito para avaliação definitiva em R$ 3.500,00.

Sustenta a agravante, em essência, que o valor dos honorários periciais engloba todos os trabalhos realizados pelo perito judicial, ou seja, laudo prévio, laudo definitivo e quaisquer esclarecimentos que se façam necessários. Ademais, assevera que o perito judicial avaliou a área objeto da desapropriação em um total de R$ 213.073,00, sendo que o Regulamento de Honorários e Avaliações e Perícias de Engenharia elaborado pelo IBAPE expressamente determina o montante máximo de R$ 3.900,00 quando a avaliação não ultrapassa o montante máximo de R$ 250.000,00. Assim sendo, defende que a fixação de honorários no montante de R$ 7.000,00 se mostra desarrazoada, e que a tabela do IBAPE deve ser considerada, pois busca evitar a oneração excessiva da parte autora, além de criar uma padronização da verba indenizatória. Outrossim, afirma que não há indícios de que o perito terá que realizar qualquer desforço para a elaboração do laudo definitivo a ponto de fazer jus a uma verba honorária superior ao determinado no regulamento. Destarte, requer que a r. decisão seja reformada de forma a fixar os honorários periciais definitivos em R$ 3.500,00. Como pedido subsidiário, requer a fixação do valor dos honorários no patamar máximo de R$ 3.900,00 (fls. 01/10).

Recurso tempestivo e regularmente processado.

Dispensável o pedido de informações ao Digno Juízo monocrático, bem como a intimação do agravado para resposta.

É, em síntese, o relatório.

Examinada a questão posta em juízo, vê-se que a irresignação recursal não comporta provimento.

Com efeito, o perito judicial fixou seus honorários com base no "Regulamento de Honorários para Avaliações e Perícias de Engenharia" do IBAPE – Instituto Brasileiro de Avaliações e Perícias de Engenharia de São Paulo, especificamente com base em seu artigo 9º, que autoriza que a remuneração seja calculada à razão de R$ 250,00 (duzentos e cinquenta reais) por hora trabalhada (fls. 286).

Assim sendo, o perito fixou os seus honorários para a elaboração do laudo provisório em R$ 3.500,00, para um total de labor de 14 horas.

Referido laudo provisório acostado nos autos do agravo às fls. 180/203 demonstra um trabalho bem elaborado e de complexidade mediana, de modo a

Acesso ao Sumário

justificar o valor cobrado pelo perito.

Conforme já deixou assentado este Tribunal de Justiça:

"***A fixação deve levar em conta a dificuldade e a complexidade do trabalho desenvolvido, sua extensão, o tempo despendido pelo técnico nomeado, a natureza e o valor da ação, como também o valor médio dos salários dos auxiliares da Justiça com serviços de perícia.***

A justa remuneração ao trabalho desenvolvido pelo perito fica atrelada ao prudente arbítrio do Julgador, que deve traçar parâmetros de ordem subjetiva e não considerar apenas a estimativa do interessado" (Agravo de Instrumento nº 616.141.5/8-00, Des. Rel. Reinaldo Miluzzi)

Já para a elaboração do laudo definitivo o perito estimou novamente seus honorários em R$ 3.500,00. Tal valor mostra-se condizente com o trabalho que deverá ser realizado, mormente considerando que o novo laudo inclui a resposta de quesitos das partes, assim como considerações sobre as divergências apresentadas pelo parecer do assistente técnico da autora.

Destarte, a fixação de novos honorários para elaboração do laudo definitivo não se mostra exacerbada, e sim condizente com o trabalho que será realizado, de forma a remunerar adequadamente o profissional, devendo a r. decisão de primeiro grau ser mantida na íntegra.

Ressalto, em remate, que o presente acórdão enfocou as matérias necessárias à motivação do julgamento, tornando claras as razões pelas quais chegou ao resultado. A leitura do acórdão permite ver cristalinamente o porquê do *decisum*. É 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), não sendo mister divagar sobre todos os pontos e dispositivos legais citados.

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 porque, em tais termos, nega-se provimento ao recurso.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2071177-05.2014.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é agravante

VICTOR VALENÇA DOS SANTOS, é agravado UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 12ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 18.467)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores EDSON FERREIRA (Presidente) e J. M. RIBEIRO DE PAULA.

São Paulo, 7 de julho de 2014.

VENICIO SALLES, Relator

Ementa: Agravo de Instrumento – mandado de segurança – servidor militar transferido compulsoriamente, que pretende a transferência da universidade federal para a USP – concessão da liminar, cassada na sentença – recurso recebido apenas no efeito devolutivo;

– restabelecimento da liminar – presença dos requisitos legais – possibilidade, em tese, pois ambas as universidades são públicas – ademais, não restou configurada qualquer das hipóteses do art. 520 do CPC – decisão reformada.

Recurso provido.

VOTO

1 – Trata-se de agravo de instrumento tirado contra r. decisão de fls. 73 destes autos digitais, que recebeu o recurso de apelação interposto pelo ora agravante somente no efeito devolutivo.

O agravante requer a concessão do efeito suspensivo ATIVO, a fim de se ***restaurar a liminar revogada na sentença***, para que se proceda à sua imediata transferência, matrícula e adequação curricular no curso de Engenharia Florestal (ou congênere) junto à Universidade de São Paulo.

O recurso foi processado com o efeito ativo almejado.

Adveio contraminuta.

É o relatório.

2 – O recurso comporta acolhimento.

O ora agravante é servidor militar transferido compulsoriamente do Rio de Janeiro para São Paulo, que pretende sua imediata matrícula na Universidade de São Paulo, a fim de dar continuidade em sua faculdade de Engenharia

Florestal (ou congênere), que vinha cursando na Universidade Federal Rural do Rio de Janeiro.

Considerando que as duas universidades envolvidas possuem natureza ***pública***, nada obsta, em tese, a efetivação do pedido de transferência para o mesmo curso ou congênere.

Em princípio, as leis nºs 9.394/1996 e 9.536/1997 admitem a transferência de entidade "privada" para "privada" e de "pública" para "pública". Referidas leis só não garantem a transferência de instituição privada para instituição pública.

Ademais, não se justifica o recebimento do recurso voluntário apenas no efeito devolutivo, posto que, ***não*** configurada qualquer das hipóteses previstas nos incisos do art. 520 do Código de Processo Civil.

Destarte, de rigor a reforma da decisão.

3 – Ante o exposto, dá-se provimento ao agravo.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 0067823-74.2012.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é agravante MARIA ISABEL PASSARELLA COELHO, é agravada FAZENDA DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 5ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 8908)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores FERMINO MAGNANI FILHO (Presidente), FRANCISCO BIANCO e MARCELO BERTHE.

São Paulo, 30 de julho de 2014.

FERMINO MAGNANI FILHO, Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: AGRAVO DE INSTRUMENTO – Ação ordinária para concessão de licença-saúde – Indeferimento de tutela antecipada – Laudo de médico particular indicando depressão aguda e impossibilidade de capacidade laborativa – Perícia efetuada pelo IMESC – Licença concedida até que seja possível a retomada do cotidiano, sem prejuízo de

aferir-se os requisitos para concessão da aposentadoria por invalidez – Recurso provido.

VOTO

Vistos.

Agravo de instrumento interposto por Maria Isabel Passarella Coelho contra r. decisão proferida pelo digno Juízo da 3ª Vara da Fazenda Pública da Capital (traslado de fls 31) – em ação ordinária, sendo *ex adverso* a Fazenda Estadual – que, em essência, negou liminar de antecipação de tutela para afastar a recorrente do serviço público por razões de saúde.

Pedido de reforma assim sumariado: a) não tem condições de trabalhar, pois sofre de depressão aguda; b) o Departamento de Saúde deste Tribunal de Justiça não forneceu mais guias médicas para tratamento de saúde; c) existência de perícia médica particular que já constatou não ter condições de exercer qualquer função laborativa (fls 2/7).

Determinei a realização de perícia pelo IMESC, bem como o afastamento da agravante de seu posto de trabalho (fls 35/37).

Agravo respondido (fls 53/57).

Laudo pericial juntado aos autos somente em 30 de maio de 2014 (fls 85/88).

É o relatório.

A agravante que esteve em licença-saúde de 1º/08/2006 até 19/03/2012 – por apresentar quadro depressivo – quando então foi lotada no Departamento Psicossocial deste Tribunal de Justiça. Queixa-se, todavia, que não tem qualquer condição de permanecer no trabalho, mas nem assim conseguiu as guias necessárias para refazer os exames com finalidade de estender a licença.

Ajuizou ação ordinária visando à concessão de liminar para afastar-se do serviço público. Fundamentou seu pedido em parecer de médico particular, dada a dificuldade em ser examinada por médico estatal. No entanto, o magistrado indeferiu a tutela antecipada (fls 31). Eis a decisão agravada.

Recurso a mim distribuído, determinei em 13/04/2012 a realização de perícia pelo IMESC e o afastamento da agravante de seu posto de trabalho até a chegada do laudo (fls 35/37). Laudo que tardou dois anos, vindo aos autos somente no dia 30/05/2014 (fls 85/88). O perito afirmou que a servidora está *total e permanentemente incapaz de exercer atividades laborais, estando o processo cronificado, de evolução arrastada e prognóstico reservado* (fls 88).

Nestes termos, não há como obrigá-la a retornar ao trabalho. Deve permanecer afastada no gozo de licença-saúde até que ressurjam condições clínicas para retomar o cotidiano. Ressalvo que não há prejuízo para, nesse

Acesso ao Sumário

ínterim, aferir os requisitos para aposentação por invalidez.

Por meu voto, dou provimento ao recurso. Em consequência, determino o afastamento da servidora Maria Isabel Passarella Coelho do exercício do cargo de escrevente técnico judiciário até que haja certeza clínica sobre a evolução do seu estado de saúde.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2052003-10.2014.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é agravante FUNDAÇÃO DE PROTEÇÃO E DEFESA DO CONSUMIDOR – PROCON/SP, é agravada WEBJET LINHAS AÉREAS S.A..

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 12ª Câmara de Direito Público 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 19833)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores EDSON FERREIRA (Presidente), OSVALDO DE OLIVEIRA e BURZA NETO.

São Paulo, 2 de julho de 2014.

EDSON FERREIRA, Relator

Ementa: TUTELA ANTECIPADA. Deferida para suspender a exigibilidade de multa imposta pelo PROCON, por infrações a normas de proteção ao consumidor, sem necessidade de contracautela. Processo administrativo que correu sob o crivo do devido processo legal. Autuação que possui presunção de legitimidade. Não tem cabimento obstar a cobrança judicial do crédito. Garantia constitucional de acesso à jurisdição. Não inscrição do débito no CADIN. Medida que poderá ser evitada com o depósito judicial do montante, de R$ 143.240,00, que não deve significar muito para uma companhia aérea, de modo a comprometer de forma mais significativa as suas atividades. Assim, para afastar a suspensão da exigibilidade da multa, é dado provimento ao recurso.

Acesso ao Sumário

VOTO

Trata-se de recurso de agravo de instrumento contra decisão, proferida pelo eminente juiz, Doutor Valentino Aparecido de Andrade, em demanda pela anulação de multa imposta por infração a normas de proteção ao consumidor, que concedeu antecipação da tutela para suspender a eficácia do auto de infração nº 6401, sem necessidade de contracautela (fls. 553/554).

A agravante sustenta que a agravada foi autuada, auto de infração nº 7065D7, porque veiculou publicidade enganosa, sendo-lhe cominada multa de R$ 143.240,00 por induzir a erro o consumidor; anunciou passagens aéreas a nove reais, sem informar a quantia exata de assentos que seriam vendidos pelo preço promocional; as restrições da oferta foram anunciadas em letras minúsculas, imperceptíveis no rodapé da publicidade; a conduta da agravada ofende os padrões da boa conduta, independentemente da sua intenção em praticar ou não um ilícito, tendo em vista que sua responsabilidade é objetiva; o processo administrativo foi submetido ao controle de legalidade e obedeceu aos princípios constitucionais e processuais aplicáveis e à Lei Estadual nº 10.177/1998.

Alega, ainda que, o não acolhimento de suas razões no processo administrativo não implica em sua nulidade; o ato de infração inaugural obedeceu à Portaria 02/1999 do Procon e se pautou pelo exercício de poder de polícia que detém; a penalidade foi aplicada com base na Portaria 26/2006, cuja validade e legalidade foi reconhecida pelo Órgão Especial na Arguição de Inconstitucionalidade 0266701-76.2011.8.26.0000; a multa administrativa foi calculada com base nos parâmetros estabelecidos pelo artigo 57 do CDC e levou em consideração o porte econômico da agravada, a gravidade da infração, a atenuante da primariedade e a agravante do potencial dano coletivo; como não houve apuração de vantagem econômica foi aplicado o fator de multiplicação 1, conforme artigo 33 da Portaria nº 26/2006, com a redação conferida pela de nº 33/2009, circunstância que não impede a aplicação da penalidade; a agravada deixou de comprovar sua condição econômica, o que leva a concluir que o valor estimado é menor que o faturamento real; a multa foi fixada com razoabilidade e equivale a apenas 0,03% do faturamento estimado e não impugnado; não se vislumbra o alegado perigo da demora; tem o direito de inscrever a multa na dívida ativa e ajuizar ação de execução, o que não impedirá a agravada de se defender; necessário depósito integral e em dinheiro da multa para suspender a exigibilidade, nos termos do artigo 151, II, do CTN e Súmula 112 do STJ.

Pediu efeito suspensivo, que foi concedido.

O recurso foi respondido.

É o relatório.

A agravada foi autuada porque *veiculou, em 03/11/10, em seu sítio eletrônico http://www.webjet.com.br/empresa/novosite/v3/vendas, publicidade*

Acesso ao Sumário

alusiva à promoção "PASSAGENS A PARTIR DE R$ 9,00!!!", omitindo a condição restritiva de 09 (nove) assentos em todos os trechos, além de não ter comprovado, na resposta à notificação 07725D6, a venda dessa disponibilidade mínima em alguns trechos, induzindo a erro o consumidor, tendo-lhe sido imposta multa de R$ 143.240,00 (fls. 77).

O processo administrativo correu sob o crivo do devido processo legal e a autuação realizada pela agravante possui presunção de legitimidade, que é atributo do ato administrativo, por isso não sendo caso de impedir a inscrição em dívida ativa e subsequente cobrança.

Isto porque o direito de ação tem índole constitucional e ninguém pode ser impedido de ingressar em juízo para a defesa dos seus direitos e interesses: "*a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito*" (CF, art. 5º, XXXV).

Neste sentido, Theotonio Negrão e outros, em nota 16 ao artigo 273 do CPC:

"*Não cabe antecipação de tutela para impedir, em ação declaratória de inexigibilidade de pagamento, protesto de título ou sua cobrança judicial (RT 748/273)*".

"*Tutela antecipada. Pedido formulado em ação declaratória de inexistência de obrigação cambial. A tutela antecipatória não pode ir ao extremo de impedir o credor de cobrar o que entende lhe ser devido, porque isto implicaria em cercear-lhe o direito de ação, garantido pelo art. 5º, inc. XXXV, da Constituição Federal*" *(Lex-JTA 168/49).*

Por outro lado, segundo o artigo 585, § 1º, do CPC:

§ 1º. A propositura de qualquer ação relativa ao débito constante do título executivo não inibe o credor de promover-lhe a execução.

Em juízo de cognição sumária, mostra-se plausível manter o auto de infração nº 7065D7, permitindo a inscrição da multa na dívida ativa e do nome da agravada no CADIN, medida que poderá ser evitada com o depósito judicial do montante, de R$ 143.240,00, o que não deve representar muito para uma empresa aérea, de modo a comprometer de forma mais significativa as suas atividades.

Assim, para afastar a suspensão da exigibilidade da multa, **DÁ-SE** provimento ao recurso.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

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

2017413-07.2014.8.26.0000, da Comarca de Ribeirão Preto, em que é agravante DONIZETI DE CARVALHO ROSA, é agravado MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 2ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 19.992)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores LUCIANA BRESCIANI (Presidente) e CARLOS VIOLANTE.

São Paulo, 1 de agosto de 2014.

JOSÉ LUIZ GERMANO, Relator

Ementa: AGRAVO DE INSTRUMENTO. Ação civil pública. Improbidade administrativa. Ministério Público que requereu posteriormente a produção de provas, mesmo tendo se manifestado em réplica pelo julgamento antecipado da lide. Não ocorrência de ofensa ao contraditório. Ausência de *periculum in mora* e de fumaça do bom direito.

AGRAVO DE INSTRUMENTO NÃO PROVIDO.

VOTO

Trata-se de agravo de instrumento interposto por Donizete de Carvalho Rosa contra a decisão digitalizada a fls. 11 que, em ação civil pública com pedido de liminar, deferiu o pedido do Ministério Público para que seja expedido ofício à Câmara Municipal de Ribeirão Preto requisitando informações sobre todos os gastos com veículos e viagens dos réus.

O agravante sustenta ser incabível tal pretensão diante da preclusão lógica, pois em réplica, o *Parquet* pugnou pelo julgamento antecipado da lide; que o Órgão Ministerial poderia obter tais informações por conta própria, mediante instauração de inquérito civil; e que tratar-se-ia de favor indevido ao Ministério Público, que não agiu em tempo oportuno, em flagrante afronta ao contraditório. Requer, liminarmente, a concessão de duplo efeito ao agravo e, ao final, a reforma da decisão.

O pedido de duplo efeito ao recurso foi indeferido a fls. 104/106.

Dispensadas as informações. A contraminuta foi apresentada a fls. 110/115.

A Procuradoria Geral de Justiça apresentou parecer pelo não provimento do recurso (fls. 119/123).

Acesso ao Sumário

Apesar de terem sido devidamente intimadas por determinação deste relator, as partes não se opuseram ao julgamento virtual.

É o relatório.

Não vejo que o recorrente esteja acobertado pela fumaça do bom direito e menos ainda pelo perigo na demora.

Como cediço, cabe ao juiz, enquanto destinatário da prova, decidir sobre a produção daquelas que entender necessárias à instrução do processo e ao seu livre convencimento, ante as circunstâncias de cada caso concreto, observando-se o princípio do contraditório.

Na busca da verdade real e formação do livre convencimento do magistrado, o Código de Processo Civil ampliou a sua atuação, autorizando-lhe a adotar providências e determinar diligências que lhe pareçam necessárias ou úteis à decisão da causa e à formação de sua convicção.

Assim, cabe tão somente ao juiz avaliar a pertinência e oportunidade das provas requeridas pelas partes, nos termos do art. 130 do CPC.

No caso dos autos, ainda que o Ministério Público tenha se pronunciado pelo julgamento antecipado da lide na sua réplica, observa-se que, posteriormente, ao ser intimado para se manifestar sobre a produção de provas, requereu a expedição de ofícios.

Tal oportunidade também foi conferida ao agravante, de modo que não há ofensa ao princípio da igualdade e mesmo ao princípio do contraditório.

É verdade que alguém poderia alegar ter havido preclusão. Porém, o rigor da preclusão é aplicado com mais severidade quando se trata de direito disponível.

Todavia, estamos diante de valores de interesse público, que ultrapassam os limites do mero interesse particular, o que recomenda que, na dúvida, as provas devam ser deferidas, para que melhor os fatos sejam esclarecidos e assim se possa fazer justiça de melhor qualidade, prestigiando-se a realização do direito material, em detrimento de formalismos mais exacerbados.

Acesso ao Sumário

Oportunamente, conforme as provas produzidas, o caso será julgado, sempre com ampla oportunidade de defesa. O recorrente não tem o que temer.

Para fins de prequestionamento, observo que a solução da lide não passa necessariamente pela restante legislação invocada e não declinada. Equivale a dizer que se entende estar dando a adequada interpretação à legislação invocada pelas partes. Não se faz necessária a menção explícita de dispositivos, consoante entendimento consagrado no Superior Tribunal de Justiça.

Ante o exposto, é negado provimento ao recurso.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2059643-64.2014.8.26.0000, da Comarca de Vinhedo, em que é agravante FAZENDA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO, é agravado MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em 2ª Câmara Reservada ao Meio Ambiente 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 20893)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores EUTÁLIO PORTO (Presidente) e PAULO AYROSA.

São Paulo, 21 de agosto de 2014.

ALVARO PASSOS, Relator

Ementa: HONORÁRIOS PERICIAIS – Produção da prova determinada de ofício pelo Poder Judiciário – Adiantamento direto pelo demandante – Não cabimento – Lei especial aplicável às ações civis públicas (art. 18, Lei nº 7.347/1985) – Trabalho pericial que tampouco pode ser feito gratuitamente ou ter seu custeio transferido aos réus – Compatibilização de normas – Inteligência dos arts. 19, 20 e 33 do CPC – Uso dos recursos do Fundo Estadual de Defesa dos Interesses Difusos – Admissibilidade – Enquadramento em suas finalidades – Recurso improvido.

VOTO

Vistos.

Trata-se de agravo de instrumento interposto contra a r. decisão de fls. 21 que, nos autos de ação civil pública ambiental, determinou que os honorários periciais fossem custeados pela verba do Fundo Estadual de Defesa dos Interesses Difusos.

Inconformada, a Fazenda Pública do Estado de São Paulo busca a reforma da decisão, alegando, em suma, que não requisitou a produção da prova pericial, a qual foi determinada de ofício pelo juízo de segunda instância, de modo que deve ser arcada pelo autor da demanda, Ministério Público, órgão autônomo; bem como que os valores do Fundo de Reparação dos Interesses

Acesso ao Sumário

Difusos possuem previsão legal específica de gastos, na qual não se encontra enquadrado o caso em apreço.

Processado com efeito suspensivo e após o advento de resposta e de parecer da D. Procuradoria Geral de Justiça, vieram os autos para julgamento.

É o relatório.

Não obstante se trate de ação civil pública, que possui legislação específica (Lei nº 7.347/85), o certo é que as normas inseridas no Código de Processo Civil também devem ser observadas, em tudo que não contrarie tal lei, conforme prevê o seu art. 19, inexistindo qualquer ofensa à prevalência da lei especial sobre a geral.

Dessa forma, ainda que haja uma previsão específica acerca de adiantamento de custas, emolumentos, honorários e quaisquer outras despesas, no art. 18 da lei que disciplina esta espécie de ação, a sua incidência, como já dito, deve ser observada em conjunto com as regras da legislação processual sobre a matéria. Deve ser efetuada uma compatibilização das normas.

A incumbência de arcar com os honorários periciais provisórios, de acordo com o art. 33 do CPC, é de quem requer a prova pericial ou, caso ambas as partes façam o pedido ou seja sua produção determinada de ofício pelo juiz, como nesta hipótese em exame, pelo demandante.

Por sua vez, pelos artigos 19 e 20 do mesmo texto legal, cada parte é responsável pelos atos que requer ou realiza no processo, sendo certo que se trata de antecipação, cujo pagamento final será feito pelo vencido.

O texto da legislação especial diz, expressamente, que a parte autora não pode ser condenada no adiantamento das despesas. Entretanto, certo é que não há como impelir o profissional técnico a realizar o trabalho gratuitamente e nem transferir o encargo ao réu, que não requisitou a realização do trabalho técnico. Dessa forma, evitando-se, inclusive, eventual advento de prejuízo na defesa do bem coletivo a que se objetiva tutelar se não produzida uma prova necessária, tem-se adotado o entendimento de que devem ser utilizados os recursos provenientes do Fundo Estadual de Defesa dos Interesses Difusos.

Acesso ao Sumário

Neste contexto, não é crível a assertiva de que tal situação fugiria à sua finalidade, porquanto a instauração de ação com a pretensão de proteger o meio ambiente enquadra-se na destinação de reparação de direitos difusos ou de prevenção de prejuízos, inserida na Lei nº 13.555/09.

Estando, assim, a utilização dos valores dentro dos escopos do Fundo, não se vislumbra qualquer ofensa aos princípios e regras que devem ser seguidos pela Administração Pública.

Observe-se que o montante utilizado retornará ao Fundo ao final da demanda, diante da responsabilidade do vencido, e, considerando, como mencionado, que a ação almeja a defesa de um direito difuso, tampouco há

lesão com o pagamento.

Sobre o tema:

Agravo de instrumento. Ação Civil Pública Ambiental. Art. 18 da Lei nº 7.347/85. Custeio dos honorários periciais. Adiantamento pelo autor. Inadmissibilidade. Utilização dos recursos provenientes do Fundo Estadual de Defesa dos Interesses Difusos (FID). Recurso provido com observação. A Lei nº 7.347/85, em seu art. 18 exime o autor da ação do adiantamento dos honorários periciais e quaisquer outras despesas, salvo em caso de comprovada má-fé. Todavia, não há como impor ao perito o desenvolvimento de seu mister gratuitamente, obrigando-o a aguardar o fim da demanda para receber o que lhe é devido. Destarte, deverão ser utilizados os recursos provenientes do Fundo Estadual de Defesa dos Interesses Difusos, cuja finalidade é a tutela do meio ambiente, sendo que os valores serão ressarcidos, ao final, pelo vencido. (Agravo de Instrumento nº 0099964-15.2013.8.26.0000 – Registro – 2ª Câmara Reservada ao Meio Ambiente – Rel. Paulo Ayrosa – DJ 13/12/2013)

AÇÃO CIVIL PÚBLICA. Danos causados ao meio ambiente, sob a alegação de suposto aterramento de lagoas naturais. Honorários periciais. Pagamento que deve ficar, num primeiro momento, a cargo do Fundo de Reparação dos Interesses Difusos. Compatibilidade da despesa com os objetivos do FID. Montante que, ao final, será reembolsado pelo vencido. Precedentes das Câmaras Especializadas. Decisão mantida. Recurso não provido. (Agravo de Instrumento nº 0136054-22.2013.8.26.0000 – Guarulhos – 2ª Câmara Reservada ao Meio Ambiente – Rel. Vera Angrisani – DJ 13/12/2013)

Agravo de instrumento. Ação Civil Pública – Dano ambiental – Prova pericial – Decisão que determinou o adiantamento dos honorários periciais pelo Ministério Público – Incabível determinar-se a realização de prova pericial, sem que o Perito Judicial receba os honorários provisórios – Possibilidade de utilização dos recursos do Fundo Especial de Reparação dos Interesses Difusos – Aplicação da Súmula 232 do STJ ao MP – Jurisprudência do STJ – Precedentes das Câmaras Reservadas ao Meio Ambiente – Decisão mantida – Recurso improvido, com observação. (Agravo de Instrumento nº 0063122-36.2013.8.26.0000 – Ribeirão Preto – 2ª Câmara Reservada ao Meio Ambiente – Rel. Eutálio Porto – DJ 21/11/2013)

Desse modo, realizando uma compatibilização de normas, não se está afastando o reconhecimento de que cabe ao demandante o custeio da perícia quando imposta de ofício pelo juiz, podendo-se entender, assim, que está aplicando-se, por analogia, a Súmula nº 232 do STJ, porém, considerando a expressa isenção por lei especial, a solução, por entendimento predominante, é a utilização do FID, o que não foge à sua finalidade que engloba a proteção de qualquer interesse difuso no território do Estado.

Acesso ao Sumário

Acrescente-se, ainda, que, independentemente de eventual concordância, por parte dos demais correqueridos, com o montante arbitrado pelo *expert*, o fato é que, tendo sido a realização da perícia determinada de ofício pelo juízo, seguindo as regras processuais, como mencionado, cabe ao autor da ação pagar, sem poder ser imposto a qualquer um dos réus que não a tenham solicitado. Considerando que o Ministério Público propôs a ação e não pode adiantar as custas pela referida norma de ação civil pública, a solução é a utilização do FID, o que, registre-se, não significa a imposição processual do encargo ao ora agravante como parte do processo.

O texto da legislação especial diz que a parte autora, ou seja, um dos legitimados a propor a ação civil pública, não pode ser condenada no adiantamento das despesas, não havendo menção acerca da extensão de tal benefício ao polo passivo.

Isso posto, **nego provimento** ao agravo.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2105860-68.2014.8.26.0000, da Comarca de Santo André, em que é agravante JOÃO FRANCISCO DIAS NEVES (ESPÓLIO), são agravados INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL e MADALENA LOPES DA SILVA NEVES.

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 12.199)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores LUIZ DE LORENZI (Presidente) e CYRO BONILHA.

São Paulo, 12 de agosto de 2014.

LUIZ FELIPE NOGUEIRA, Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: Agravo de Instrumento – Acidente do Trabalho – Execução – Óbito do Segurado – Pedido de retenção e de levantamento dos honorários contratuais (contrato verbal) nos próprios autos – Inadmissibilidade. A questão relativa ao pagamento dos honorários advocatícios pactuados pelas partes, amparada em contrato verbal, deve ser discutida e

decidida em ação autônoma, não sendo aplicável o artigo 22, parágrafos 2º e 4º, da Lei nº 8.906/94.

Nego provimento ao recurso.

VOTO

RELATÓRIO.

Agravo de instrumento contra r. decisão xerocopiada à fl. 129, a qual, em ação acidentária, em fase de execução, indeferiu o pedido de expedição de mandado de levantamento, no importe de R$ 29.707,05, em favor do subscritor, a título de honorários advocatícios contratuais, em vista da ausência de contrato escrito, nos termos exigidos pelo art. 24, da Lei nº 8.906/94, esclarecendo que a questão poderá ser solucionada em ação própria.

O agravante sustenta, em síntese, que atuou diligentemente como patrono do autor na fase de conhecimento e de execução desta demanda acidentária, por cerca de dez anos, na qual foi acolhida a pretensão de concessão do auxílio-acidente, por decisão transitada em julgado, tendo havido a implantação do benefício, bem como a expedição do precatório. Esclarece que, em razão do óbito do autor, a viúva habilitada constituiu outro advogado. Contudo, com lastro no art. 22, da Lei nº 8.906/94, em razão de contrato verbal de honorários firmado com o segurado falecido, entende fazer jus a 30% do valor depositado, já descontada a sucumbência. Assim, requer o acolhimento da pretensão formulada, bem como o deferimento de liminar para suspender os efeitos da decisão interlocutória, que determinou a liberação do valor total do precatório à viúva habilitada (fls. 01/05).

Recurso tempestivo (fl. 130). Negada a liminar requerida.

FUNDAMENTO E DECIDO.

O recurso não merece provimento.

Em relação aos honorários contratuais, entendo que a decisão deve ser mantida.

É certo que o artigo 22, *caput*, da Lei nº 8.906/94, assegura aos inscritos na OAB o direito aos honorários convencionados ou fixados por arbitramento (§ 2º do mesmo artigo) e aos de sucumbência, na hipótese de prestação de serviço profissional.

A citada norma, em seu parágrafo 4º, também prevê que "*se o advogado fizer juntar aos autos o seu contrato de honorários antes de expedir-se o mandado de levantamento ou precatório, o juiz deve determinar que lhe sejam pagos diretamente, por dedução da quantia a ser recebida pelo constituinte, salvo se este provar que já os pagou*".

Contudo, a verdade é que o dispositivo supra não se aplica no presente caso, uma vez que não houve a juntada aos autos do contrato de honorários,

Acesso ao Sumário

tendo o agravante afirmado que celebrou a prestação de serviços profissionais apenas de modo verbal.

Assim sendo, por envolver o cumprimento de contrato de prestação de serviços profissionais estabelecido entre o procurador e sua constituinte, situação alheia à causa de pedir da presente demanda acidentária, a questão deverá ser discutida e decidida em ação própria, inclusive eventual pretensão de arbitramento (§ 2º, do art. 22, da Lei nº 8.906/94).

Sobre o tema, conforme precedente jurisprudencial:

Agravo de instrumento. Ação de acidente do trabalho. Fase de execução. Tendo falecido o obreiro o advogado tem direito apenas ao levantamento da verba sucumbencial. Eventual crédito a mais deverá ser comprovado. Agravo de instrumento parcialmente provido. (AI 707579-00/4 – 2º TAC/SP – Des. Rel. Gama Pellegrini – j. 30.08.2001).

...

HONORÁRIOS DE ADVOGADO – RESERVA DE HONORÁRIOS CONTRATUAIS – Pretensão de reforma da decisão que indeferiu pedido de reserva de honorários contratuais do antigo patrono – Descabimento – Hipótese em que, em se tratando de contrato verbal, necessário o ajuizamento de demanda autônoma, não sendo cabível a pretendida reserva do valor dos honorários nos próprios autos do processo, sem a exibição do contrato – RECURSO DESPROVIDO. (AI 2060279-30.2014.8.26.0000 – TJSP – 13ª Câmara Dir. Privado – Rel. Des. Ana de Lourdes Coutinho Silva da Fonseca – j. 02.07.2014).

Portanto, correta a decisão agravada, que indeferiu a pretensão de levantamento de honorários advocatícios contratuais, formulada com base em alegado contrato verbal de honorários.

POSTO ISTO, pelo meu voto, **NEGO PROVIMENTO** ao recurso.

ACÓRDÃO

Acesso ao Sumário

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2053252-93.2014.8.26.0000, da Comarca de Penápolis, em que é agravante FAZENDA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO, é agravada CAROLINE RIBEIRO PAES.

ACORDAM, em 13ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 23126)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores

PEIRETTI DE GODOY (Presidente), DJALMA LOFRANO FILHO e BORELLI THOMAZ.

São Paulo, 27 de agosto de 2014.

PEIRETTI DE GODOY, Relator

Ementa: AGRAVO DE INSTRUMENTO. ISENÇÃO DE IPVA. DEFICIÊNCIA MENTAL SEVERA que impossibilita a agravada de conduzir o próprio veículo. Tutela antecipada. Deferimento. Presença conjunta dos requisitos necessários para a concessão. Art. 13, inc. III, da Lei Estadual nº 13.296/2008 que não deve ser interpretado literal e isoladamente. Isenção fiscal que visa à inclusão social dos portadores de necessidades especiais. Possível a concessão do benefício fiscal pleiteado mesmo que terceiro conduza veículo. Observados os princípios da igualdade e isonomia tributária. Descabida restrição diante da proteção constitucional da dignidade da pessoa humana e da igualdade social. Precedentes. Decisão mantida. Recurso não provido.

VOTO

Trata-se de agravo de instrumento, com pedido de efeito suspensivo, interposto pela Fazenda Pública Estadual, objetivando a reforma da r. decisão proferida nos autos da ação de obrigação de fazer que lhe move Caroline Ribeiro Paes, representada pelo genitor, que deferiu a liminar para que a requerida tome as providências cabíveis a fim de suspender a exigibilidade do IPVA incidente sobre o veículo de propriedade da requerente até o julgamento final da ação.

Alega que a agravada é portadora de deficiência mental, logo, não faz jus à benesse prevista pela Lei nº 13.296/08, que regulamenta o IPVA no Estado de São Paulo, não se enquadrando no conceito de "deficiente condutor" apresentado na referida lei.

Afirma que a isenção deve se aplicar aos veículos modificados ou adaptados à condução pelo portador da deficiência, portanto, é necessário que o condutor seja deficiente físico e adquira um veículo adaptado a suas necessidades.

Requer seja dado provimento ao recurso, para reformar a r. decisão ora atacada, determinando-se o prosseguimento do feito até o proferimento da sentença, com a suspensão do ato administrativo que deferiu a isenção à agravada.

Acesso ao Sumário

Concedido efeito suspensivo, fls. 31/32.

É o relatório.

Essa fase limita-se na análise dos pressupostos autorizadores tutela antecipada solicitada na ação originária, para o fim de reformar ou não a decisão agravada.

A tutela antecipatória, por constituir uma medida excepcional, exige requisitos para sua concessão e estes estão previstos no *caput* do art. 273 da Lei Processual Civil.

Válido colacionar julgado da Corte Superior, quanto ao tema aqui discutido:

"*Prova inequívoca é aquela a respeito da qual não mais se admite qualquer discussão. A simples demora na solução da demanda não pode, de modo genérico, ser considerada como caracterização da existência de fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação, salvo em situações excepcionalíssimas*" (REsp 113.368-PR, Primeira Turma, Rel. Min. José Delgado, publ. DJU 19.5.97, p. 20.593)

Destarte, o art. 273 do CPC estabelece como requisitos para a antecipação dos efeitos da tutela a existência de elementos probatórios capazes de convencer o juiz acerca do direito do autor.

Essa é a r. decisão atacada:

"*Vê-se que a Autoridade Fiscal permitiu que a requerente adquirisse veículo com isenção de ICMS por pessoa portadora de deficiência mental severa (fls. 14), com fundamento no Convênio ICMS nº 38/2012, e recusou reconhecer-se isenção do IPVA para o veículo de sua propriedade* ***por não ser a requerente portadora de deficiência física e condutora habilitada a dirigir veículo especialmente adaptado para si****, com arrimo na Portaria CAT nº 56/1996 e Lei 13.296/2008.*

Não é aceitável a distinção feita pelo Fisco Estadual entre aquele que porta deficiência física e o que porta deficiência mental, concedendo benefício fiscal àquele, que consegue vencer parte de suas limitações, e recusando a este segundo, que têm suas necessidades plenamente atendidas por terceiros.

A menor Caroline carece ter seu direito de locomoção satisfeito por terceira pessoa, não se mostra razoável exigir-lhe habilitação para dirigir veículos automotores para ser tratada com igualdade àqueles que portam deficiências físicas e conseguem conduzir veículos adaptados às suas necessidades específicas.

A legislação estadual invocada pela Autoridade Fiscal ao negar à requerente o benefício ora pugnado confronta com os preceitos das Constituições Federal e Estadual, as quais asseguram plena e efetiva participação na

sociedade em igualdade de oportunidades com as demais pessoas às pessoas com deficiência.

Destarte, plausíveis os argumentos expendidos na inicial, presentes, portanto, os requisitos do 'fumus boni iuris' e 'periculum in mora', a liminar deve ser deferida.

Pelo exposto, ***defiro a liminar*** *para que a requerida tome as providências cabíveis no sentido de* ***suspender a exigibilidade do IPVA incidente sobre o veículo de propriedade da requerente****, da espécie pas/automóvel, marca VW/ Spacefox Trend GII, ano de fabricação 2013, modelo 2013, placas FKK-9904, código Renavan nº 005667914447,* ***até julgamento final da presente ação***" (fls. 17/18).

A r. decisão ora hostilizada não merece reforma. Vejamos.

A autora, menor impúbere, é portadora de deficiência mental severa/ grave, pretendendo liminar para suspensão da exigibilidade de IPVA sobre o veículo por ela adquirido.

Diz o artigo 13, inciso III, da Lei Estadual nº 13.296/08:

"*Artigo 13 – É isenta do IPVA a propriedade:*

(...)

III – de um único veículo adequado para ser conduzido por pessoa com deficiência física".

Com efeito, não deve ser interpretada literal e isoladamente a norma que prevê a isenção de IPVA para aquisição ou propriedade de veículo automotor por pessoa com deficiência física, como também à pessoa com deficiência mental severa ou profunda, ainda que conduzido por terceira pessoa.

A isenção fiscal visa à inclusão social dos portadores de necessidades especiais, sendo possível a concessão do benefício fiscal buscado mesmo que terceiro conduza o veículo, pois o veículo será utilizado para a locomoção da deficiente, pela sua dependência para sobreviver.

Ainda, válido citar os arts. 17 e 19 do Anexo I do Regulamento do ICMS (aprovado pelo Decreto nº 45.490/2000) e Portaria CAT 18/2013 que prevê isenção do ICMS "*na aquisição de veículo automotor novo por pessoa com deficiência física, visual,* ***mental severa ou profunda****, ou autista*". (g.n.).

Assim, devem ser observados os princípios da igualdade e isonomia tributária, portanto, descabida a restrição com relação à pessoa que porta deficiência mental, diante da proteção da dignidade da pessoa humana e da igualdade social.

Nesse sentido, a jurisprudência dessa Corte:

"*AGRAVO DE INSTRUMENTO. Antecipação de tutela deferida para suspender a cobrança do IPVA relativo ao veículo adquirido por deficiente*

Acesso ao Sumário

que não dirige. Presentes os requisitos do artigo 273 do Código de Processo Civil. Artigo 13, inciso III, da Lei Estadual nº 13.296/2008 que não deve ser interpretado literal e isoladamente. Isenção fiscal que visa a inclusão social dos portadores de necessidades especiais. Precedentes. Decisão mantida. Recurso improvido" (Agravo de Instrumento nº 2060084-45.2014.8.26.0000, 5ª Câmara de Direito Público, rel. Des. MARIA LAURA TAVARES, j. 7/7/2014).

Por oportuno, destaca-se trecho do aludido julgado:

"*Embora a norma por que outorga isenção deva ser interpretada literalmente, por força do disposto no inciso II do artigo 111 do Código Tributário Nacional, é forçoso reconhecer que a interpretação literal e isolada do artigo 13, inciso III, da Lei Estadual nº 13.296/08 pode levar ao descumprimento dos princípios da dignidade, da cidadania e da liberdade de ir e vir, impedindo a inclusão social da pessoa com deficiência.*

(...) INTERESSE DE AGIR – Presença. Evidenciada, ainda que nos próprios autos, a resistência da Administração à pretensão. Merece observância o princípio da inafastabilidade da jurisdição. Preliminar afastada. ADEQUAÇÃO – Evidenciada documentalmente a questão de fato, possível pleitear pela via mandamental. Existência de direito líquido e certo é matéria de mérito. PROSSEGUIMENTO – Afastada a extinção do processo, possível o exame de mérito, uma vez de direito a questão e documentalmente evidenciados os fatos (Art. 515, § 3º do CPC). MANDADO DE SEGURANÇA – Isenção de IPVA e ICMS. Possível a concessão do benefício fiscal pleiteado mesmo que terceiro conduza veículo. Portador de paralisia cerebral. Observados os princípios da igualdade e isonomia tributária. Descabida restrição diante da proteção constitucional da dignidade da pessoa humana e da igualdade social. Precedentes. Recurso provido para afastar a extinção. Em prosseguimento, concedida a ordem." (Apelação nº 0055828-08.2011.8.26.0224 – 6ª Câmara de Direito Público, Rel. Des. Evaristo dos Santos, j. 14.04.2014).

"*MANDADO DE SEGURANÇA. Liminar. Pretensão à revogação de liminar concedida para isentar o impetrante do pagamento de IPVA por conta de deficiência mental que lhe impossibilita de conduzir ele próprio o veículo. Descabimento. Hipótese em que verossímil, em princípio, a alegação do impetrante de que faria jus à isenção; presente ainda risco de dano irreparável ou de difícil reparação ante a restrição à utilização do veículo. Liminar mantida. RECURSO NÃO PROVIDO.*" (Agravo de Instrumento nº 2031135-11.2014.8.26.0000, 8ª Câmara de Direito Público, rel. Des. Jarbas Gomes, j. 19.03.2014).

"*MANDADO DE SEGURANÇA. ICMS E IPVA. ISENÇÃO. PORTADOR DE DEFICIÊNCIA MENTAL. AQUISIÇÃO DE VEÍCULO. TERCEIRO CONDUTOR. ADMISSIBILIDADE. ORDEM CONCEDIDA. SENTENÇA*

Acesso ao Sumário

CONFIRMADA" (Apelação nº 0039985-65.2010.8.26.0053, 4ª Câmara de Direito Público, rel. Des. Ricardo Feitosa, j. 26.5.2014).

"*MANDADO DE SEGURANÇA. IPVA. Impetrante portador de deficiência mental. Pedido de isenção nos termos do art. 13, inciso III, da Lei Estadual nº 13.296/08. Admissibilidade, ainda que o requerente não esteja apto para conduzir automóvel. Precedentes. Interpretação harmônica entre a legislação paulista e o artigo 5º da Constituição Federal. Prevalência dos preceitos constitucionais que asseguram a proteção especial às pessoas deficientes. Segurança concedida na 1ª Instância. Sentença mantida. Recursos oficial e voluntário improvidos*" (Apelação Cível nº 4004374-49.2013.8.26.0482, 6ª Câmara de Direito Público, rel. Des. Leme de Campos, j. 9/6/2014).

"*AGRAVO DE INSTRUMENTO. MANDADO DE SEGURANÇA COM PEDIDO DE LIMINAR. ICMS E IPVA. IMPETRANTE PORTADOR DE DEFICIÊNCIA MENTAL SEVERA/GRAVE TRISSOMIA CROMOSSÔMICA 21 (SÍNDROME DE DOWN). PRETENSÃO À ISENÇÃO DE ICMS E IPVA NA AQUISIÇÃO DE VEÍCULO AUTOMOTOR, AINDA QUE CONDUZIDO POR TERCEIRA PESSOA. ADMISSIBILIDADE. A interpretação teleológica e sistemática das normas que isentam tributos em favor de pessoas portadoras de deficiências físicas justifica a isenção de ICMS e IPVA na aquisição de veículo novo, mesmo que sem adaptação para o motorista, destinado ao transporte de deficientes, ainda que estes não tenham habilitação nem condições para serem condutores de veículo automotor. RECURSO AO QUAL SE DÁ PROVIMENTO. DECISÃO REFORMADA*." (Agravo de Instrumento nº 0162576-57.2011.8.26.0000, 1ª Câmara de Direito Público, rel. Des. Regina Capistrano, j. 31/7/2012).

"*DEFICIENTE FÍSICO E MENTAL. Impossibilidade de dirigir. Isenção de ICMS. Admissibilidade: Aquisição de veículo para transporte de pessoa portadora de severa deficiência física e mental, mesmo sem condições de dirigir, goza do benefício fiscal. Interpretação harmônica entre o art. 19, Anexo I, do RICMS e o art. 5º da CF e demais preceitos constitucionais que asseguram a proteção especial às pessoas deficientes. Precedentes. Recurso provido*" (Apelação Cível nº 925.499.5/9-00, 6ª Câmara de Direito Público, rel. Des. Evaristo dos Santos, j. 03.08.2009).

Na hipótese, a verossimilhança da alegação decorre do princípio da igualdade no tocante às normas constitucionais que asseguram a proteção às pessoas deficientes, a teor do disposto nos arts. 7º, inc. XXXI; 23, inc. II; 24, inc. XIV; 37, inc. VIII; 203, inc. IV e V; 208, inc. III; 227, inc. II e § 2º, ambos Constituição Federal, devendo ser observada a finalidade social da outorga de isenção de tributos para as pessoas portadoras de necessidade especiais.

Há possibilidade de ocorrência de dano irreparável ou de difícil reparação,

Acesso ao Sumário

eis que a não concessão da tutela antecipada acarretaria a inscrição do débito de IPVA na dívida ativa (fls. 9), com consequente ajuizamento de execução fiscal para sua cobrança, bem como dificultaria o licenciamento do veículo e sua diária utilização.

Ademais, a r. decisão, ao conceder a tutela antecipatória, vislumbrou verossimilhança e efetivo risco de causar dano de difícil reparação à agravada e, caso a ação venha a ser julgada improcedente, poderá a agravante cobrar o débito que entende devido.

Assim, presentes os requisitos legais, deve prevalecer a liminar concedida pelo Juízo "a quo" que reconheceu o direito à isenção de IPVA para veículo a ser conduzido pelo genitor da agravada, portadora de deficiência mental.

Destarte, mantenho a r. decisão pelos seus próprios fundamentos.

Ante o exposto, em virtude da presença conjunta dos requisitos autorizadores da medida, nego provimento ao recurso.

Para efeito de prequestionamento, importa registrar que a presente decisão apreciou as questões postas no presente recurso sem violar a Constituição Federal ou qualquer lei infraconstitucional.

Recurso não provido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2035819-76.2014.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é agravante ASSOCIAÇÃO BENEFICENTE E RECREATIVA DOS EMPREGADOS DA CEAGESP – ABRECE, é agravada FAZENDA DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em 6ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso, cassado o efeito inicialmente concedido.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 30.840)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores REINALDO MILUZZI (Presidente sem voto), LEME DE CAMPOS e SIDNEY ROMANO DOS REIS.

São Paulo, 1 de setembro de 2014.

EVARISTO DOS SANTOS, Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: EXECUÇÃO DE AÇÃO CIVIL COLETIVA R. decisão condicionando o cumprimento de

obrigação de fazer ao fornecimento de informes pela autora/agravante. Exigência que não se afigura desarrazoada, em face das peculiaridades do caso e à luz da escorreita aplicação dos princípios do 'resultado' e da 'menor gravosidade da execução'.

Recurso não provido, cassado o efeito inicialmente concedido.

VOTO

1. Trata-se de **agravo de instrumento** de interlocutória (fls. 331), em execução de **ação civil coletiva** (fls. 13/30), condicionando o cumprimento de obrigação de fazer ao fornecimento, pela autora, para viabilizar o prosseguimento da execução, da relação com os números de RG/CPF de cada um dos 124 associados faltantes.

Sustentou, em resumo, ser infundada a exigência. Já apresentadas tais informações. Inexiste hipótese de homônimo. Possível verificar cadastros daqueles que recebem o benefício de complementação de aposentadoria ou pensão sob a rubrica da CEAGESP. Fazenda do Estado detém tais informes. Daí o efeito ativo para impor à agravada tal providência e final reforma (fls. 01/09).

Concedeu-se, em parte, o efeito tão somente para suspender a providência em questão (fls. 344). Vieram informações (fls. 350). Certificou a Serventia ter decorrido o prazo legal sem apresentação de resposta (fls. 353). Manifestou-se a agravada (fls. 357/360).

É o relatório.

2. Infundada a pretensão recursal.

Discute-se sobre o fornecimento de informes – relação com os números de RG/CPF de determinados associados – para viabilizar o prosseguimento de execução de ação ajuizada pela ASSOCIAÇÃO BENEFICENTE E RECREATIVA DOS EMPREGADOS DA CEAGESP – ABRECE.

Pretende a autora/agravante exonerar-se dessa providência, entendendo ser caso de impor tal ônus à Fazenda do Estado.

Sem razão, contudo.

Desarrazoada **não** se afigura a exigência contida na r. decisão impugnada.

Como bem justificou o MM. Juízo *a quo*, ao prestar informações:

"*A agravante ajuizou ação de conhecimento acolhida com trânsito em julgado, iniciando-se então a fase executória com requerimento daquela de providenciar* '*as informações relativas a todos os associados elencados no item 03 acima pertinentes aos valores passíveis de liquidação (artigo 730 do CPC) face à aplicabilidade no mês de agosto/1999 do*

Acesso ao Sumário

abono salarial de 48,90% sobre o benefício de complementação de aposentadoria/pensão' (fls. 724)."

"*Tais 'associados elencados no item 03' foram indicados apenas pelos nomes a fls. 720/723,* ***sendo mister, conforme expôs a agravada, dados outros (RG e CPF) para cabal e adequada identificação deles, o que se determinou pela decisão agravada fosse informado pela agravante****,* in verbis*: 'Para que a ré cumpra com o determinado às fls. 732, traga a autora relação com os números de RG/CPF de cada um dos 124 associados arrolados às fls. 719/724, pois, nos casos de homônimo, a distinção dentro dos cadastros mantidos pelos órgãos públicos ocorre ou pelos números dos registros oficiais e/ou pela filiação. Trata-se de medida de segurança que visa garantir a* ***eficácia do provimento jurisdicional e a celeridade processual****, uma vez que* ***inexistem nos autos informes dos associados os quais a ré poderia estar dispondo para cumprimento da ordem****, até porque, apenas consta uma relação dos nomes às fls. 46/62'.*" (grifei – fls. 350).

Trata-se, em suma, de estabelecer o necessário equilíbrio entre os princípios do "resultado" e da "menor onerosidade ao executado".

A propósito, leciona **CASSIO SCARPINELLA BUENO**:

"*De acordo com o princípio do resultado, que tem fundamento no art. 612, a tutela jurisdicional executiva e, consequentemente, a prática dos atos que se fazem necessários para a sua prestação devem ser pensados com vistas à satisfação do exequente.*"

(...).

"*O chamado 'princípio da menor gravosidade ao executado', por sua vez, é expresso no art. 620: havendo alternativas à prestação da tutela jurisdicional executiva, aí compreendidas as atividades que a veiculam, o modo menos gravoso, isto é, menos oneroso, ao executado, aquele que sofre a tutela executiva, deve ser eleito. Trata-se de diretriz que, em última análise, deriva do princípio da ampla defesa, de estatura constitucional...*"

(...).

A ***'execução equilibrada'*** *aqui examinada, destarte, não é, propriamente, um 'princípio' da tutela jurisdicional executiva mas, diferentemente, um verdadeiro* ***resultado desejável da escorreita aplicação, em cada caso concreto, dos princípios do 'resultado' e da 'menor gravosidade da execução'****.*" (grifei – "Curso Sistematizado de Direito Processual Civil – Tutela jurisdicional executiva" – Ed. Saraiva – 2010 – p. 56/57).

Escorreita, à luz de tais ponderações e em face das peculiaridades do

Acesso ao Sumário

caso, a solução.

A r. decisão deu correto deslinde à questão e é **mantida**, por seus fundamentos, nos termos do **art. 252** do **Regimento Interno** deste **Eg. Tribunal de Justiça**.

3. Nego provimento ao recurso, cassado o efeito inicialmente concedido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2042154-14.2014.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que são agravantes G.A.P.M. (INTERDITO(A)) e E.T.A.P. (CURADOR(A) DO(A) INTERDITO(A)), é agravada FAZENDA DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 2ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 859)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores LUCIANA BRESCIANI (Presidente sem voto), VERA ANGRISANI e JOSÉ LUIZ GERMANO.

São Paulo, 8 de setembro de 2014.

CARLOS VIOLANTE, Relator

Ementa: Agravo de instrumento. Ação ordinária. Tutela antecipada indeferida. Internação de paciente psiquiátrico em clínica particular a cargo do Estado. Ausência de verossimilhança das alegações e de dano irreparável ou de difícil reparação. Decisão mantida. Recurso não provido.

VOTO

Trata-se de agravo de instrumento interposto contra a r. decisão de lavra da eminente Magistrada **Dra. Carmem Cristina Fernandez Teijeiro e Oliveira**, proferida nos autos da ação ordinária, que indeferiu a antecipação dos efeitos da tutela pretendida para compelir a ré, ora agravada, a custear a internação da autora em clínica particular específica (fls. 58).

Alega a agravante a necessidade de sua internação, respaldada em relatório médico, pleiteando a reforma do decisório atacado.

Acesso ao Sumário

O pretendido efeito suspensivo ou antecipação dos efeitos da tutela recursal foi indeferido (fls. 74).

A agravada apresentou contraminuta ao recurso (fls. 81/84).

É o Relatório.

Objetiva a agravante a reforma da r. decisão que indeferiu a antecipação dos efeitos da tutela pretendida em ação ordinária, ajuizada para condenar a Fazenda do Estado ao custeio da internação da autora em clínica particular por ela indicada.

Para a concessão da pretendida antecipação da tutela necessário o convencimento da verossimilhança das alegações, através de prova inequívoca, além de fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação (CPC, art. 273, I).

No presente caso, da análise dos documentos que instruem o agravo, não há comprovação inequívoca da necessidade da agravante de internação em clínica especializada, nem tampouco da obrigação do Estado de custeio da clínica indicada na inicial.

O relatório médico trazido (fls. 43/44) demonstra ser a agravante portadora de moléstia crônica e incurável, tratada com medicação antipsicótica, atestando a simples recomendação de que a paciente permaneça na instituição em que já reside, uma vez que a terapêutica lá despendida lhe tem sido salutar.

Ademais, também não se vislumbra o "periculum in mora", ou seja, inexiste o perigo de dano irreparável ou de difícil reparação, pois, ao que consta do relatório de fls. 45/48, a agravante reside na (...) desde 2006, a um custo mensal de mais de R$ 8.000,00.

Assim, a espera pela tutela jurisdicional pretendida e eventualmente concedida em final sentença, não trará qualquer prejuízo à agravante, que há anos já reside e é assistida na instituição por ela apontada.

Por fim, ainda pende de análise e comprovação a hipossuficiência financeira da autora a embasar eventual condenação da Fazenda ao custeio de seu tratamento, tudo a ser apurado em regular instrução na ação principal.

Acesso ao Sumário

Logo, ausentes os requisitos ensejadores, o indeferimento da antecipação dos efeitos da tutela era mesmo de rigor, justificando a manutenção da r. decisão atacada.

Para fins de prequestionamento tem-se por inexistente violação a qualquer dispositivo constitucional ou infraconstitucional invocado e pertinente à matéria em debate.

Ante o exposto, pelo meu voto, NEGO PROVIMENTO ao recurso, mantida a r. decisão agravada.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2140536-42.2014.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é agravante DAYANA PAULA DE OLIVEIRA, são agravados PREFEITURA MUNICIPAL DE SÃO PAULO e SÃO PAULO TRANSPORTE S/A.

ACORDAM, em 11ª 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 14.609)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores LUIS GANZERLA (Presidente sem voto), AROLDO VIOTTI e RICARDO DIP.

São Paulo, 9 de setembro de 2014.

OSCILD DE LIMA JÚNIOR, Relator

Ementa: COMPETÊNCIA – JUIZADO ESPECIAL DA FAZENDA PÚBLICA – Ação Ordinária – Valor dado à causa de R$ 1.000,00 – Inconformismo ante a decisão que reconheceu a competência do Juizado Especial da Fazenda Pública para a prestação jurisdicional perquirida nos autos – Causa de natureza complexa – Necessidade de perícia médica – Precedentes deste Egrégio Tribunal.

Recurso provido.

VOTO

Trata-se de Agravo de Instrumento, com pedido de efeito suspensivo, interposto da r. decisão copiada a fls. 33 que, nos autos de obrigação de fazer com pedido de tutela antecipada, declinou da competência e determinou a remessa dos autos ao Juizado Especial da Fazenda Pública.

Esclarece a agravante que se trata de ação condenatória em obrigação de fazer com pedido de tutela antecipada ajuizada contra o MUNICÍPIO DE SÃO PAULO e SÃO PAULO TRANSPORTE S/A – SPTRANS, postulando a condenação dos ora agravados à concessão do Bilhete Único Especial – BUE em favor da agravante.

Aduz que será necessária a produção de prova médico-pericial para deslinde da causa. Contudo, tal prova, dada sua complexidade, não poderá ser produzida no âmbito do sistema dos Juizados Especiais. No mais, sustenta que,

Acesso ao Sumário

se qualquer dos réus, como costuma ocorrer em feitos dessa natureza, alegar que a ora agravante não é portadora de deficiência, não restará alternativa ao Juízo senão a determinação de prova pericial apta a solucionar o ponto controverso.

Esclarece, ainda, que diante de sua deficiência, pleiteou a concessão do BILHETE ÚNICO ESPECIAL – BUE, mas teve seu pedido negado ao argumento de que "foi constatado que a patologia mencionada não apresenta comprometimento e/ou limitações que caracterizem a existência de deficiência e, por este motivo, não consta entre as relacionadas nas Normas Reguladoras vigentes que regem a concessão do benefício".

Requer a concessão do efeito suspensivo e, a final, o provimento do recurso para determinar o processamento do feito perante o Juízo Fazendário de origem (5ª Vara de Fazenda Pública da capital), inclusive, para que este se pronuncie sobre o pedido de antecipação de tutela postulado na inicial.

É o relatório do necessário.

Esclareça-se, primeiramente, que fica deferida a justiça gratuita apenas para fins de conhecimento do presente recurso, já que no tocante ao processamento do feito, referido pedido há de ser apreciado pelo juízo de primeiro grau, a fim de evitar a supressão de instância.

Verifica-se desnecessária a resposta dos agravados, mesmo porque os mesmos ainda não foram citados, razão pela qual e em observância aos princípios da celeridade e economia processual, passa-se a apreciar o mérito do presente recurso.

O recurso merece acolhimento.

Com efeito, dispõe o art. 2º, *caput* e § 4º, da Lei nº 12.153, de 22 de dezembro de 2009, que versa acerca dos Juizados Especiais da Fazenda Pública:

> **Art. 2º – É de competência dos Juizados Especiais da Fazenda Pública processar, conciliar e julgar causas cíveis de interesse dos Estados, do Distrito Federal, dos Territórios e dos Municípios, até o valor de 60 (sessenta) salários mínimos.**
>
> **§ 4º – No foro onde estiver instalado Juizado Especial da Fazenda Pública, a sua competência é absoluta.**

O valor dado à causa é inferior ao limite previsto na lei (R$ 1.000,00 – fls. 13), e a competência para o julgamento desta ação seria mesmo, em princípio, do Juizado Especial da Fazenda Pública.

Contudo, o artigo 98, inc. I da Constituição Federal, por outro lado, trata da competência dos juizados especiais para a conciliação, o julgamento e a execução de causas cíveis de menor complexidade, mediante os procedimentos oral e sumaríssimo.

> **Art. 98. A União, no Distrito Federal e nos Territórios, e os Estados criarão:**

Acesso ao Sumário

I – juizados especiais, providos por juízes togados, ou togados e leigos, competentes para a conciliação, o julgamento e a execução de causas cíveis de menor complexidade e infrações penais de menor potencial ofensivo, mediante os procedimentos oral e sumariíssimo, permitidos, nas hipóteses previstas em lei, a transação e o julgamento de recursos por turmas de juízes de primeiro grau;

Assim, ainda que o direito da autora decorra do simples cumprimento de exigências objetivas previstas na legislação municipal, sugerindo a singeleza da demanda, certo é que a controvérsia fatalmente recairá sobre a existência ou não da alegada deficiência física, conforme já demonstrou o desfecho do pedido administrativo (fls. 31).

No mais, essa questão poderá ser sanada mediante eventual realização de perícia médica, prova complexa que em nada se confunde com o exame técnico previsto no artigo 10 da Lei nº 12.153/09:

Art. 10. Para efetuar o exame técnico necessário à conciliação ou ao julgamento da causa, o juiz nomeará pessoa habilitada, que apresentará o laudo até 5 (cinco) dias antes da audiência.

Tem-se, assim, a necessidade de realização de perícia médica rompe a competência dos Juizados Especiais da Fazenda Pública.

Portanto, a competência para o julgamento da lide é da 5ª Vara da Fazenda Pública, onde originariamente distribuído o feito.

Nesse sentido, em caso análogo, tem se inclinado a jurisprudência deste E. Tribunal de Justiça:

COMPETÊNCIA. Transporte público municipal. Concessão de isenção tarifária. Bilhete Único Especial. Autora que alega ser portadora de deficiência física. Realização de perícia médica. Competência. Vara da Fazenda Pública. Ainda que o valor da causa seja inferior a sessenta salários mínimos e o direito da autora decorra do simples cumprimento de exigências objetivas previstas na legislação municipal, sugerindo a singeleza da demanda, certo é que a controvérsia recairá sobre a existência ou não da alegada deficiência física da autora. Realização de perícia médica que não se confunde com o exame técnico previsto no art. 10 da LF nº 12.153/09. Competência da 8ª Vara da Fazenda Pública da Capital. Precedentes do TJSP. Agravo provido. Aplicação do art. 557 § 1º-A do CPC. (Agravo de Instrumento nº 2135291-50.2014, rel. Des. Torres de Carvalho, j. 24/08/2014).

Posto isso, pelo meu voto, dou provimento ao recurso, a fim de determinar o processamento do feito perante o Juízo Fazendário de origem (5ª Vara de Fazenda Pública da capital).

Acesso ao Sumário

Agravos Regimentais

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo Regimental nº 0038319-29.2010.8.26.0053/50000, da Comarca de São Paulo, em que é agravante FAZENDA DO ESTADO DE SÃO PAULO, são agravados KYUNG OHK KIM (E OUTROS(AS)), SANG IN KIM (ESPÓLIO), LUCIO KWANG IL KIM (INVENTARIANTE) e LUCIANA KIM (HERDEIRO).

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 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 26.844)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores MAGALHÃES COELHO (Presidente) e EDUARDO GOUVÊA.

São Paulo, 25 de julho de 2014.

COIMBRA SCHMIDT, Relator

Ementa: ADMINISTRATIVO. Intervenção do Estado no domínio privado. Desapropriação. Shopping Fashion Center Luz. 1. Inexistência de divergência quanto aos valores encontrados pelo perito judicial e o assistente técnico da Fazenda Pública. 2. Os juros compensatórios incidem à taxa de 12% ao ano (Súmula 618/STF), contados da diferença entre 80% do que foi ofertado e o valor da indenização. Incidem desde a imissão na posse. 3. Os juros moratórios serão devidos à razão de 6% ao ano, calculados sobre a diferença devida acrescida dos juros compensatórios, caso não paga no prazo do art. 100, § 5º da CR, nos termos do art. 15-B da "Lei de Desapropriações". 4. Agregados os juros devidos ao principal para composição da indenização, integram a base de cálculo dos honorários, estabelecida em 5% da diferença entre a oferta e o valor que lhe é arbitrado. 5. Impossibilidade de aplicação da Lei nº

Acesso ao Sumário

11.960/09 quanto à correção monetária, em face da inconstitucionalidade declarada pelo STF ao julgar as ADINs 4.357 e 4.425. 6. Recurso parcialmente provido, apenas quanto ao termo *a quo* dos juros moratórios. 7. Decisão confirmada. Agravo não provido.

VOTO

Tempestivo agravo tirado da decisão proferida a f. 561/8, que, com espeque no art. 557, § 1º A, do Código de Processo Civil, deu parcial provimento recurso da ora agravante oferecido contra sentença que julgou procedente ação de desapropriação por ela movida, mediante o pagamento da indenização no valor de R$ 135.669,27, acrescido de correção monetária a partir do laudo (julho de 2008), juros compensatórios e moratórios, tão somente para modificar o termo *a quo* dos juros moratórios.

Pede submissão da lide ao colegiado e acolhimento de seu apelo (f. 571/83).

É o relatório.

Assim dispus na decisão agravada:

1. Foi declarada como área de utilidade pública necessária à construção do Teatro de Dança e da Companhia Estadual de Dança, o prédio localizado na Praça Júlio Prestes, nºs 29 a 137, onde funcionava o Shopping Fashion Center Luz, com 143 lojas.

O presente feito foi desmembrado da ação nº 0127652-60.2008.8.26.0053 pela qual se pretende a desapropriação de 73 lojas. O objeto deste processo é a loja nº 56, no pavimento térreo do Shopping (f. 357).

A expropriante ofertou o valor de R$ 47.279,00 (f. 13), complementado para fins de imissão na posse (f. 54).

O laudo definitivo (f. 356/381), atualizou o valor encontrado na avaliação provisória (R$ 135.669,27 para julho de 2008), totalizando R$ 164.389,66 em março de 2012.

Segundo o assistente técnico da apelante, "o valor da oferta de julho de 2008 e de seu complemento de maio de 2009 totalizam R$ 162.225,83 em março de 2012, pelo mesmo critério de atualização que o Perito Judicial adotou, ou seja, muito próximo do que o perito agora indica" (f. 434).

Ou seja, concordou com o valor encontrado pelo perito.

O argumento da apelante de que o trabalho desenvolvido pelo perito do juízo e acolhido pela sentença chega a conclusões incompatíveis com a realidade do mercado, não encontra suporte legal e jurídico. A propósito, o assistente técnico só discordou do Relatório da Comissão de Peritos na avaliação das lojas do pavimento térreo, concordando com o critério para as lojas dos pavimentos superiores (f. 489).

Acesso ao Sumário

Além disso, a expropriante sequer sugere qual seria o valor que entende correto para o imóvel ora expropriado, observando-se que a oferta inicial baseou-se no valor venal corrigido (f. 13/15).

Fixação em valor inferior ao venal é incompatível com a jurisprudência mencionada na própria inicial.

E não calha a alegação de, hoje, o imóvel estar encravado em zona degradada (“cracolândia”), pois tal é consequência da inqualificável inação do próprio Estado que imitiu-se antecipadamente na posse, demoliu o imóvel e nada mais fez, com o que se fomentou a materialização da verdadeira chaga que, desde 2010, envergonha a todos quantos circulam por aquilo que, um dia, foi a Praça Júlio Prestes. A derrocada urbana da região – com os reflexos da precipitada desocupação compulsória do prédio – está sinteticamente contada em artigo da revista virtual “São Paulo Antiga”, cuja leitura pode interessar[1].

2. Em relação aos juros compensatórios, cujo escopo é de indenizar a perda antecipada da posse, estes são devidos a partir da imissão na posse até o efetivo pagamento, em índice correspondente a 12% ao ano (Súmula nº 618 do Supremo Tribunal Federal), tendo como base de cálculo a diferença entre 80% do valor ofertado (na petição inicial) e a indenização arbitrada (pela sentença), nos termos da decisão do Supremo Tribunal Federal que, na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2332/DF, deu interpretação conforme ao artigo 15-A do Decreto-lei nº 3.365/1941.

Os moratórios, no percentual equivalente aos juros remuneratórios de depósitos em cadernetas de poupança, somente incidirão se o precatório expedido não for pago no prazo constitucional, consoante ficou estabelecido no Recurso Especial nº 1.118.103, julgado sob o regime do art. 543-C do CPC. Em outras palavras, “a partir de 1º de janeiro do exercício seguinte àquele em que o pagamento deveria ser feito, nos termos do art. 100 da Constituição”. Desde que não provido o recurso extraordinário deduzido pelo Ministério Público Federal, admitido em 1º de setembro de 2010, hipótese em que se haverá de observar o que decidir a Suprema Corte. Nesse sentido, Apelação nº 0002859-78.2010.8.26.0053, de minha relatoria, j. 17 de junho de 2013, v.u.

Sobre aquela diferença também incidirão, de maneira cumulativa, desde a data da imissão na posse até o efetivo pagamento, os juros compensatórios, se vierem a ser devidos.

Dada a natureza distinta, a cumulação não induz anatocismo. A matéria, aliás, é objeto das Súmulas 12 (*Em desapropriação, são cumuláveis juros compensatórios e moratórios*) e 102 (*incidência dos juros moratórios sobre os compensatórios, nas ações expropriatórias não constitui anatocismo vedado em lei*) do STJ.

3. A verba honorária deve ser fixada em 5% para obedecer ao limite determinado pelo art. 27, § 1º, do Decreto-lei nº 3.365/41. Sua base de

Acesso ao Sumário

1 Vide (endereço eletrônico constante no texto original)

cálculo é a diferença entre a oferta inicial e a indenização acrescida dos juros compensatórios e moratórios porque integrantes da indenização, não considerada, para esse fim, eventual complementação da oferta.

4. No tocante à aplicação da Lei nº 11.960/09, por ocasião do julgamento da ADIn 4357, o STF declarou a inconstitucionalidade da expressão "índice oficial de remuneração básica da caderneta de poupança", constante do § 12 do art. 100 da Constituição da República (acrescentado pela Emenda Constitucional n. 62/2009):

> "O Tribunal julgou procedente a ação para declarar a inconstitucionalidade da expressão 'na data de expedição do precatório', contida no § 2º; os §§ 9º e 10; e das expressões 'índice oficial de remuneração básica da caderneta de poupança' e 'independentemente de sua natureza', constantes do § 12, todos dispositivos do art. 100 da CF, com a redação dada pela EC n. 62/2009, vencidos os Ministros Gilmar Mendes, Teori Zavascki e Dias Toffoli. Votou o Presidente, Ministro Joaquim Barbosa. Em seguida, o julgamento foi suspenso. Plenário, 13.03.2013. Decisão: O Tribunal, por maioria e nos termos do voto do Ministro Ayres Britto (Relator), julgou parcialmente procedente a ação direta, vencidos os Ministros Gilmar Mendes, Teori Zavascki e Dias Toffoli, que a julgavam totalmente improcedente, e os Ministros Marco Aurélio e Ricardo Lewandowski, que a julgavam procedente em menor extensão. Votou o Presidente, Ministro Joaquim Barbosa. O Ministro Marco Aurélio requereu a retificação da ata da sessão anterior para fazer constar que não declarava a inconstitucionalidade da expressão 'independentemente de sua natureza', contida no § 12 do art. 100 da CF. Redigirá o acórdão o Ministro Luiz Fux. Plenário, 14.03.2013" (ADI 4.357, Relator o Ministro Luiz Fux, Plenário, DJe n. 59/2013, de 2.4.2013).

O precedente foi observado, ao menos, em duas ocasiões, mercê de decisões monocráticas proferidas pelos ministros Cármen Lúcia, em acolhimento parcial do Recurso Extraordinário nº 747.702/SC, e Castro Meira, na Execução em Mandado de Segurança nº 11.761, oportunidade em que lembrou:

> O Supremo Tribunal Federal, no julgamento da ADI 4357, acórdão pendente de publicação, julgou parcialmente inconstitucional o § 12 no tocante às expressões "índice oficial de remuneração básica da caderneta de poupança" e "independentemente de sua natureza" e, por arrastamento, essas mesmas expressões constantes no art. 1°-F da lei n. 9.494/1997, alterado pelo art. 5° da lei n. 11.960/2009 (Ata n° 5, de 14/3/2013, publicada no DJe n. 59, de 1/4/2013), excluindo, desse modo, a Taxa Referencial – TR como fator de atualização das condenações impostas à Fazenda Pública.

Observo que o Plenário do C. STF iniciou exame de questão de ordem em que se propusera modulação aos efeitos, no tempo, do quanto decidido nas ADINs acima mencionadas, propondo o Relator Ministro Luiz Fux a eficácia *ex*

Acesso ao Sumário

tunc aos julgados (Informativo nº 725). O tema, todavia, diz respeito a direito financeiro (execução orçamentária), pois o § 12 do art. 100 da Constituição da República, concerne "a atualização de valores de requisitórios, após sua expedição, até o efetivo pagamento". Buscou-se, dessa forma, evitar a consolidação de situação caótica, mercê da insegurança que imediata revisão de critérios de pagamentos efetuados ou, ainda que por efetuar, com créditos já incluídos em orçamento, poderia gerar. Como aqui a questão é outra – formação de título – tal não tem maior repercussão no desate.

6. Exceto quanto ao termo *a quo* dos juros moratórios, ficam ratificados os fundamentos da sentença, nos termos do art. 252 do Regimento Interno deste Tribunal.

No mesmo sentido foram julgadas nesta Câmara, por votação unânime, as Apelações nº 0038317-59.2010.8.26.0053, nº 0038312-37.2010.8.26.0053 e nº 0038315-89.2010.8.26.0053, entre as mesmas partes.

Posto isso e com espeque no art. 557, § 1º-A, do CPC (invocado por analogia à vista da teoria da tutela da evidência associada ao art. 5º, LXXVIII, da CR), dou parcial provimento ao recurso.

As razões dos recursos não apontam eventual ocorrência de *error in judicando*.

Posto isso, nego provimento ao recurso.

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.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo Regimental nº 2070982-54.2013.8.26.0000/50000, da Comarca de Piracicaba, em que é agravante COSAN S/A. INDÚSTRIA E COMÉRCIO, é agravado EXMO. DESEMBARGADOR PRESIDENTE DA 2ª CÂMARA RESERVADA AO MEIO AMBIENTE DO EGRÉGIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SP.

ACORDAM, em Grupo Especial de Câmaras de Direito Ambiental 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 AI-3.578/14)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores PAULO AYROSA (Presidente sem voto), VERA ANGRISANI, JOÃO NEGRINI

Acesso ao Sumário

FILHO, RUY ALBERTO LEME CAVALHEIRO, PAULO ALCIDES, MOREIRA VIEGAS e ZÉLIA MARIA ANTUNES ALVES.

São Paulo, 21 de agosto de 2014.

TORRES DE CARVALHO, Relator

Ementa: MANDADO DE SEGURANÇA. Impedimento por funcionário à sustentação oral em sessão de julgamento. Incidente não levado ao Desembargador Presidente da sessão. Inexistência de anotação do pedido e do indeferimento em ata. Inexistência de demonstração do direito, a depender de dilação probatória incabível na via escolhida. Inépcia da inicial, que não delineia uma causa de pedir congruente com o pedido feito. Inicial indeferida. Agravo interno desprovido.

VOTO

1. A impetrante alega ser apelante na AC nº 0002128-66.2010.8.26.0511 e que em 24-10-2013, data designada para o julgamento do apelo, seu patrono compareceu no local e horário previsto, mas foi surpreendido por funcionário que, a mando do Desembargador Presidente da 2ª Câmara Reservada ao Meio Ambiente, informou-lhe que a sustentação não ocorreria porque a pauta estava cheia; inconformado, o patrono da impetrante tentou argumentar com o funcionário, o qual veementemente informou que a sustentação não iria ocorrer, sem ao menos dar o nome ou algum documento que comprovasse a impossibilidade; diante de tal bloqueio imposto ao patrono da impetrante, claro está o cerceamento de defesa (petição inicial, fls. 2); por isso vem a juízo pedir a suspensão do processo e a anulação do julgamento, para que possa fazer a sustentação oral em sessão a ser designada. Em decisão monocrática, indeferi a petição inicial, com base no art. 267, I c/c art. 295 § único, incisos I e II do CPC (fls. 103/104).

Contra a decisão vem o agravo interno que diz que a prova do ato coator está com o teor do acórdão de fls. 62/69 dos autos; o documento prova que no caso não houve sustentação oral pelo patrono da impetrante, de modo que está afastada a inexistência de prova; essa é a prova que demonstra o alegado na inicial. O mandado de segurança foi impetrado contra o Presidente da 2ª Câmara Reservada ao Meio Ambiente, já que o patrono da impetrante foi impossibilitado de realizar a sustentação oral por servidor da câmara a mando do I. Presidente. Se não for aceita a prova aqui acostada, impossível a propositura do presente remédio constitucional. Deve ser dado provimento ao mandado de segurança

Acesso ao Sumário

sobrestando o feito descrito na inicial, tendo em vista o pedido liminar e julgado procedente a ação para anular o acórdão e retornar os autos a fase de sustentação oral para que seja resguardado o direito de defesa da impetrante. Pede a anulação do acórdão e o retorno dos autos a fase de sustentação oral (fls. 1/5).

2. A decisão recorrida possui o seguinte teor:

> 2. A impetrante não menciona que o incidente tenha sido levado ao Desembargador Presidente da 2ª Câmara Reservada ao Meio Ambiente, que a sustentação oral tenha sido indeferida pelo impetrado ou pelo colegiado ou que algo tenha constado em ata; não traz a prova pré-constituída dos fatos que embasam o pedido, requisito da via escolhida. A inexistência da prova pré-constituída e a impossibilidade de produzi-la no curso da demanda esvaziam o pedido, uma vez que o fato não provado é fato nenhum.
>
> Além disso, a impetrante relata que a sustentação oral foi impedida por um funcionário do tribunal; não menciona que o patrono tenha se dirigido diretamente à Câmara para a formulação do pedido. Funcionário do tribunal, ainda mais em sessão e na presença dos desembargadores, não é autoridade e a informação dada não passa disso, de uma informação. Segundo o próprio relato da inicial, não há decisão administrativa ou judicial passível de correção nesta via. Não há como prosseguir.
>
> Assim sendo, com base no art. 267, inciso I c/c art. 295 § único, incisos I e II do CPC indefiro a petição inicial. Custas pela impetrante.

3. O agravo interno nada acrescenta; o acórdão que o agravante menciona não traz o indeferimento do pedido de sustentação oral pelo Presidente da 2ª Câmara Reservada ao Meio Ambiente, requisito necessário a demonstrar o ato coator (fls. 62/69); continua a alegação do agravante de que o pedido de sustentação foi negado por funcionário do tribunal, que não é autoridade, como bem sabe o patrono. Não há razão para modificar a decisão proferida.

O voto é **pelo desprovimento do agravo interno**.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo Regimental nº 0251079-25.2009.8.26.0000/50000, da Comarca de Araçatuba, em que é agravante FAZENDA DO ESTADO DE SÃO PAULO, é agravada ARIADNE MARIA FONSECA DOS SANTOS.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 10ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto da

relatora, que integra este acórdão. **(Voto nº 12.212)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores TORRES DE CARVALHO (Presidente sem voto), PAULO GALIZIA e ANTONIO CARLOS VILLEN.

São Paulo, 5 de setembro de 2014.

TERESA RAMOS MARQUES, Relatora

Ementa:

AGRAVO INTERNO

Execução fiscal – Embargos de Terceiro – Pessoa jurídica – Dissolução irregular – Redirecionamento aos sócios – Cônjuge – Enriquecimento – Não demonstrado – Meação – Penhora – Impossibilidade – Art. 557, par. 1º-A, do Código de Processo Civil – Provimento – Possibilidade:

– Não demonstrada qualquer inconsistência no fundamento da decisão, baseada na jurisprudência dominante de tribunal superior, é manifestamente infundada a irresignação do agravante.

Ementa da decisão:

EXECUÇÃO FISCAL

Embargos de Terceiro – Pessoa jurídica – Dissolução irregular – Redirecionamento aos sócios – Cônjuge – Enriquecimento – Não demonstrado – Meação – Penhora – Impossibilidade:

– Não responde o cônjuge com sua meação quando ausente prova de reversão, em proveito da família, da dívida contraída exclusivamente pelo consorte. Inteligência da Súmula 251 do Superior Tribunal de Justiça.

VOTO

RELATÓRIO

Alega a Fazenda do Estado que, constatado o encerramento irregular das atividades da pessoa jurídica, a execução foi redirecionada aos sócios, entre eles o marido da terceira embargante, ora agravada. Como esta não possuía profissão, qualificando-se como do lar, também responde pelos débitos em questão, pois usufruiu dos rendimentos da pessoa jurídica executada, parte deles proveniente do não recolhimento do ICMS. O valor penhorado é produto da venda do imóvel

Acesso ao Sumário

utilizado como sede da pessoa jurídica executada. A embargante responde pela dívida contraída por seu marido, pois casada em regime de comunhão universal de bens. Contraída a dívida por um dos cônjuges, existe a presunção relativa – não elidida pela embargante – de que beneficiou o casal.

FUNDAMENTOS

O presente agravo interno não refuta os fundamentos da decisão singular, a seguir repetidos e ora adotados neste voto.

1. Em 15.4.1999, a Fazenda do Estado propôs execução fiscal contra La Villette Pães e Doces Conveniências Ltda., tendo por objeto saldo remanescente das parcelas mensais de estimativa de ICMS, fixadas de acordo com o art. 50 da Lei 6.374/89, cujo parcelamento foi denunciado por interrupção do pagamento. Atribuiu à causa o valor de R$ 4.261,21 (fls. 2/3, ap.1).

A penhora recaiu sobre um forno elétrico, avaliado em R$ 5.000,00 (fls.9, ap.1), que não despertou o interesse nos dois leilões realizados (fls.31/32, ap.1).

Em 3.10.2001, a Fazenda do Estado comunicou o encerramento irregular das atividades da executada, o que ensejou o redirecionamento da execução para os sócios (fls. 67, ap. 1) e o pedido de penhora sobre os imóveis inscritos nas matrículas 11.827, 7.069, 7.070 e 19.294 do Cartório de Registro de Imóveis de Araçatuba (fls. 141/142, ap. 1). Porém, pelas informações do oficial do cartório, os imóveis não foram penhorados (fls. 151/152, ap. 1).

Posteriormente, em 21.2.2006, a Fazenda do Estado requereu a penhora sobre o depósito judicial, no valor de R$ 32.000,00, realizado nos autos do Processo 1.941/2002, da 1ª Vara Cível de Araçatuba, em favor da ora apelante, referente à alienação judicial de 1/6 do imóvel que serviu de sede da pessoa jurídica executada e que pertencia aos sócios desta e, por força do regime de casamento, às respectivas esposas (fls. 165/168, ap. 1). Sustenta que Ariadne, embora não incluída no polo passivo da ação, por não ser sócia da empresa, beneficiou-se dos rendimentos desta, fato presumível por ser a embargante do lar.

O juiz deferiu a penhora sob o fundamento de que a dívida, em princípio, beneficiou o casal, sócio da executada (textual – fls.186, ap. 1), daí os embargos de terceiro.

2. Conforme Súmula 251 do Superior Tribunal de Justiça:

"*A meação só responde pelo ato ilícito quando o credor, na execução fiscal, provar que o enriquecimento dele resultante aproveitou ao casal.*"

No presente caso, a Fazenda do Estado não se desincumbiu de seu ônus de provar que o débito em execução, proveniente do não pagamento do ICMS, tenha beneficiado os sócios da executada, muito menos que tenha sido revertido em benefício de suas famílias.

Cumpre observar que o imóvel que serviu de sede à executada foi

Acesso ao Sumário

adquirido em 2.10.1991 (fls. 125, ap. 1), antes da constituição da pessoa jurídica, que ocorreu somente em 16.3.1993 (fls. 42, ap. 1), portanto possível concluir que os rendimentos desta não contribuíram para a aquisição do bem.

O fato de a embargante ser do lar, por si só, não permite a presunção de que se beneficiou do inadimplemento do tributo.

Também não consta que os sócios da executada tenham se apropriado do dinheiro destinado ao pagamento de tributos e outras obrigações da pessoa jurídica, por meio de retiradas em desacordo com a lei ou contrato social.

Assim, ausente prova de que a embargante se beneficiou com o não pagamento de tributos ou com a dissolução irregular da pessoa jurídica executada, impõe-se a exclusão de sua meação da penhora.

Nesse sentido, confira-se a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, in verbis:

"*TRIBUTÁRIO. EXECUÇÃO FISCAL. PENHORA. TOTALIDADE. IMÓVEL. MEAÇÃO. CÔNJUGE.*

1. O cônjuge responde com sua meação somente pela dívida contraída exclusivamente pelo consorte, desde que esta tenha sido revertida em benefício da família, competindo ao credor comprovar tal situação.

2. Recurso especial parcialmente conhecido e, nessa parte, improvido."

(REsp 522263/PR, relatado pelo ministro João Otávio de Noronha, publicado em 6.12.2006)

"*PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. EXECUÇÃO FISCAL. EMBARGOS DE TERCEIRO. MULHER CASADA. EXCLUSÃO DA MEAÇÃO. BENEFÍCIO FAMILIAR. NECESSIDADE DE PROVA. ÔNUS PROBATÓRIO DO CREDOR.*

1. Tratando-se de execução fiscal oriunda de ato ilícito e, havendo oposição de embargos de terceiro por parte do cônjuge do executado, com o fito de resguardar a sua meação, o ônus da prova de que o produto do ato não reverteu em proveito da família é do credor e não do embargante. Precedentes: REsp 107017/MG, Ministro CASTRO MEIRA, DJ 22.08.2005; REsp 260642/PR ; Ministro FRANCIULLI NETTO, DJ 14.03.2005; REsp 641400/PB, Ministro JOSÉ DELGADO, DJ 01.02.2005; Resp n.º 302.644/MG, Segunda Turma, Rel. Min. Francisco Peçanha Martins, DJ de 05/04/2004.

2. Impossibilidade de realização da prova na instância especial, ante o óbice da Súmula 7 desta Corte: 'a pretensão de simples reexame de prova não enseja recurso especial'.

3. Ainda que assim não bastasse, a instância a quo, com ampla cognição fático-probatória concluiu que: (...) o bem imóvel sobre o qual recaiu a

Acesso ao Sumário

penhora em execução contra a firma da qual o esposo da embargante é sócio fora adquirido após o casamento, o que determina a meação e faz incidir o disposto no art. 3º da Lei 4.121/62, em combinação com o art. 1658 do Código Civil, ainda que se trate de comunhão parcial (fls. 96).

Considerando-se que a embargada não comprovou a alegação de que a sonegação do imposto devido pela sociedade representada pelo executado teria revertido em benefício da família deste, não merece prosperar o pedido do INSS, devendo ser resguardado o direito da embargante à meação do bem penhorado. (fls. 57/58).

4. Recurso especial desprovido"

(REsp 701170/RN, relatado pelo Ministro Luiz Fux, publicado em 18.9.2006)

Destarte, com fundamento no art. 557, par. 1º-A, do Cód. de Proc. Civil, dou provimento ao recurso para acolher os embargos, declarando insubsistente a penhora, por estar a sentença em confronto com a jurisprudência dominante em tribunal superior. Por sua sucumbência, arcará a Fazenda com os honorários advocatícios da embargante, que fixo em 10% do valor da execução atualizado.

Destarte, pelo meu voto, nego provimento ao agravo interno.

Apelações

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0001141-41.2013.8.26.0053, da Comarca de São Paulo, em que é apelante WALMART BRASIL LTDA., é apelada FUNDAÇÃO DE PROTEÇÃO E DEFESA DO CONSUMIDOR – PROCON/SP.

ACORDAM, em 3ª 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 23.786)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores ANTONIO CARLOS MALHEIROS (Presidente sem voto), MARREY UINT e CAMARGO PEREIRA.

São Paulo, 15 de julho de 2014.

AMORIM CANTUÁRIA, Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: APELAÇÃO CÍVEL – ANULAÇÃO DE ATO ADMINISTRATIVO – IMPOSIÇÃO DE MULTA POR VIOLAÇÃO À LEI ESTADUAL 13.747/2009 (LEI DA ENTREGA) – AUTO DE INFRAÇÃO E IMPOSIÇÃO DE MULTA LAVRADO PELO PROCON – ARGUIÇÃO DE ILEGITIMIDADE PARA FIGURAR NO AUTO DE INFRAÇÃO – IMPERTINÊNCIA – INCONSTITUCIONALIDADE FORMAL – INVASÃO DE COMPETÊNCIA – NÃO OCORRÊNCIA – NORMA CUJO OBJETO É TUTELAR INTERESSES DO CONSUMIDOR – COMPETÊNCIA CONCORRENTE, A TEOR DO ART. 24, INCISOS V E VIII, DA CF – PRINCÍPIOS DA LIVRE INICIATIVA E LIVRE CONCORRÊNCIA RESPEITADOS PELA LEI ESTADUAL – DECRETO ESTADUAL Nº 55.015/09 – REMISSÃO EXPRESSA ÀS SANÇÕES PREVISTAS NO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR – LEGALIDADE – AÇÃO JULGADA IMPROCEDENTE NA ORIGEM – REFORMA PARCIAL – MULTA REDUZIDA PORQUANTO FIXADA SEM A MELHOR OBSERVÂNCIA DA PORTARIA NORMATIVA PROCON 26, DE 15/08/2006 – PEDIDO PROCEDENTE EM DIMINUTA PARTE, APENAS PARA REDUZIR A MULTA – VERBA HONORÁRIA MANTIDA, NO ENTANTO, EM VIRTUDE DO PRINCÍPIO DA CAUSALIDADE, TAL COMO ARBITRADA.

RECURSO PROVIDO PARCIALMENTE.

VOTO

Apelação tempestiva e preparada de fls. 791/1.002 manejada por WALMART BRASIL LTDA. contra a sentença de fls. 782/786 que julgou improcedente a ação, nos termos do art. 269, I, do CPC, reportada a pedido de anulação de auto de infração nº 6.518-D7, lavrado pela FUNDAÇÃO DE PROTEÇÃO E DEFESA DO CONSUMIDOR – PROCON/SP, formulada para ver declarada a inexigibilidade da multa na importância de R$ 3.192.300,00, ou reduzi-la. Em razão da sucumbência a apelante foi condenada no pagamento das custas, despesas processuais, e honorários advocatícios de R$ 10.000,00

devidamente atualizados.

Alegou a nulidade do auto de infração nº 6.518-D7, ao argumento de que o Walmart não tem legitimidade para figurar como infrator ou autuado, porquanto a empresa responsável pelo *e-commerce* é a WMB, pessoa jurídica diversa da apelante, porquanto ela, autora, é exclusivamente responsável pela distribuição e entrega dos itens adquiridos no site do Walmart. Acrescentou a inconstitucionalidade formal e material da Lei Estadual 13.747/2009 e do Decreto nº 55.015/2009 que a regulamentou, o que também nulifica o auto de infração, vez que editada com vício de legitimidade legislativa (art. 24, V, da CF), fundada na tese de que somente a União teria competência para regulamentar a questão. Aduz, que por integrar o sistema de *e-commerce*, fornece para o Brasil inteiro e pelo fato de se localizar no Estado de São Paulo, independentemente do domicílio do consumidor, ficaria sujeita às regras impugnadas e que lhe restringe a livre iniciativa e a livre concorrência. Sustentou a inconsistência do auto de infração quanto à alegação de ofensa aos artigos 39 e 48 do Código de Defesa do Consumidor, posto que inexiste nos autos ou no procedimento administrativo qualquer evidência de que tenha sido descumprida a obrigação de estipulação de prazo para entrega de produtos adquiridos no site do Walmart; ou que eventual atraso na entrega de produtos caracterize inexecução do contrato pelo fornecedor, pelo fato de existir excludentes tais como: erro no endereço informado pelo consumidor, ausência de pessoa responsável para o recebimento da mercadoria, caso fortuito, força maior, etc. Por fim, afirma ser descabido o valor da multa aplicada por ser exorbitante, devendo ser fixada de acordo com os princípios da razoabilidade e proporcionalidade mencionados pelo art. 57 do CDC, em montante não superior a R$ 102.176,96.

Contrarrazões (fls. 1.008/1.039).

É o relatório.

O que legitima a punição imposta pelo PROCON emerge muito claro dos autos: – a autora deixou de fixar data e turno para a entrega dos produtos ao adquirente, descumprindo o disposto no art. 1º da Lei Estadual nº 13.747/09 e caracterizando a prática como abusiva, com infringência do "caput" do art. 39 do CDC; bem como de entregar produtos adquiridos pelos consumidores nas datas estipuladas em pedidos formais de venda de mercadorias emitidas pela empresa, caracterizando-se tal conduta como descumprimento do contratado entre as partes e, consequentemente, como infração ao art. 48 do CDC.

Acesso ao Sumário

Inicialmente, deve ser afastada a alegação de ilegitimidade da apelante para figurar no auto de infração.

Pela análise dos contratos sociais juntados aos autos, constata-se que o Walmart Brasil Ltda. (fls. 31/61) e o WMS Supermercados do Brasil Ltda. (fls. 63/97) são pessoas jurídicas distintas, mas integrantes do mesmo grupo

econômico.

Como já observado pela r. sentença, os objetos sociais das empresas são coincidentes e em ambos os estatutos há previsão do exercício do comércio via internet, ou *e-commerce*, apresentando-se perante os consumidores como única empresa.

Sendo assim, não configura qualquer ilegalidade na autuação da empresa Walmart Brasil Ltda., porquanto é ela a detentora dos direitos de exploração do domínio *www.walmart.com.br*, fato que a torna corresponsável pelas práticas comerciais realizadas através do referido endereço eletrônico.

Com efeito, a Lei nº 13.747, entrou em vigor em 7 de outubro de 2009, impondo, a todos os fornecedores do setor do comércio varejista e do setor de prestação de serviços destinados aos consumidores finais, o dever de, no ato da compra do bem ou da contratação do serviço, fixar a data e o turno para entrega do produto ou serviço, de sorte a ser assegurado ao consumidor o direito de escolha dentre as opções apresentadas pela empresa.

Referida Lei, bem como o do Decreto nº 55.015/09, que fixam data e turno, apenas deram tratamento à norma já constante do Código de Defesa do Consumidor, que, dentre o capítulo das práticas abusivas, já vedava a falta de estipulação de prazo para o cumprimento de obrigação, conforme seu artigo 39, inciso XII:

> "Art. 39 – É vedado ao fornecedor de produtos ou serviços, dentre outras práticas abusivas:
>
> (...).
>
> XII – deixar de estipular prazo para o cumprimento de sua obrigação ou deixar a fixação de seu termo inicial a seu exclusivo critério."

Também foi respeitada a competitividade saudável, pois não há violação aos princípios da livre iniciativa e da livre concorrência, nos termos do artigo 170, inciso V, da Constituição Federal. Os fornecedores localizados fora do Estado de São Paulo também têm de observar os ditames da Lei nº 13.474/09, quando o comprador, por telefone ou internet, se localiza neste Estado, nos termos do artigo 3º, § 4º, do Decreto nº 55.015/09:

> "No caso de comércio à distância ou não presencial, o documento a que se refere o § 3º deste artigo deverá ser enviado ao consumidor, previamente à efetiva entrega do produto ou realização do serviço, por meio de mensagem eletrônica, fac-símile, correio ou outro meio indicado."

Conforme precedente deste egrégio Tribunal:

> OBRIGAÇÃO DE NÃO FAZER. Pretensão de impedir a fiscalização e imposição de multa pelo PROCON com base na denominada "Lei de Entrega" (Lei Estadual nº 13.747/09), que obriga o fornecedor a fixar,

Acesso ao Sumário

no momento da contratação, data e turno para a prestação dos serviços ou entrega dos produtos. Inconstitucionalidade da lei por invasão de competência. Descabimento. Norma que trata de interesses do consumidor. Competência concorrente, a teor do art. 24, incisos V e VIII, da CF. Princípios da livre iniciativa e livre concorrência não violados. Fornecedores de outros Estados da Federação, nas transações com consumidores estabelecidos em São Paulo via telefone ou pela internet, estão sujeitos à lei estadual, por força da lei consumerista. Decreto Estadual nº 55.015/09. Remissão expressa às sanções previstas no Código de Defesa do Consumidor. Legalidade. Sentença reformada para julgar improcedente a ação. Recurso provido.

(Apelação nº 0047444-21.2010.8.26.0053; Rel. Des. Peiretti de Godoy; 13ª Câmara de Direito Público; j. 07/11/2012).

Cumpre salientar, ainda, que pelo princípio da predominância do interesse, à União caberá a edição de normas gerais, previstas no § 1º, do art. 27, da Carta Magna, o que foi plenamente exercitado, no que se refere a normas referentes a relações de consumo (art. 24, V, da CF), com a edição do Código de Defesa do Consumidor. Logo, cumpre aos demais entes da federação editar normas ordinárias de conduta concernentes à atuação administrativa visando a tipificação das infrações e respectivas sanções administrativas ocorridas nas relações de consumo.

O art. 55, § 1º, do CDC, atribui à União, Estados e Municípios competência concorrente para fiscalizar e controlar o fornecimento de bens ou serviços, "no interesse da preservação da vida, da saúde, da segurança, da informação e do bem-estar do consumidor, baixando as normas que se fizerem necessárias". Aqui, o legislador alude tanto às normas ordinárias referentes ao consumo, como às regulamentares de fiscalização e controle das atividades de fornecimento de bens ou serviços, que dizem respeito ao poder de polícia administrativa, e que podem ser editadas por quaisquer dos entes federativos, cada um em sua respectiva área de atuação administrativa.

Neste sentido, a orientação do egrégio Superior Tribunal de Justiça:

CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. LEI ESTADUAL QUE DISPÕE SOBRE ATENDIMENTO EM TEMPO RAZOÁVEL NAS AGÊNCIAS BANCÁRIAS. CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. POSSIBILIDADE. RELAÇÃO DE CONSUMO. COMPETÊNCIA CONCORRENTE. RECURSO ORDINÁRIO DESPROVIDO.

1. A Constituição Federal atribui competência à União, aos Estados e ao Distrito Federal para legislar (art. 24) sobre produção e consumo (inciso V) e sobre responsabilidade por dano ao consumidor (inciso VIII), estabelecendo em seu parágrafo 2º que "a competência da União para legislar sobre normas gerais não exclui a competência suplementar dos

Acesso ao Sumário

Estados", observando mais no parágrafo 4º que "a superveniência de lei federal sobre normas gerais suspende a eficácia da lei estadual, no que lhe for contrário".

2. A Lei Estadual 7.872/2002, do Estado de Mato Grosso, que dispõe sobre o atendimento ao consumidor em caixas das agências bancárias, não conflita com as normas constitucionais apontadas no recurso (arts. 21, 22, 48 e 192 da Constituição Federal), tampouco com a legislação infraconstitucional indicada pelo recorrente (Lei 4.595/64). A norma estadual não dispõe sobre o sistema financeiro nacional, operações de natureza financeira, cambial e monetária das instituições financeiras ou sistema monetário nacional. Igualmente não regula o funcionamento das atividades bancárias, mas tão somente questões relacionadas à relação de consumo estabelecida entre as instituições financeiras e consumidores, em cumprimento ao art. 55, § 1º. da Lei 8.078/90 (Código de Defesa do Consumidor). Aliás, esta Corte editou a Súmula 297 ("O Código de Defesa do Consumidor é aplicável às instituições financeiras").

3. Efetivamente, afirmar que o objeto da lei impugnada somente teria interesse local (ou seja, de âmbito apenas municipal) não reflete a importância da regulação do atendimento prestado por instituições financeiras aos consumidores no âmbito estadual.

Assim, na hipótese examinada, ainda que analisando a repartição de competência entre os entes da federação com o enfoque do princípio da "predominância do interesse", é lícito afirmar a existência de interesse regional apto a autorizar a iniciativa do Estado de Mato Grosso em legislar sobre a questão relacionada ao tempo de atendimento em instituições financeiras.

4. Desprovimento do recurso ordinário.

(RMS 20.277/MT, Rel. Ministra DENISE ARRUDA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 18/09/2007, DJ 18/10/2007, p. 262).

Apesar de suscitada aplicação do princípio de reserva de plenário, nos termos do artigo 97 da Constituição Federal, e da Súmula Vinculante nº 10 do egrégio STF, em relação à alegação de inconstitucionalidade de Lei Estadual, desnecessária a remessa ao colendo Órgão Especial, considerando já haver decisão para balizar o entendimento neste julgamento.

Conforme a decisão em Arguição de Inconstitucionalidade, conduzida pelo v. voto do ilustre Desembargador Alves Bevilacqua, é constitucional a Lei Estadual nº 13.747/09, que dispõe sobre a obrigatoriedade dos fornecedores de bens e serviços, sediados no Estado, de fixarem data e turno para as respectivas entregas, nos seguintes termos:

"Arguição de Inconstitucionalidade – Lei Estadual n° 13.747/09, que dispõe sobre a obrigatoriedade dos fornecedores de bens e serviços, sediados no Estado, de fixarem data e turno para as respectivas entrega ou realização para os consumidores – Alegada afronta ao disposto

Acesso ao Sumário

nos arts 24, I e 170, *caput*, e inciso IV, ambos da CF/88 – Legislação local que não padece de quaisquer dos vícios apontados – Arguição de inconstitucionalidade improcedente."

(Arguição de Inconstitucionalidade nº 0227995-87.2012.8.26.0000, Rel. Alves Bevilacqua, j. 08/05/2013).

Assim, conforme o julgado acima, já se proclamou a constitucionalidade da Lei Estadual nº 13.747/09, conhecida como Lei de Entrega, de forma que fica rejeitada a alegação de inconstitucionalidade formulada pela apelante.

Quanto ao Decreto Estadual nº 55.015/09, não fere o princípio da Legalidade, pois apenas remete às sanções previstas no art. 56 do Código de Defesa do Consumidor, sem criar, modificar ou extinguir direito ou obrigação.

Neste sentido, julgado deste Egrégio Tribunal:

(...) Decreto Estadual nº 55.015/09. Remissão expressa às sanções previstas no Código de Defesa do Consumidor. Legalidade. Sentença reformada para julgar improcedente a ação. Recurso provido.

(...)

De fato, é reservada à lei no sentido estrito a criação e a estipulação de infração e de penalidade. Ao contrário do afirmado, o Decreto nº 55.015, de 11 de novembro de 2009 não viola nenhum preceito legal, apenas remete às sanções previstas no art. 56 do Código de Defesa do Consumidor, sem criar, modificar ou extinguir direito ou obrigação. Confira-se:

"Artigo 4º – O fornecedor que não informar data e turno para entrega de produto ou para realização do serviço nos termos estabelecidos por este decreto, ou não cumprir a data e o turno ajustados, ficará sujeito às sanções previstas no artigo 56 da Lei federal nº 8.078, de 11 de setembro de 1990 – Código de Defesa do Consumidor, aplicáveis na forma de seus artigos 57 a 60."

(...)

(Apelação nº 0047444-21.2010.8.26.0053; Rel. Des. Peiretti de Godoy; 13ª Câmara de Direito Público; j. 07/11/2012).

Acesso ao Sumário

Portanto, conclui-se que a Lei Estadual nº 13.747/09, norma de eficácia contida, bem como o Decreto Estadual nº 55.015/09, apenas deram tratamento à norma já constante do CDC, que vedava a falta de estipulação de prazo para o cumprimento de obrigação (artigo 39, inciso XII); sendo respeitada a competitividade e os princípios da livre iniciativa e concorrência, nos termos do artigo 170, inciso V, da Constituição Federal, pois alcançam também os fornecedores localizados em outros Estados da Federação. A competência da União para legislar sobre normas gerais não exclui a competência suplementar dos Estados, conforme o artigo 24, incisos V e VIII, e § 2º, da Carta Magna, e, nos termos do artigo 97 da Constituição Federal e da Súmula Vinculante

nº 10 do Egrégio Supremo Tribunal Federal, o Colendo Órgão Especial deste Tribunal já decidiu pela constitucionalidade da Lei Estadual nº 13.747/09 (Lei de Entrega), sendo que o respectivo Decreto regulamentador não fere o princípio da Legalidade, pois apenas remete às sanções previstas no artigo 56 do CDC, reitere-se outra vez ainda, sem criar, modificar ou extinguir direito ou obrigação.

Por outro lado, verifica-se pelo procedimento administrativo que restou nitidamente comprovada a prática das infrações atribuídas à apelante, tendo sido respeitado o direito à ampla defesa da autora no procedimento administrativo.

Ademais, não restou produzida nenhuma prova apta a demonstrar a falta de veracidade das denúncias que demonstraram nitidamente a prática das infrações. A defesa, ao reverso, foi eminentemente jurídica, sem introduzir qualquer alegação fática, de molde a impedir, modificar ou extinguir a imputação contida nos autos de infração.

Portanto, plenamente configurado o maltrato às normas contidas no Código de Defesa do Consumidor, a imposição da multa era de rigor.

Apenas saliento que a imposição da pena pecuniária, mostrou-se, segundo meu sentir, muito elevada e, ao menos neste aspecto, o apelo vinga, porquanto a despeito das normas do PROCON trazerem critérios objetivos para a fixação da penalidade, no próprio auto de infração ora impugnado constou expressamente a possibilidade da pena vir a ser atenuada ou agravada, conforme previsto no artigo 34 da Portaria Normativa PROCON 26, de 15/08/2006, com a redação dada pela Portaria Normativa PROCON 33, de 01/12/2009 (fls. 103/104).

A questão, a meu juízo, fica melhor orientada se observados os critérios da razoabilidade e proporcionalidade.

A penalidade restou fixada conforme decisão administrativa de fls. 133, na qual consta: "*Considerando o que dos autos consta e a atribuição conferida pelo artigo 11 da Portaria Normativa nº. 26 de 15/08/06 com nova redação dada pela Portaria Normativa nº. 33 de 01/12/2009, adoto como relatório e razões de decidir a manifestação técnica acolhida pela D. Assessoria Jurídica desta Fundação, cujo texto passa a fazer parte integrante desta, HOMOLOGO E JULGO SUBSISTENTE o Auto de Infração n. 06518 D7, com multa fixada no valor de R$ 3.192.300,00 (TRÊS MILHÕES, CENTO E NOVENTA E DOIS MIL E TREZENTOS REAIS), considerada a circunstância agravante com aumento de 1/3 (um terço) da pena-base, por ser o autuado reincidente na prática de infrações às normas da Lei 8.078/90, como se depreende da certidão de fls. 244. Intime-se o autuado para o pagamento da multa, nos termos do artigo 37 da referida Portaria.*"

Ressalto, neste aspecto, que prevalece o valor da pena-base a ser calculada sobre a Receita Bruta da recorrente, tal como indicada em sua declaração de imposto de renda (fls. 972 e seguintes). Desse modo, para a aplicação literal

Acesso ao Sumário

da Portaria Normativa 26/2006, fixa-se a pena pecuniária em R$ 1.244.469,54 (um milhão, duzentos e quarenta e quatro mil, quatrocentos e sessenta e nove reais e cinquenta e quatro centavos), como, aliás, a própria apelante, em suas razões recursais, propôs como solução alternativa do caso (fls. 843 e 1.000). Esta pena, ao que penso, é a que melhor se amolda aos fatos que deram ensejo à autuação, de molde a coibir os excessos da Administração, porquanto se mantida a punição nos limites estabelecidos pelo PROCON estar-se-ia preservando ato manifestamente ilegal.

Observo que a despeito do poder discricionário do PROCON na análise dos recursos pertinentes às autuações e aos processos administrativos instaurados a partir de reclamações dos consumidores, para a imposição e cálculo da multa, no caso em espécie, até mesmo uma reclamação não pertinente à "Lei de Entrega" foi computada e integrou o processo administrativo que desencadeou a autuação.

Basta ler o documento de fls. 308/309 que diz respeito a uma compra desfeita por erro do próprio consumidor.

De fato, embora também tenham sido consideradas 29 reclamações referentes ao descumprimento da "Lei de Entrega", leio que 17 delas foram resolvidas administrativamente e baixadas (fls. 291/292).

Tenho para mim, portanto, que a multa não foi fixada na exata conformidade com a previsão legal havendo patente excesso na sua fixação, sendo permitindo, portanto ao Poder Judiciário reduzi-la, para sua perfeita adequação ao caso concreto.

Nesse passo, há que se concluir que o artigo 29 da Portaria Normativa Procon 26, de 15/08/2009, conforme redação da Portaria Normativa Procon 33, de 1º./12/2009 e que traz os critérios para a melhor dosimetria da pena, apesar de aplicado ao caso, não o foi da melhor forma, violando, inclusive, a norma geral consistente no CDC.

O Código de Defesa do Consumidor, no seu art. 57, traz a seguinte regra: "A pena de multa, graduada de acordo com a gravidade da infração, a vantagem auferida e a condição econômica do fornecedor, será aplicada mediante procedimento administrativo, revertendo para o Fundo de que trata a Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985, os valores cabíveis à União, ou para os Fundos estaduais ou municipais de proteção ao consumidor nos demais casos. (Redação dada pela Lei nº 8.656, de 21.5.1993) Parágrafo único. A multa será em montante não inferior a duzentas e não superior a três milhões de vezes o valor da Unidade Fiscal de Referência (Ufir), ou índice equivalente que venha a substituí-lo. (Parágrafo acrescentado pela Lei nº 8.703, de 6.9.1993)" (grifei).

Portanto, resta acolhido em parte o apelo, para acolher parcialmente o pedido, somente para reduzir a multa para R$ 1.244.469,54 (um milhão, duzentos

e quarenta e quatro mil, quatrocentos e sessenta e nove reais e cinquenta e quatro centavos), mantendo-se inalteradas as verbas sucumbenciais, em virtude da sucumbência mínima do PROCON e por força do princípio da causalidade.

Ante o exposto, **DÁ-SE PARCIAL PROVIMENTO AO RECURSO**, para os fins acima especificados.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0001142-20.2011.8.26.0595, da Comarca de Serra Negra, em que é apelante MÁRCIO LUIZ VERRONE FEDERICO, é apelada PREFEITURA MUNICIPAL DE SERRA NEGRA.

ACORDAM, em 9ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "negaram provimento ao recurso do autor, v.u.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 14978)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores MOREIRA DE CARVALHO (Presidente sem voto), DÉCIO NOTARANGELI e OSWALDO LUIZ PALU.

São Paulo, 2 de julho de 2014.

REBOUÇAS DE CARVALHO, Relator

Ementa: AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER C.C. INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS – Parte do imóvel do autor, cujo pleito indenizatório quer ver provido, encontra-se em Área de Preservação Permanente (APP) – Benfeitorias voluptuárias praticadas pelo autor em área não autorizada para esta finalidade, e que não poderá ser indenizada, retida ou levantada pelo possuidor de má-fé – Sistema jurídico vigente que obsta tal iniciativa – Procedência parcial da ação mantida – Recurso do autor não provido.

VOTO

Ação de obrigação de fazer c.c. indenização por danos materiais movida por proprietário de imóvel atingido por consequências de obra pública em face da Municipalidade de Serra Negra, objetivando a cessação dos prejuízos

Acesso ao Sumário

experimentados, decorrentes do direcionamento de águas pluviais sobre seu imóvel, bem como o pagamento de R$ 18.300,00 (dezoito mil e trezentos reais), pelos danos materiais.

A r. sentença de fls. 147/148vº e 155, julgou procedente em parte a ação, para que a ré seja obrigada a adotar as providências necessárias a realização de obras para adequação do sistema de águas pluviais não venham a desaguar, de forma direcionada, no imóvel do autor. Contudo, em relação ao pedido indenizatório, entendeu não devido, uma vez que as benfeitorias danificadas se encontram em área de preservação permanente.

Inconformado, apela o autor, a fls. 158/162, insistindo que as benfeitorias danificadas são voluptuárias e, com isso, indenizáveis, embora estejam mesmo em área de preservação permanente.

Recurso recebido, processado e não contrariado.

Não conhecido o recurso por esta C. 9ª Câmara de Direito Público, em voto desta relatoria, com remessa a uma das C. Câmaras Reservadas ao Meio Ambiente (fls. 180/184).

Com a suscitação do conflito negativo pela 2ª Câmara Reservada ao Meio Ambiente (fls. 193/197), a e. Turma Especial, em decisão monocrática do eminente Desembargador Antonio Moliterno, decidiu pela competência da 9ª Câmara de Direito Público.

É o relatório.

O caso é de manutenção da r. sentença.

De fato, o debate agora está circunscrito ao pleito indenizatório em razão dos danos materiais ocorridos em uma Roda D'água e uma Caixa D'água de Concreto construídas pelo autor, segundo ele diz, como benfeitoria voluptuária em terreno reconhecido como de Preservação Permanente (APP).

Aliás, o perito judicial identificou muito bem o local em que se encontram as obras ditas voluptuárias, e que se requer a indenização, segundo o qual: "**Por existirem mata nativa e nascentes dentro destes terrenos, parte destas propriedades encontra-se em APP (Área de Preservação Permanente). Existe neste local a construção de uma Roda D'água e uma Caixa D'Água de Concreto, construções estas, próximas ao caminho das águas**" (fl. 72).

É de se convir que Roda D'água e Caixa D'água construídas pelo autor em área reconhecidamente de Preservação Permanente foi reputada por ele próprio como sendo voluptuária, ou seja, "de mero deleite ou recreio, que não aumentam o uso habitual do bem, ainda que o tornem mais agradável ou sejam de elevado valor" (art. 96, par. 1º, do Código Civil)[1].

Acesso ao Sumário

1 Art. 96. As benfeitorias podem ser voluptuárias, úteis ou necessárias.

§ 1º São voluptuárias as de mero deleite ou recreio, que não aumentam o uso habitual do bem, ainda que o tornem mais agradável ou sejam de elevado valor.

Por outro lado, não se olvide também de que o atual Código Florestal (Lei 12.651/12), que define o Regime de Proteção das Áreas de Preservação Permanente, não deixa a menor dúvida de que as supressões de vegetação destas áreas só podem ocorrer naqueles casos em que houver uso autorizado previsto em Lei (art. 7º, par. 1º)[2], e que a sua utilização "**somente ocorrerá nas hipóteses de utilidade pública, de interesse social ou de baixo impacto ambiental previstas nesta Lei**" (art. 8º, 'caput')[3].

Convém destacar ainda que no anterior Código Florestal a autorização acima considerada também era devida (art. 4º, par. 1º, da Lei nº 4.771/65)[4], de sorte que descabida a realização de qualquer tipo de benfeitorias em tais localizações, mormente quando inexistente autorização para tanto.

Como o autor confessa que promoveu benfeitorias voluptuárias sem autorização em Área de Preservação Permanente, o fez consciente de que não lhe assistiria o direito de retenção, indenização, e muito menos o de levantamento delas, como consta expresso do art. 1.220, do Código Civil[5].

Ademais, há precedente do STJ[6] no sentido de que, até mesmo em casos de cultivo em área sabidamente de preservação permanente, cuja conduta é reconhecidamente ilícita, já que no exercício da posse de má-fé, não é passível de indenização.

E, por maior razão, como o autor degrada área de preservação permanente para construção, confessadamente, de benfeitoria voluptuária, jamais poderá extrair daí algum valor indenizatório, como pretendido.

Razão pela qual, cabível a manutenção da procedência parcial da ação,

2 Art. 7º A vegetação situada em Área de Preservação Permanente deverá ser mantida pelo proprietário da área, possuidor ou ocupante a qualquer título, pessoa física ou jurídica, de direito público ou privado.

§ 1º Tendo ocorrido supressão de vegetação situada em Área de Preservação Permanente, o proprietário da área, possuidor ou ocupante a qualquer título é obrigado a promover a recomposição da vegetação, ressalvados os usos autorizados previstos nesta Lei.

3 Art. 8º A intervenção ou a supressão de vegetação nativa em Área de Preservação Permanente somente ocorrerá nas hipóteses de utilidade pública, de interesse social ou de baixo impacto ambiental previstas nesta Lei.

4 Art. 4º A supressão de vegetação em área de preservação permanente somente poderá ser autorizada em caso de utilidade pública ou de interesse social, devidamente caracterizados e motivados em procedimento administrativo próprio, quando inexistir alternativa técnica e locacional ao empreendimento proposto. (Redação dada pela Medida Provisória nº 2.166-67, de 2001)

§ 1º A supressão de que trata o **caput** deste artigo dependerá de autorização do órgão ambiental estadual competente, com anuência prévia, quando couber, do órgão federal ou municipal de meio ambiente, ressalvado o disposto no § 2º deste artigo. (Incluído pela Medida Provisória nº 2.166-67, de 2001)

5 Art. 1.220. Ao possuidor de má-fé serão ressarcidas somente as benfeitorias necessárias; não lhe assiste o direito de retenção pela importância destas, nem o de levantar as voluptuárias.

6 "5. Aqueles que, como no caso do recorrente, cultivaram em área de preservação permanente, após a entrada em vigor da norma restritiva, praticaram conduta ilícita, exploraram economicamente quando deveriam recuperar a vegetação. Obviamente que, em tais situações, **não há que se falar em indenização**". (REsp nº 1.237.071-PR, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, j. 03/05/2011).

Acesso ao Sumário

sem permitir a indenização, retenção ou levantamento da benfeitoria voluptuária realizada em área de preservação permanente.

Diante de todo o exposto, nega-se provimento ao recurso do autor.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0000228-70.2013.8.26.0405, da Comarca de Osasco, em que é apelante SPPREV – SÃO PAULO PREVIDÊNCIA, é apelada ONORINA COSTA DOS SANTOS.

ACORDAM, em 11ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "NEGARAM PROVIMENTO AOS RECURSOS OFICIAL, CONSIDERADO INTERPOSTO, E VOLUNTÁRIO. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 28.560)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores LUIS GANZERLA (Presidente sem voto), RICARDO DIP e PIRES DE ARAÚJO.

São Paulo, 29 de julho de 2014.

AROLDO VIOTTI, Relator

Ementa: Previdenciário. Pensão por morte. Ação movida pela SPPREV, objetivando a anulação de pensão por morte concedida a cunhada de falecida servidora estadual aposentada. Sentença de improcedência. Recurso da autora buscando a inversão do julgado. Inadmissibilidade. Benefício que, passados mais de cinco anos contados de sua concessão pela administração, havia se incorporado ao patrimônio da beneficiária. Prescrição quinquenal configurada. Inteligência do disposto no Decreto 20.910/32. Recursos oficial, considerado interposto, e voluntário improvidos.

Acesso ao Sumário

VOTO

I. Ação de rito ordinário movida pela SÃO PAULO PREVIDÊNCIA – SPPREV contra ONORINA COSTA DOS SANTOS, objetivando o cancelamento do benefício de pensão por morte que a ré recebe em razão do falecimento, em 5 de outubro de 1999, de sua cunhada, Marina Candida dos Santos, investigadora de polícia aposentada. Anota que o deferimento da pensão deu-se com base nos

artigos 152, inciso II, e 153, ambos da Lei Complementar Estadual nº 180/78, que prevêem o pagamento de pensão por morte a beneficiário facultativo, instituído por ato voluntário do servidor. Pede a procedência do pedido para ser "*declarada inválida a concessão da pensão por morte, determinando-se a cessação dos pagamentos, bem como a devolução das quantias pagas indevidamente, a partir da citação;*" (textual – fls. 13).

A r. sentença de fls. 57/59, declarada a fls. 67, cujo relatório fica adicionalmente adotado, julgou improcedente o pedido, condenando a autora ao pagamento de custas, despesas processuais e honorários advocatícios fixados em R$ 1.000,00 (um mil reais).

Sobreveio Apelação da SÃO PAULO PREVIDÊNCIA – SPPREV, que, nas razões de fls. 71v./83v., busca a reforma integral da sentença, alegando, em síntese, que não ocorreu decadência ou prescrição, uma vez que o prazo decenal, previsto na Lei Estadual nº 10.177/98, só começa a fluir após o Tribunal de Contas do Estado de São Paulo aferir a legalidade do benefício concedido, pois se trata de um ato administrativo complexo; b) uma das consequências do advento da Lei nº 9.717/98 é a suspensão da eficácia do inciso III do artigo 8º da Lei Estadual nº 452/74; c) deve ser aplicada a Lei Federal nº 9.717/98 à espécie, por vigente ao tempo do óbito da instituidora da pensão; d) "*a Apelante está atrelada às normas gerais expedidas pela União, sendo que eventual descumprimento poderá acarretar a perda do Certificado de Regularidade Previdenciária – CRP, além das cominações do artigo 7º, da Lei Federal nº 9.717/1998*." (textual – fls. 81). Por fim, prequestiona os artigos 201 e 5º, inciso I, ambos da Constituição Federal, artigo 5º da Lei Federal nº 9.717/98 e artigo 16, inciso I, da Lei Federal nº 8.213/91, e postula a concessão de antecipação de tutela, para suspender o pagamento do benefício à ré.

O recurso foi respondido a fls. 8/94, subindo os autos. Este, em síntese, o relatório.

II. Não comportam acolhida o recurso voluntário e a remessa necessária, considerada interposta, nos termos do artigo 475, inciso I, do Código de Processo Civil, mantida a r. sentença por um de seus fundamentos.

É a requerida beneficiária de pensão por morte paga pela SÃO PAULO PREVIDÊNCIA – SPPREV, em decorrência do falecimento, em 5 de outubro de 1999, de sua cunhada, a investigadora de polícia aposentada Marina Candida dos Santos (fls. 17/18). Assinala a autora, na inaugural, que a concessão do benefício à ré deveu-se a equívoco, uma vez fundada nos artigos 152, inciso II, e 153, ambos da Lei Estadual nº 180/78, que preveem o pagamento da pensão por morte a beneficiário facultativo, instituído por ato voluntário do servidor. Contudo, esses dispositivos já estavam com sua eficácia suspensa por força do disposto no artigo 5º da Lei federal nº 9.717/98.

A r. sentença julgou improcedente o pedido, tanto pelo reconhecimento do transcurso do prazo de dez anos para a Administração anular os próprios atos, quanto por considerar que a ré possui direito adquirido ao benefício, percebido com respaldo em legislação estadual que, à época do óbito da instituidora da pensão previdenciária, abarcava sua situação.

Dispõe o artigo 10, inciso I, da Lei Estadual nº 10.177, de 30 de dezembro de 1998, a seguir transcrito: "***Artigo 10 – A Administração anulará seus atos inválidos, de ofício ou por provocação de pessoa interessada, salvo quando: I – ultrapassado o prazo de 10 (dez) anos contado de sua produção***".

Inexistindo lei a fixar o prazo para pleitear judicialmente a anulação de ato administrativo, esta deve ocorrer em cinco anos, conforme previsto no Decreto 20.910/32. Trata-se de hipótese em que aplicáveis regras e princípios de direito público. Nesse sentido, precedentes do Superior Tribunal de Justiça: "***3. 5. A possibilidade de a Administração Pública impor sanções em prazo vintenário, previsto no Código Civil, e o administrado ter a seu dispor o prazo qüinqüenal para veicular pretensão, escapa ao cânone da razoabilidade, critério norteador do atuar do administrador, máxime no campo sancionatório, onde essa vertente é lindeira à questão da legalidade. 6. Outrossim, as prescrições administrativas em geral, quer das ações judiciais tipicamente administrativas, quer do processo administrativo, mercê do vetusto prazo do Decreto 20.910/32, obedecem à qüinqüenalidade, regra que não deve ser afastada in casu. 7. Destarte, esse foi o entendimento esposado recentemente na 2ª Turma, no REsp 623.023/RJ, Rel. Min. Eliana Calmon, DJ 14.11.2005: 'PROCESSO CIVIL E ADMINISTRATIVO – COBRANÇA DE MULTA PELO ESTADO – PRESCRIÇÃO – RELAÇÃO DE DIREITO PÚBLICO – CRÉDITO DE NATUREZA ADMINISTRATIVA – INAPLICABILIDADE DO CC E DO CTN – DECRETO 20.910/32 – PRINCÍPIO DA SIMETRIA. 1. Se a relação que deu origem ao crédito em cobrança tem assento no Direito Público, não tem aplicação a prescrição constante do Código Civil***'." (STJ, REsp 751.832-SC, 1ª Turma, Rel. para o Acórdão o Min. LUIZ FUX, j. 7.03.2006, DJU 20.03.2006, p. 20775).

Acesso ao Sumário

"***1. Se a relação que deu origem ao crédito em cobrança tem assento no Direito Público, não tem aplicação a prescrição constante do Código Civil. 2. Uma vez que a exigência dos valores cobrados a título de multa tem nascedouro num vínculo de natureza administrativa, não representando, por isso, a exigência de crédito tributário, afasta-se do tratamento da matéria a disciplina jurídica do CTN. 3. Incidência, na espécie, do Decreto 20.910/32, porque à Administração Pública, na cobrança de seus créditos, deve-se impor a mesma restrição aplicada ao administrado no que se refere às dívidas passivas daquela. Aplicação do princípio da igualdade, corolário do princípio da simetria.***" (STJ, REsp 623.023-RJ, 2ª Turma, j. 3.11.2005, DJU 14.11.2005,

p. 251, Rel. a Min. ELIANA CALMON).

"***ADMINISTRATIVO. RECURSO ESPECIAL. PENSÃO INDEVIDA. INÉRCIA DA ADMINISTRAÇÃO. ANULAÇÃO DO ATO. DECADÊNCIA. Não pode a Administração Pública, após o lapso temporal de cinco anos, anular ato administrativo que considera viciado, se o mesmo gerou efeitos no campo de interesse individual de servidor público ou administrado, incorporando-se ao seu patrimônio jurídico.***" (STJ, REsp 493.307-RS, 5ª Turma, j. 1º.03.2005, DJU 26.09.2005, p. 434, Rel. o Min. FELIX FISCHER).

A 13ª Câmara deste Tribunal de Justiça, por igual, já decidiu, em precedente da lavra do Des. RUI STOCO, amoldável ao caso dos autos:

"***Ademais, a complementação foi concedida há longos anos, mais do que cinco, no que interessa à solução da lide e vinha sendo paga por decisão e determinação da própria Administração do Estado que, cometendo a alto funcionário a tarefa de interpretar a legislação regente, acolheu parecer no sentido da legalidade da complementação. Ora, se o prazo prescricional das ações dirigidas contra o Poder Público é de cinco anos, também o poder de revisão dos próprios atos da Administração Pública deverá ser igual e constitucionalmente isonômico, ou seja, de cinco anos também.***" (Apelação Cível nº 370.203-5/0-00, j. em 04.10.2006).

Desta Câmara: "***PRESCRIÇÃO. DEMANDA QUE VISA À ANULAÇÃO DE ATO ADMINISTRATIVO DE CONCESSÃO DE PENSÃO POR MORTE. – '(…) o STF já decidiu que a regra é a prescritibilidade. Entendemos que, quando a lei não fixa o prazo da prescrição administrativa, esta deve ocorrer em cinco anos, à semelhança da prescrição das ações pessoais contra a Fazenda Pública (Dec. 20.910/32)…' (Hely LOPES MEIRELLES). – RECURSO À ANALOGIA: Se a lei local não possuir norma específica de prescrição administrativa, é de todo razoável recorrer à analogia, para evadir a situação de imprescritibilidade. – CONSIDERAÇÃO, EX HYPOTHESI, DE INCIDÊNCIA DA LEI PAULISTA Nº 10.177, DE 30 DE DEZEMBRO DE 1998: Ainda que, de modo hipotético, se pretendesse incidente, na espécie, a Lei estadual nº 10.177/1998 (cfr. inc. I, art. 10), contornando-se, assim, sua problemática textual adstrição ao exercício da tutela administrativa, já se teria superado, no caso dos autos, o prazo decenal que nela se inscreve***." (TJSP, 11ª Câmara de Direito Público, Apelação Cível 0058585-66.2012.8.26.0053, j. 11.06.2013, Rel. o Des. RICARDO DIP, voto 29.610).

No caso em exame, qualquer o enfoque sob o qual se o examine, operou-se a prescrição, uma vez que o óbito da instituidora (cunhada da ré) ocorreu em 5 de outubro de 1999 (fls. 17), o benefício foi instituído no mesmo mês (fls. 21/23) e o ajuizamento da presente ação anulatória deu-se em 7 de janeiro de 2013.

Acesso ao Sumário

Mesmo – apenas para argumentar – fosse aplicável o prazo prescricional genérico das ações pessoais, previsto na lei civil (como quer a apelante), melhor sorte não se reservaria neste caso ao recurso (CC 2028). Quando da entrada em vigor do atual Código Civil, em 11 de janeiro de 2003, ainda não havia transcorrido metade do prazo de prescrição previsto na lei civil revogada (que era de vinte anos), nem, aliás, metade do prazo decenário de prescrição que o vigente Código Civil prevê para as ações pessoais.

Não se vislumbra, portanto, reparo a lançar à r. sentença, que merece subsistir por um de seus fundamentos.

III. Pelo exposto, negam provimento aos recursos oficial, considerado interposto, e voluntário.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0048584-90.2010.8.26.0053, da Comarca de São Paulo, em que é apelante CONCESSIONÁRIA DO RODOANEL OESTE S/A, é apelada ARTESP – AGÊNCIA REGULADORA DE SERVIÇOS PÚBLICOS DELEGADOS DE TRANSPORTE DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em 4ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Rejeitada a preliminar, negaram provimento, nos termos que constarão do acórdão. V.U. Sustentou oralmente a Dra. Mariana Tavares Antunes.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 25.445)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores FERREIRA RODRIGUES (Presidente sem voto), OSVALDO MAGALHÃES e ANA LIARTE.

São Paulo, 4 de agosto de 2014.

RICARDO FEITOSA, Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: CONTRATO ADMINISTRATIVO – CONCESSÃO PARA EXPLORAÇÃO DO TRECHO OESTE DO RODOANEL MÁRIO COVAS – PRETENSÃO DE CONDENAÇÃO DA FAZENDA DO ESTADO À RECOMPOSIÇÃO DO EQUILÍBRIO ECONÔMICO-FINANCEIRO DO AJUSTE EM VIRTUDE DA QUEDA DA TIR DOS ACIONISTAS DECORRENTE DA CRISE FINANCEIRA DE

SETEMBRO/2008 – INADMISSIBILIDADE – NECESSIDADE DE ADOÇÃO DA TIR DO PROJETO COMO PARÂMETRO PARA A FIXAÇÃO DA EQUAÇÃO ECONÔMICO-FINANCEIRA – AÇÃO IMPROCEDENTE – SENTENÇA CONFIRMADA.

VOTO

Cuida-se de ação ordinária movida por Concessionária do Rodoanel Oeste S.A. contra a Agência Reguladora de Serviços Delegados de Transporte do Estado de São Paulo – ARTESP, objetivando a condenação da ré à recomposição econômico-financeira do Contrato de Concessão nº 01/ARTESP/2008, levando em consideração as projeções financeiras que embutem os custos de financiamento, julgada improcedente pela r. sentença de fls. 1.674/1.679.

A autora apelou, buscando a inversão do resultado, sustentando em suma que estando obrigada, nos termos do contrato de concessão, a contratar financiamento a longo prazo, em virtude da crise financeira mundial de setembro de 2008 se deparou com uma situação muito mais onerosa e condições de crédito muito mais gravosas do que as consideradas nas projeções financeiras constantes da proposta, o que implicou na quebra do equilíbrio econômico-financeiro do contrato, nos exatos termos do item 23.1, inciso III.

Recurso regularmente processado, com resposta contendo preliminar de inépcia da inicial, em razão da deficiência do pedido e da falta de documentos indispensáveis.

É o relatório.

Incumbe, antes de mais nada, examinar a preliminar de inépcia da peça vestibular, suscitada em contrarrazões, que deve ser rejeitada.

Em primeiro lugar, lícito à autora formular pedido genérico de condenação da parte contrária à recomposição econômico-financeira do contrato, levando-se em conta as projeções financeiras que embutem os custos de financiamento, relegando para a fase de execução a apuração do necessário para atingir-se tal objetivo, no caso de procedência da ação.

De outra parte, a falta dos documentos relacionados a fls. 1.717 não impede o julgamento do mérito da causa, de sorte que não há lugar para cogitar-se de ofensa ao art. 283 do estatuto processual civil.

Passando ao exame do apelo, necessário registrar que a autora, após vencer concorrência pública, firmou com a ARTESP em 1º de junho de 2008 o contrato de concessão de fls. 857/887, tendo por objeto a exploração do sistema rodoviário constituído pela malha rodoviária estadual do trecho oeste do Rodoanel Mário Covas.

Posteriormente, em 30 de dezembro de 2009, baseada no estudo de fls.

Acesso ao Sumário

889/1.000, elaborado pela empresa Tendências Consultoria Integrada, dando conta de que em decorrência das alterações na estrutura de capital provocadas pela crise financeira mundial de setembro de 2008 a TIR dos acionistas, apresentada na proposta em 15,28% caiu para 11,92%, a autora apresentou à ARTESP a solicitação de recomposição do equilíbrio contratual de fls. 1.028/1.031.

O pleito foi indeferido (fls. 1.032/1.038), ensejando a interposição do recurso administrativo de fls. 1.040/1.072, ao qual a ARTESP negou provimento (fls. 1.078/1.087), por dois fundamentos: previsibilidade da crise econômica ocorrida no ano de 2008 e impossibilidade da utilização da Taxa Interna de Retorno (TIR) dos acionistas como baliza para o reequilíbrio econômico-financeiro do pacto.

Se a primeira assertiva pode ser contestada, ante a notoriedade dos transtornos provocados pela crise financeira de setembro de 2008 às economias dos países e empresas ao redor do mundo – indício claro de sua imprevisibilidade –, a outra é irrespondível.

No AC-0988-26/04-P, o Tribunal de Contas da União, nos autos de relatório de auditoria realizada no extinto Departamento Nacional de Estradas de Rodagem e na Concessionária Rio-Teresópolis S.A., com o objetivo de verificar a adequação dos valores de tarifas de pedágio na rodovia, bem como acompanhar a execução do contrato de concessão e avaliar seu equilíbrio econômico-financeiro, deixou registrado:

> "8. É preciso atentar, ainda, para o fato de que, observadas as condições iniciais da proposta, as TIR alavancada e desalavancada são absolutamente equivalentes. A única diferença é que uma forma de cálculo inclui no fluxo de caixa as rubricas de investimento e a outra as suprime.
>
> 9. Isso não significa, no entanto, que a escolha de uma ou outra taxa seja indiferente. Na verdade, as condições de financiamento dizem respeito à concessionária e são fatores exógenos à concessão. Se assim não fosse, os contratos teriam de prever o repasse às tarifas dos ganhos financeiros eventualmente auferidos pela concessionária com a obtenção de condições de financiamento mais vantajosas que as informadas na proposta apresentada. De outra parte, a obtenção de financiamento em condições menos favoráveis que a indicada na proposta poderia ser utilizada pela concessionária para pleitear uma majoração de tarifas. No entanto, nenhuma dessas possibilidades está prevista nos contratos existentes. Assim, inexistindo respaldo técnico e contratual para que as condições de financiamento exerçam influência sobre o fluxo de caixa, deve-se preferir a TIR desalavancada."

Acesso ao Sumário

Aludido entendimento tem integral aplicação ao caso concreto, despropositada a alegação de que o contrato de concessão firmado entre as partes tenha considerado a TIR dos acionistas como parâmetro para a fixação da

equação econômico-financeira.

O disposto no item 23.1, inciso III do pacto ("23.1 – As partes terão direito à recomposição do equilíbrio econômico-financeiro do contrato, quando este for afetado, observada a legislação vigente, especialmente nos seguintes casos: III – Ocorrência de eventos excepcionais, causadores de significativas modificações nos mercados financeiro e cambial, que impliquem alterações substanciais, para mais ou para menos, nos pressupostos adotados na elaboração das projeções financeiras, desde que esses eventos não sejam passíveis de serem cobertos por mecanismos efetivamente disponíveis no mercado nacional ou internacional (hedge), a custos razoáveis") não autoriza absolutamente tal conclusão, ainda mais que na lição sempre precisa de Hely Lopes Meirelles, "Na interpretação do contrato administrativo é preciso ter sempre em vista que as normas que o regem são as do Direito Público, suplementadas pelos princípios da teoria geral dos contratos e do Direito Privado, e não o contrário, como, lamentavelmente, ainda se pratica entre nós (art. 54). Não se nega a aplicação das regras de hermenêutica comum à interpretação dos contratos administrativos, mas nessa operação não se pode olvidar que o objeto da contratação é, sempre e sempre, o atendimento do interesse público. Diante dessa realidade, a busca da intenção das partes há de partir da premissa de que a finalidade precípua do ajuste é a satisfação de necessidades coletivas. Daí porque já decidimos que nos contratos administrativos celebrados em prol da coletividade não se pode interpretar suas cláusulas contra essa mesma coletividade, para só se atender aos direitos individuais do particular contratado." (Direito Administrativo Brasileiro, Malheiros Editores, 34ª edição, página 221).

E à luz da posição adotada, sem qualquer utilidade dilação probatória tendente a apurar os efeitos da crise financeira de 2008 sobre as projeções financeiras com financiamento.

Em tais condições, rejeitada a preliminar, nega-se provimento ao recurso.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0045099-48.2011.8.26.0053, da Comarca de São Paulo, em que é apelante EBENEZER LOCADORA DE VEÍCULOS LTDA. (ME), é apelada PREFEITURA MUNICIPAL DE SÃO PAULO.

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 12394)**

Acesso ao Sumário

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores NOGUEIRA DIEFENTHALER (Presidente) e MARCELO BERTHE.

São Paulo, 4 de agosto de 2014.

FRANCISCO BIANCO, Relator

Ementa: RECURSO DE APELAÇÃO – INFRAÇÃO DE TRÂNSITO – VEÍCULO DE PROPRIEDADE DE PESSOA JURÍDICA – NECESSIDADE DE INDICAÇÃO DO CONDUTOR, SOB PENA DE RESPONSABILIDADE PELA INFRAÇÃO – IRRELEVÂNCIA DA PENDÊNCIA DE RECURSO ADMINISTRATIVO, DESPROVIDO DE EFEITO SUSPENSIVO. 1. A pessoa jurídica proprietária de veículo é obrigada a indicar o condutor do veículo que praticou a infração de trânsito. 2. Inteligência do art. 257, §§ 7º e 8º, do CTB. 3. Providência não adotada pela parte autora, que confessou a ausência de indicação, amparada na existência de recurso administrativo. 4. Irrelevância da impugnação da infração original, considerando que o recurso administrativo não é dotado de efeito suspensivo. 5. Existência de obrigação legal de comunicação do condutor, tornando legítima a imposição de penalidade por nova infração. 6. Legalidade na exigência de pagamento de taxa de estadia. 7. Incidência do art. 24, XI, do CTB. 8. Ação anulatória, julgada improcedente. 9. Sentença mantida. 10. Recurso de apelação, desprovido.

VOTO

Trata-se de recurso de apelação interposto contra a r. sentença de fls. 432/438, de relatório adotado, que julgou improcedente ação de rito ordinário, condenando a parte autora ao pagamento das custas, despesas processuais e honorários advocatícios fixados em R$ 1.500,00, com fundamento no art. 20, § 4º, do CPC.

Em razões de apelação, a parte apelante sustentou, em síntese, o seguinte: a) não recebeu o formulário próprio para a indicação do condutor; b) ausência de notificação da infração; c) a multa, aplicada extemporaneamente, com fundamento no art. 257, § 8º, do Código de Trânsito Brasileiro, atingiu valores impagáveis; d) a exigência de pagamento da taxa de estadia e remoção de veículos apreendidos não encontra previsão legal. Postulou, por fim, a

Acesso ao Sumário

procedência da ação.

Recurso de Apelação tempestivo, recebido nos efeitos devolutivo e suspensivo, preparado, com resposta.

É o relatório.

O recurso de apelação não comporta provimento, porque a r. sentença de primeiro grau deu a melhor solução ao caso concreto, ratificando-se os seus fundamentos nesta oportunidade.

Conforme dispõe o art. 252 do atual Regimento Interno deste Egrégio 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*".

No caso vertente, a respeitável sentença impugnada analisou todas as questões controvertidas, bem como, as provas produzidas pelas partes, chegando à irrepreensível e corretamente fundamentada conclusão de improcedência da ação.

Assim, uma vez que nas razões recursais não há nenhum elemento novo, mas, tão somente, a reiteração de questões já enfrentadas em primeiro grau, é forçoso concluir pela aplicabilidade do artigo 252 acima transcrito, para negar provimento ao recurso, ratificando-se os termos da r. decisão ora combatida.

O Colendo Superior Tribunal de Justiça legitima tal posicionamento, conforme se extrai do venerando aresto a seguir transcrito:

> "*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.*" (REsp. 662.272/RS, Rel. o Ministro João Otávio de Noronha, Segunda Turma, julgado em 04/09/2007, DJ 27/09/2007, p. 248).

Trata-se de ação de rito ordinário, objetivando a declaração de nulidade de multas imputadas à pessoa jurídica, locadora de veículos, em razão da ausência de indicação do condutor de infração de trânsito, nos termos do artigo 257, §§ 7º e 8º, do CTB, além de liberação do pagamento da taxa de estadia e remoção.

Pois bem. As referidas penalidades, na hipótese dos autos, são legítimas,

Acesso ao Sumário

tendo em vista a confissão da parte autora, que não informou o condutor do veículo, sob alegação da existência e pendência de recursos administrativos, com relação às infrações originais de trânsito.

Entretanto, de acordo com o disposto no art. 257, §§ 7º e 8º, do CTB, a comunicação é providência obrigatória quando o proprietário de veículo é pessoa jurídica. E, na falta de indicação, é responsável pela infração. Esclareça-se que o recurso administrativo não é dotado de efeito suspensivo, de acordo com o art. 284, § 1º, do mesmo diploma legal.

Nestas condições, tem-se que as atuações são regulares, inclusive, porque não é possível questionar a remessa das respectivas notificações, de acordo com os elementos de convicção produzidos nos autos.

De outro lado, é induvidosa a competência do Município para disciplinar a respeito do transporte urbano no respectivo território (artigo 30, V, da CF) e executar a fiscalização de trânsito (artigo 24, VI, do CTB). E, para tanto poderá legislar, autuar e aplicar as medidas e penalidades administrativas cabíveis.

Assim, a restituição ou liberação de veículos apreendidos, retidos ou removidos, nestas condições, dependerá do pagamento prévio de multas, taxas e despesas com remoção e estadia, além de outros encargos previstos na legislação específica, na forma dos artigos 262, § 2º e 271, § único, do CTB.

Como se vê, não padece de nenhum vício, o ato administrativo impugnado nestes autos.

De qualquer forma, não prosperam os argumentos da parte apelante, em quaisquer dos aspectos suscitados no recurso, pois, a r. sentença impugnada bem decidiu a questão submetida a julgamento, como se vê:

"*A imposição de multa à pessoa jurídica em decorrência da não indicação do condutor é tratada no art. 257, §§ 7º e 8º do CTB, que, regulamentado Resolução CONTRAN nº 151, de 8 de outubro de 2003, assim dispõe: (...)*

Conforme argumentou a própria autora, ela recebeu as multas correspondentes às infrações originárias e interpôs os respectivos recursos.

Ciente da legislação brasileira de trânsito, independente de recorrer das autuações que lhes foram impostas, a empresa autora deveria ter indicado o condutor do veículo em cada infração, o que não ocorreu.

(...) Desta forma, a retenção do veículo como exigência do pagamento das despesas com a apreensão, remoção e estadia é plenamente justificada e decorre do poder de polícia conferido ao Poder Público. Aliás, a Administração Pública tem o direito de ser ressarcida pelos gastos suportados em virtude do depósito do bem apreendido.

(...)

A liberação do veículo apreendido, segundo o artigo 262 parágrafo 2º

Acesso ao Sumário

do CTB, exige o prévio pagamento das multas impostas, taxas, e despesas com remoção e estadia, além de outros encargos previstos na legislação específica." (fls. 432/435).

Finalmente, a jurisprudência deste E. Tribunal de Justiça é no mesmo sentido. Confira-se:

Apelação nº 1008399-85.2013.8.26.0053

Relator o Des. Luis Fernando Camargo de Barros Vidal

Comarca: São Paulo

Órgão julgador: 4ª Câmara de Direito Público

Data do julgamento: 09/06/2014

"*Multas de trânsito – Notificação encaminhada à proprietária, que é pessoa jurídica – Não identificação do condutor – Aplicação da multa multiplicadora prevista no artigo 257, § 8º, do CTB – Desnecessidade de dupla notificação da imposição dessa sanção – Sentença de improcedência mantida – Recurso improvido.*"

Portanto, a improcedência da ação era mesmo de rigor, não comportando nenhuma alteração.

Por estes fundamentos, **NEGA-SE PROVIMENTO** ao recurso de apelação, ratificando, na íntegra, a r. sentença recorrida, por seus próprios e jurídicos fundamentos.

As partes e os seus procuradores ficam cientes de que os incidentes originados do presente recurso poderão receber julgamento pelo sistema virtual (artigo 154, e respectivos, §§, do CPC), sendo que eventual oposição deverá ser formalizada por meio de petição, no prazo estabelecido na Resolução nº 549/11, deste E. Tribunal de Justiça, ou, quando for o caso, no ato de interposição do inconformismo. O silêncio será interpretado como anuência para a adoção do referido procedimento.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0020006-92.2012.8.26.0071, da Comarca de Bauru, em que é apelante ROSANGELA BREVE, é apelada 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 5901)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores

ANTONIO CARLOS MALHEIROS (Presidente sem voto), JOSÉ LUIZ GAVIÃO DE ALMEIDA e MARREY UINT.

São Paulo, 29 de julho de 2014.

CAMARGO PEREIRA, Relator

Ementa: AÇÃO ORDINÁRIA – Pretensão de tratamento de fertilização *in vitro* – Ausência de risco à saúde ou à vida – Improcedência do pedido – Sentença mantida.

Precedentes desta Corte.

Recurso não provido.

VOTO

Vistos.

Cuida-se de ação ordinária ajuizada por Rosangela Breve em face da Fazenda Pública do Estado de São Paulo objetivando tratamento de fertilização *in vitro*. Aduz a autora que é portadora de endometriose de 3º grau, o que a impossibilita de engravidar. Buscou tratamento médico em clínica particular, cuja tentativa restou infrutífera e, por não possuir recursos financeiros para novo tratamento, objetiva a concessão de tutela para determinar que a requerida providencie o tratamento.

A r. sentença de fls. 52/53v º julgou improcedente o pedido . Em razão da sucumbência condenou a autora ao pagamento das custas, despesas processuais e honorários advocatícios fixados em R$ 400,00, observado o disposto no art. 12 da Lei 1.060/50.

Sobreveio recurso de apelação da autora (fls. 55/57) pugnando pela inversão do resultado.

Contrarrazões apresentadas às fls. 60/63.

É o relatório.

Fundamento e voto.

Em que pese às alegações da autora, o tratamento pretendido não tem a finalidade de preservar ou garantir sua vida ou saúde, não podendo se enquadrar no direito à saúde, garantido em nossa Constituição Federal.

Ademais, a questão aqui discutida não é nova e vem sendo decidida contra a pretensão das autoras em casos parelhos.

Neste sentido, é a vasta jurisprudência deste Egrégio Tribunal:

"**Constitucional/Administrativo – Ação de obrigação de fazer – Fornecimento de medicamentos coadjuvantes à reprodução**

Acesso ao Sumário

assistida – Autora hipossuficiente e acometida de infertilidade primária – Improcedência que se sustenta – Ausência de risco à vida ou à subsistência digna da cidadã – Garantia à saúde que não possui a elasticidade pretendida – Precedentes desta Corte – Recurso desprovido." **(Apelação Cível nº 3001635-87.2009.8.26.0506, Rel. Des. Ivan Sartori, julgado em 14/09/2011).**

"**Mandado de Segurança – Pretendido fornecimento de medicamentos para tratamento de infertilidade – Impetrante que não é portadora de nenhuma doença que a coloque em risco ou que obrigue o Estado a lhe fornecer medicamentos para tratar-se – Hipótese não abrangida pelo artigo 196 da Constituição Federal – Segurança concedida – Recursos providos.**" **(Apelação Cível nº 0006318-74.2009.8.26.0360, Rel. Des. Ferreira Rodrigues, julgado em 29/07/2013).**

"**Agravo de Instrumento. Mandado de Segurança. Fornecimento de medicamento para fertilização 'in vitro'. Liminar indeferida. Insurgência. Descabimento. Ausência dos requisitos legais ('fumus boni juris' e 'periculum in mora'). Tratamento que não visa debelar risco à saúde da agravante, mas apenas a atender expectativas pessoais. Necessidade de racionalização no cumprimento do comando constitucional. Decisão mantida. Recurso não provido.**" **(Agravo de Instrumento nº 0584181-28.2010.8.26.000, Rel. Des. José Luiz Germano, julgado em 31/05/2011).**

"**MANDADO DE SEGURANÇA. FERTILIZAÇÃO *IN VITRO*. Dever do Estado. Inocorrência. Inexistência de direito líquido e certo. Sentença denegatória mantida. Recurso não provido.**" **(Apelação Cível nº 994.09.234287-2, Rel. Des. Peiretti de Godoy, julgado em 05/05/2010).**

Como bem salientou o Ilustre Des. Marrey Uint, quando do julgamento do Agravo de Instrumento nº 0226432-58.2012.8.26.000, do qual fiz parte da composição "*Embora plausíveis as razões externadas pela recorrente, o certo é que bem andou o Juízo a quo ao indeferir o pedido de tutela antecipada, posto que ausentes os requisitos autorizadores do seu deferimento. É que a medicação pleiteada pela agravante não se mostra indispensável à sua saúde, ou seja, a ausência de ministração dos aludidos remédios não comprometem sua sobrevivência. A autora não relata ser portadora de qualquer doença grave que ofereça risco à sua saúde. Busca, sim, em decorrência de uma infertilidade por laqueadura, realizar a concepção de um filho, por meio de reprodução assistida. Assim, não é possível, ao menos nesta fase de cognição superficial, compelir o Estado ao fornecimento dos medicamentos pleiteados, posto que não são essenciais à saúde da agravante, de modo que inaplicável à espécie o disposto nos arts. 5º, caput e 196 da CF.*"

Nestes termos, adotando a fundamentação acima, nego provimento ao

Acesso ao Sumário

presente recurso.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0078226-17.2009.8.26.0224, da Comarca de Guarulhos, em que é apelante PREFEITURA MUNICIPAL DE GUARULHOS, é apelado NELSON JOÃO FRANCISCO.

ACORDAM, em 14ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto 4073)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores OCTAVIO MACHADO DE BARROS (Presidente), HENRIQUE HARRIS JÚNIOR e MÔNICA SERRANO.

São Paulo, 24 de abril de 2014.

OCTAVIO MACHADO DE BARROS, Presidente e Relator

Ementa: APELAÇÃO – AÇÃO ANULATÓRIA DE DÉBITO FISCAL – IPTU – Exercícios 2002/2009 – Lei Municipal nº 5.753/2001 – Ausência de publicação da "Planta Genérica de Valores" – Falta de publicação da norma – Requisito formal à vigência e sem o qual a lei não produz seus efeitos – Nulidade do lançamento – Recurso desprovido.

VOTO

Cuida-se[1] de apelação interposta contra a sentença de fls. 157/161, cujo relatório se adota, que julgou procedente a ação anulatória de débito fiscal, por falta de publicação da Planta Genérica de Valores vinculada à Lei Municipal nº 5.753/2001, na imprensa oficial, com vistas à declaração de inexigibilidade do IPTU referente aos exercícios de 2002 a 2009, carreando ao município as custas e honorários advocatícios fixados em 10% sobre o valor da causa.

Alega o município, em síntese, inexistir ofensa aos princípios da publicidade e legalidade relativamente à Lei nº 5.753/2001, além do fato de ter que se retroagir à lei anterior, pois não faz sentido isentar o contribuinte do pagamento de IPTU no Município de Guarulhos, após o advento da referida norma.

Recurso recebido e processado em ambos os efeitos, com resposta em que

Acesso ao Sumário

1 – *Valor da causa R$ 18.342,55 – para novembro de 2009*

o apelado propugna pela confirmação do decisório.

Relatado.

O recurso não merece provimento.

Com efeito. A planta Genérica de Valores, nos moldes do artigo 1º, da Lei Municipal nº 5.753/01, trata dos parâmetros que influenciam diretamente na base de cálculo do IPTU do Município de Guarulhos, contudo, resta incontroverso que a sua publicação não ocorreu em conjunto com a lei reguladora da matéria, afrontando, assim, o artigo 97, do Código Tributário Nacional, em que apenas a Lei formalmente em ordem pode fixar elementos e critérios para a majoração do tributo.

Importante asseverar que simples fixação da planta de valores, em quadros de aviso da Prefeitura, não pode suprir a obrigatoriedade da publicação e tornar-se obrigatória, ao arrepio do artigo 1º, da Lei de Introdução ao Código Civil.

Ademais, o artigo 37, da Constituição Federal estabelece que a administração pública deve obedecer o princípio da publicidade para que o contribuinte tenha ciência, inequívoca, dos valores que lhe estão sendo exigidos.

Sobre o tema, assim já decidiu o Superior Tribunal de Justiça:

TRIBUTÁRIO. IMPOSTO PREDIAL E TERRITORIAL URBANO (IPTU). PLANTA DE VALORES. NECESSIDADE DE PUBLICAÇÃO. AS PLANTAS DE VALORES, NECESSÁRIAS À DETERMINAÇÃO DA BASE DE CÁLCULO DO IPTU, PRECISAM SER PUBLICADAS, PARA QUE TENHAM EFICÁCIA ERGA OMNES. SEM PUBLICAÇÃO, A LEI NÃO SE TORNA IMPONÍVEL. PRECEDENTES DO COLENDO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. RECURSO PROVIDO, POR UNANIMIDADE. (Recurso Especial 20106/SP, Rel. Min. Demócrito Reinaldo, j. 17/05/1992).

No mesmo sentido o entendimento desta 14ª. Câmara de Direito Público:

Apelação. Ação anulatória de lançamentos fiscais com pedido cumulado de repetição de indébito. Imposto predial e territorial urbano. Exercícios de 2007 a 2010. Sentença omissa a respeito do pedido de repetição de indébito. Possibilidade de exame da matéria desde logo. Inteligência do artigo 515, § 1º, do Código de Processo Civil. Precedente da corte. Falta de publicação, na imprensa local, da planta genérica de valores. Lei Municipal 5.753/01. Violação dos princípios da legalidade e da publicidade. Nulidade dos lançamentos do tributo. Obrigação de devolver os valores indevidamente pagos configurada. Aplicação do que reza o artigo 165, 'caput', do Código Tributário Nacional. Atualização monetária. Incidência desde o desembolso. Juros moratórios aplicáveis a partir do trânsito em julgado da decisão que os concede. Emprego dos índices oficiais de remuneração básica e de juros aplicados à caderneta

Acesso ao Sumário

de poupança. Inteligência do artigo 1º-F da Lei 9.494/97, com a redação dada pela Lei 11.960/09. Pretensão de reduzir honorários advocatícios. Admissibilidade. Inteligência do artigo 20, § 4º, do Código de Processo Civil. Recurso parcialmente provido. (A.I. 0084719-39.2011, Rel. Geraldo Xavier, j. 13.12.2012).

Efetivamente, a publicação parcial da Lei Municipal arranha os limites objetivos da obrigação tributária e atenta contra princípios constitucionais, como os da legalidade, da segurança jurídica, da publicidade e da certeza do direito.

Mas nem por isso o autor fica desobrigado da tributação devida pela Lei Municipal nº 2.210/77, em sua redação original.

Daí porque, **nega-se provimento ao recurso**.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0010637-12.2012.8.26.0318, da Comarca de Leme, em que é apelante ANTÔNIO RIBEIRO DE ARAÚJO SERRALHEIRO – ME, são apelados SECRETÁRIO MUNICIPAL DE FINANÇAS DO MUNICÍPIO DE LEME (E OUTROS(AS)), COORDENADOR DE FISCALIZAÇÃO DE TRIBUTOS e FISCAL DE RENDAS DO MUNICÍPIO DE LEME.

ACORDAM, em 14ª 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 2384/2014)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores OCTAVIO MACHADO DE BARROS (Presidente sem voto), MÔNICA SERRANO e GERALDO XAVIER.

São Paulo, 31 de julho de 2014.

HENRIQUE HARRIS JÚNIOR, Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: MANDADO DE SEGURANÇA – ISSQN – Calçamento de Notas – Omissão de receitas e dívida tributária municipal – Exclusão do Simples Nacional – Pretensão de sua reinclusão no regime tributário diferenciado – Sentença que denega a segurança – Recurso pela empresa – Ausente direito líquido e certo apto a amparar a pretensão – Inteligência dos artigos 17, V; 29; 33 e 85 da Lei Complementar nº 123, de

14/12/2006 – Decisão mantida – Recurso não provido.

VOTO

Trata-se de Apelação interposta em face da sentença de fls. 496/501 que, em sede de Mandado de Segurança, revogou a liminar antes concedida e julgou improcedente o pedido para denegar a segurança, extinguindo o feito com base nos artigos 269, inciso I e 461 do Código de Processo Civil, c.c. artigos 5º, incisos LIV e LV, 156, inciso III, da Constituição Federal; artigo 3º da Lei Complementar 116/2003 e artigos 29 e 33 da Lei Complementar 123/2006.

Inconformada, apela a empresa impetrante, pleiteando a reforma do julgado para fins de cancelamento de sua exclusão do Simples Nacional, sustentando, em síntese: (a) que a sentença recorrida encontra-se em desacordo com a Lei Complementar nº 116/03 e com o posicionamento deste Tribunal e dos Tribunais Superiores; (b) que a atividade por ela exercida se enquadra no item 3.05 da lista de serviços anexa à LC 116/03; (c) não ter unidade econômica ou profissional em Leme; (d) que o critério espacial da regra matriz de incidência tributária do ISSQN está gravado nos artigos 3º e 4º da LC 116/03; (e) que a responsabilidade pelo recolhimento do imposto é do tomador do serviço, de modo a lhe excluir da relação jurídico tributária em questão. Por fim, sustenta: (f) que o Município de Leme não tem competência para efetuar a fiscalização do ISSQN da atividade de instalação dos andaimes, palcos etc., e, consequentemente, de aplicar multas em decorrência desses fatos jurídicos tributários.

O recurso foi recebido no duplo efeito (fl. 529).

Foram apresentadas contrarrazões (fls. 531/551).

É o relatório.

Inicialmente, observa-se que a intervenção da D. Procuradoria de Justiça, *in casu*, torna-se desnecessária, posto que ausente interesse indisponível. Aliás, o Ministério Público, em primeiro grau de jurisdição, declinou de se manifestar nos autos do Mandado de Segurança (cf. fls. 492/494), como vem sistematicamente se manifestando em casos análogos.

Feita tal consideração preliminar, passa-se à análise do mérito recursal.

Urge delimitar o objeto da presente apreciação, que se restringe à manutenção ou não do cancelamento da exclusão da empresa apelante do Simples Nacional.

Ora, conforme se extrai dos autos, o fiscal de rendas municipal constatou, mediante levantamento das notas fiscais emitidas pela empresa recorrente, a existência de irregularidades consistentes em omissão de receitas para o fim de se reduzir o pagamento de ISSQN, apurável na forma do Simples Nacional, fato que a própria impetrante admitiu ter praticado por algumas vezes. (fl. 08).

Acesso ao Sumário

Veja:

"*[...] Não se materializou a prática reiterada, pois a Impetrante praticou o 'calçamento' de cinco notas fiscais, e nunca mais voltou a praticar tal delito. Ou seja, praticou um ato ilícito tributário pelo período de quatro meses e nunca mais praticou tal conduta. [...]*" (fls. 08).

Em decorrência disso, instaurou-se o competente processo administrativo fiscal, cuja análise encontra-se minuciosamente descrita nas informações de fls. 35/43, culminando com a sua autuação (AIIM nº 885 série C). Houve a apresentação de recurso administrativo, que fora julgado improcedente (fls. 443/448), ocasionando a exclusão da impetrante do Simples Nacional, com efeitos a partir de 1º/07/2011.

Note-se que a impugnação a tal ato também fora julgada improcedente (fl. 471). Contudo, não obtido o êxito almejado no âmbito administrativo, foi impetrado o presente *mandamus* para afastar o ato de exclusão.

A sentença de fls. 496/501 julgou improcedente o pedido, para denegar a segurança, extinguindo o feito com base nos artigos 269, inciso I e 461 do Código de Processo Civil, c.c. artigos 5º, incisos LIV e LV, 156, inciso III, da Constituição Federal, 3º da Lei Complementar 116/2003, 29 e 33 da Lei Complementar 123/2006, motivo da presente insurgência recursal.

E, nesse contexto, não merece provimento o recurso.

É que a concessão da segurança fica adstrita às hipóteses em que se possa afirmar, de forma inequívoca, que o ato contra o qual se insurge a impetrante tenha sido perpetrado com ilegalidade ou inconstitucionalidade, não sendo esse o caso dos autos.

Isto porque, a constatação levantada pelo Fisco reporta-se à conduta adotada pela empresa recorrente, comumente conhecida como "calçamento de notas fiscais", considerado crime de sonegação fiscal, definido pela Lei nº 4.729, de 14/07/1965.

Vale ressaltar, que tal comportamento consiste em alterar o valor constante da nota que fica na empresa vendedora, com o objetivo de reduzir a incidência de impostos e, assim, fraudar a Fazenda Pública.

Acesso ao Sumário

Confira-se o que diz o seu artigo 1º:

"*Art 1º Constitui crime de sonegação fiscal:*

I – prestar declaração falsa ou omitir, total ou parcialmente, informação que deva ser produzida a agentes das pessoas jurídicas de direito público interno, com a intenção de eximir-se, total ou parcialmente, do pagamento de tributos, taxas e quaisquer adicionais devidos por lei;

II – inserir elementos inexatos ou omitir, rendimentos ou operações de qualquer natureza em documentos ou livros exigidos pelas leis fiscais, com a intenção de exonerar-se do pagamento de tributos devidos à

Fazenda Pública;

III – alterar faturas e quaisquer documentos relativos a operações mercantis com o propósito de fraudar a Fazenda Pública; [...]".

Ainda nesse aspecto, observe-se, que as condutas praticadas pela impetrante, em tese, encontram-se tipificadas na Lei Federal nº 8.137, de 27/12/1990, em especial nos artigos 1º e 2º, *in verbis:*

"*Art. 1º Constitui crime contra a ordem tributária suprimir ou reduzir tributo, ou contribuição social e qualquer acessório, mediante as seguintes condutas:*

I – omitir informação, ou prestar declaração falsa às autoridades fazendárias;

II – fraudar a fiscalização tributária, inserindo elementos inexatos, ou omitindo operação de qualquer natureza, em documento ou livro exigido pela lei fiscal;

III – falsificar ou alterar nota fiscal, fatura, duplicata, nota de venda, ou qualquer outro documento relativo à operação tributável;[...]

Art. 2° Constitui crime da mesma natureza:

I – fazer declaração falsa ou omitir declaração sobre rendas, bens ou fatos, ou empregar outra fraude, para eximir-se, total ou parcialmente, de pagamento de tributo;

II – deixar de recolher, no prazo legal, valor de tributo ou de contribuição social, descontado ou cobrado, na qualidade de sujeito passivo de obrigação e que deveria recolher aos cofres públicos; [...]".

Não obstante, pretende a apelante, através do presente *writ*, que seja assegurado seu direito líquido e certo de permanecer no Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições, anulando-se a decisão da autoridade que indeferiu seu enquadramento em tal regime.

Ora, como se observa, tal pretensão não merece guarida, já que esbarra no disposto nos artigos 17, 29 e 85 da Lei Complementar nº 123, de 14/12/2006:

"Art. 17 – Não poderão recolher os impostos e contribuições na forma do Simples Nacional a microempresa ou a empresa de pequeno porte:

V – que possua débito com o Instituto Nacional do Seguro Social – INSS, ou com as Fazendas Públicas, Federal, Estadual ou Municipal, cuja exigibilidade não esteja suspensa;

Art. 29 – A exclusão de ofício das empresas optantes pelo Simples Nacional dar-se-á quando:

V – tiver sido constatada prática reiterada de infração ao disposto nesta Lei Complementar."

Art. 85 – Considera-se também ocorrida infração quando constatada:

I – omissão de receitas;

II – diferença de base de cálculo;

Acesso ao Sumário

III – insuficiência de recolhimento dos tributos do Simples Nacional".

Anote-se que a exclusão da impetrante do Simples Nacional se deu em razão de conduta dolosa quanto ao calçamento de notas fiscais, considerando-se, ainda, a sua inadimplência quanto ao recolhimento do ISSQN em relação ao Município de Leme.

Nesse contexto, de todo correta a sentença recorrida que denegou a segurança, valendo a sua parcial transcrição:

> "*[...] existem mesmo sérios indícios de que a impetrante tenha omitido receitas naquelas notas fiscais objeto da fiscalização, para reduzir o pagamento do ISSQN, apurável na forma do SIMPLES NACIONAL, pois os valores das segundas vias das notas são sempre muito abaixo daquelas emitidas para os tomadores (fls. 261/270), ou seja, que correspondem à efetiva quantia paga por estes últimos pelos tomadores e que deveria servir de base de cálculo para o ISSQN. Veja-se que a própria impetrante admite ter praticado os ilícitos tributários por cinco vezes naquele período (fls. 08). Daí porque poderia mesmo ocorrer a exclusão da impetrante do SIMPLES NACIONAL por atuação do Município interessado, nos termos dos artigos 29, caput, incisos V, XI e XII, § 9º, e 33, caput, da Lei Complementar 123/2006. E foi garantido à impetrante o devido processo legal e a ampla defesa antes de consumada a comunicação da exclusão em 29/10/2012, retroativa a 1º de julho de 2011 (fl. 12), conforme se percebe às fls. 193/226, 432/456 e 467/471. Portanto, inexiste qualquer vulneração aos incisos LIV e LV do artigo 5º da Constituição da República na atuação da autoridade coatora, sendo de rigor a improcedência da impetração [...]*" (fls. 496/501).

Houve, portanto, o descumprimento da Lei Complementar nº 123/2006, não se vislumbrando a ilegalidade dos motivos fáticos e jurídicos que embasaram o ato administrativo de exclusão da impetrante do aludido regime tributário.

Desse modo, forçoso observar que a empresa impetrante não logrou demonstrar o direito líquido e certo que supostamente fora ofendido pela digna Autoridade apontada como coatora.

Com efeito, na lição de Hely Lopes Meirelles,

> "*Direito líquido e certo é o que se apresenta manifesto na sua existência, delimitado na sua extensão e apto a ser exercitado no momento da impetração. Por outras palavras, o direito invocado, para ser amparável por mandado de segurança, há de vir expresso em norma legal e trazer em si todos os requisitos e condições de sua aplicação ao impetrante: se a sua existência for duvidosa; se a sua extensão ainda não estiver delimitada; se o seu exercício depender de situações e fatos ainda indeterminados, não rende ensejo à segurança, embora possa ser defendido por outros meios judiciais. Quando a lei alude a direito líquido e certo, está exigindo que esse direito se apresente com todos os requisitos*

para o seu reconhecimento e exercício no momento da impetração. Em última análise, direito líquido e certo é direito comprovado de plano. Se depender de comprovação posterior não é líquido nem certo, para fins de segurança" (Mandado de Segurança, Ação Popular, etc. Ed. RT, 13ª edição, pág. 13/14).

Portanto de todo correta a exclusão em seu desfavor.

Neste sentido, confiram-se os seguintes julgados proferidos em casos análogos:

"*MANDADO DE SEGURANÇA. Município de Araçatuba. Empresa de pequeno porte excluída do regime* '*Simples Nacional*'*. Admissibilidade. A inadimplência com tributos municipais é irregularidade passível de exclusão do regime. Sentença mantida. Recurso improvido.*" (Apelação nº 296603-45.2009.8.26.0000, Comarca: Araçatuba, 15ª Câmara de Direito Público, Rel. Des. Rezende Silveira, j. 29/08/2013).

"*Tributário e processual. Mandado de segurança. ISS. Pretensão da empresa de inclusão no Simples Nacional e à expedição de certidão positiva com efeito de negativa. Ausência de direito líquido e certo. Recurso não provido.*" (Apelação nº 0017409-48.2010.8.26.0451, Comarca: Piracicaba, 18ª Câmara de Direito Público, Rel. Des. Mourão Neto, j. 31/01/2013).

"*Mandado de Segurança. Empresa que pretende sua manutenção no regime do Simples Nacional. Ausentes provas quanto ao seu efetivo enquadramento no regime. Recebimento de Termo de Exclusão que não é suficiente para tanto. Direito líquido e certo não demonstrado. Recurso desprovido.*" (Apelação nº 0007873-13.2010.8.26.0451, Comarca: Piracicaba, 13ª Câmara de Direito Público, Rel. Des. Luciana Bresciani, j. 28/11/2012).

E, no tocante à competência para a respectiva exclusão, não se olvide do que dispõem a Resolução CGSN nº 15/2007 e o art. 33 da LC nº 123/06:

"*Art. 4º – A competência para excluir de ofício ME ou EPP do Simples Nacional é da RFB e das Secretarias de Fazenda ou de Finanças do Estado ou do Distrito Federal, segundo a localização do estabelecimento, e, tratando-se de prestação de serviços incluídos na competência tributária municipal, a competência será também do respectivo Município.*

§ 7º – Ainda que a ME ou a EPP exerça exclusivamente atividade não incluída na competência tributária municipal, se possuir débitos tributários junto à Fazenda Pública Municipal, o Município poderá proceder à sua exclusão do Simples Nacional, observado o disposto no inciso V e no § 5º do art. 6º."

Art. 33 – A competência para fiscalizar o cumprimento das obrigações principais e acessórias relativas ao Simples Nacional e para verificar a ocorrência das hipóteses previstas no art. 29 desta Lei Complementar é da Secretaria da Receita Federal e das Secretarias de Fazenda ou de Finanças

Acesso ao Sumário

do Estado ou do Distrito Federal, segundo a localização do estabelecimento, e, tratando-se de prestação de serviços incluídos na competência tributária municipal, a competência será também do respectivo Município.

§ 1º – As Secretarias de Fazenda ou Finanças dos Estados poderão celebrar convênio com os Municípios de sua jurisdição para atribuir a estes a fiscalização a que se refere o ***caput*** *deste artigo.*

Sendo assim, considerando que eventuais questões atinentes à validade ou não dos lançamentos de ISSQN estão *sub judice*, conforme noticiado pela apelante (fl. 512), deve a decisão administrativa prevalecer até que, eventualmente, se demonstre estar ela desprovida de legitimidade.

Sobre o tema, preleciona HELY LOPES MEIRELLES que: "*A presunção de legalidade autoriza a imediata execução ou operatividade dos atos administrativos, mesmo que arguidos de vícios ou defeitos que os levem à invalidade. Enquanto, porém, não sobrevier pronunciamento de nulidade os atos administrativos são tidos por válidos e operantes, quer para a Administração, quer para os particulares sujeitos ou beneficiários de seus efeitos. Admite-se, todavia, a sustação dos efeitos dos atos administrativos através de recursos internos ou de ordem judicial, em que se conceda a suspensão liminar, até o pronunciamento final de validade ou invalidade do ato impugnado*". (Direito Administrativo Brasileiro. 36ª ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 162).

Portanto, de rigor a manutenção da r. sentença de Primeiro Grau, que houve por bem manter a exclusão da impetrante do SIMPLES NACIONAL, inclusive por seus próprios e jurídicos fundamentos nos termos do art. 252 do Regimento Interno do Tribunal de Justiça de São Paulo, restando prejudicada a análise das demais questões levantadas pelos litigantes.

Por fim, para fins de acesso aos Tribunais Superiores, consideram-se prequestionados todos os dispositivos legais e constitucionais mencionados pelos litigantes.

Isto posto, nego provimento ao recurso.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0004693-72.2000.8.26.0278, da Comarca de Itaquaquecetuba, em que são apelantes THOMAZ EDSON GILLI (JUSTIÇA GRATUITA) e SUELEN SANCHES GUIMARÃES GILLI, são apelados PREFEITURA MUNICIPAL DE ITAQUAQUECETUBA e HMCS SERVIÇOS MÉDICOS LTDA..

ACORDAM, em 7ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Rejeitada a preliminar, deram provimento

parcial, nos termos que constarão do acórdão. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 25.463)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores MAGALHÃES COELHO (Presidente) e COIMBRA SCHMIDT.

São Paulo, 4 de agosto de 2014.

MOACIR PERES, Relator

Ementa: RESPONSABILIDADE CIVIL – DANOS MORAIS – ERRO MÉDICO – CRIANÇA DIAGNOSTICADA COM TORCICOLO – MORTE DO FILHO – Criança diagnosticada com simples torcicolo e três dias depois foi internada, em estado grave, com diagnóstico de Leucemia e Pneumonia estafilocócica – Inversão do ônus da prova – Rés que não se desincumbiram do ônus de demonstrar que todos os procedimentos a que se submeteu o paciente eram adequados à sua situação clínica, e tiveram a execução correta – Resultado fora do razoavelmente esperado para o serviço – Indenização pelos danos morais devida. Preliminar afastada. Recurso parcialmente provido.

VOTO

Thomaz Edson Gilli e outra, inconformados com r. sentença que julgou improcedente a ação (fls. 314/318), interpuseram recurso de apelação.

Alegam, preliminarmente, a revelia da Prefeitura Municipal de Itaquaquecetuba. Dizem que a contestação foi ofertada extemporaneamente. Afirmam que a não apresentação do laudo médico configura a resistência da segunda recorrida, devendo ser admitidos como verdadeiros os fatos. Argumentam que, pelo conteúdo do relatório médico de fls. 22, é nítido o erro de diagnóstico. Asserem que restou demonstrado que o tratamento médico dispensado ao paciente foi inadequado. Aduzem que, por vários dias, os médicos da recorrida tiveram oportunidade de examinar a criança, dando diagnóstico incompatível com a doença, por imperícia, negligência ou imprudência. Sustentam que está comprovado o comportamento culposo dos médicos que atenderam o filho dos autores. Alegam que o laudo pericial do IMESC não foi conclusivo. Daí, pedirem a reforma da r. sentença (fls. 328/333).

Com as contrarrazões (fls. 338/341), subiram os autos.

É o relatório.

Acesso ao Sumário

Objetivam os autores, por meio da presente ação, sejam o Hospital e Maternidade 'Campos Salles Ltda.' e a Prefeitura Municipal de Itaquaquecetuba condenados a "indenizar aos autores por dano moral em valor correspondente a 2000 salários mínimos vigentes por ocasião do pagamento, custas e honorários advocatícios à base de 20% sobre o valor da condenação, atualizados monetariamente e acrescidos de juros moratórios a partir da citação e compensatórios a partir da data dos fatos e demais cominações legais" (fls. 12).

Não obstante a discussão jurisprudencial sobre os efeitos da revelia em relação à Fazenda Pública, é certo que a presunção legal de veracidade é relativa, podendo o juiz, apreciando as provas dos autos, julgar a causa de acordo com seu livre convencimento.

Esclarece Leonardo José Carneiro da Cunha, a respeito da aplicação do efeito material da revelia quando o revel for a Fazenda Pública: "Havendo revelia, são presumidos como verdadeiros os fatos alegados pelo autor em sua petição inicial. Esse, como visto, é o efeito material da revelia, previsto no art. 319 do CPC. O direito da Fazenda Pública é indisponível, devendo o magistrado, mesmo na hipótese de revelia, determinar a instrução do feito para que a parte autora possa se desincumbir do seu *onus probandi*. Aliás, assim dispõe o artigo 320, II do CPC: 'Art. 320. A revelia não induz, contudo, o efeito mencionado no artigo antecedente: (...) II – se o litígio versar sobre direitos indisponíveis.' À evidência, a revelia, sendo ré a Fazenda Pública, não produz seu efeito material, de maneira que não haverá presunção de veracidade quanto aos fatos alegados pelo autor na petição inicial. Como se sabe, ressuma como decorrência do princípio da prevalência do interesse coletivo frente ao individual e da indisponibilidade do interesse público a presunção de veracidade e legitimidade dos atos oriundos das autoridades administrativas. De fato, é pacífico o entendimento de que os atos administrativos gozam da presunção de legitimidade, de forma que não há de presumir legítima a pretensão do autor, na hipótese de ser revel a Fazenda Pública. Vale dizer que os atos administrativos gozam da presunção de legitimidade, de maneira que cabe ao autor, numa demanda proposta em face da Fazenda Pública, demonstrar, e comprovar, as alegações contidas em sua petição inicial. Não o fazendo, mediante a produção de qualquer prova, só restará a consequência da improcedência. Em outras palavras, cabe ao autor, numa demanda proposta em face da Fazenda Pública, elidir a presunção de legitimidade dos atos administrativos, comprovando as alegações feitas na petição inicial. Segundo esclarece Chaïm Perelman, presunções como essas se justificam essencialmente por preocupações de segurança jurídica. No caso da presunção de legitimidade dos atos administrativos, o objetivo não é, propriamente, a garantia da segurança jurídica, mas a facilitação do exercício da função pública. (...) O que importa deixar assente é que, sendo ré a Fazenda Pública, não se opera, quanto aos fatos alegados pelo autor, a presunção de

Acesso ao Sumário

veracidade decorrente da revelia. Sabe-se que a presunção de veracidade gerada pela revelia é relativa, e não absoluta, admitindo prova em contrário. Uma simples presunção relativa não poderia ter o condão de afastar a presunção de legitimidade dos atos administrativos. Daí a necessidade de haver prova a ser produzida pelo autor, mesmo que a Fazenda Pública ostente a condição de revel." (A Fazenda Pública em Juízo. 8ª ed. São Paulo: Dialética, 2010, p. 96/99, destaque no original).

Ademais, no caso dos autos, a decisão que deixou de aplicar os efeitos da revelia, nos termos do artigo 320, inciso I, do Código de Processo Civil, assim como a que indeferiu o pedido de desentranhamento da contestação, restaram irrecorridas (fls. 87).

Afasta-se, pois, a preliminar arguida.

No mérito, assiste parcial razão aos recorrentes.

Segundo consta dos autos, no dia 18.10.1999, o filho dos demandantes, de 4 anos de idade, acordou com forte dor no pescoço e foi levado ao Hospital Municipal de Itaquaquecetuba, sendo diagnosticado com simples torcicolo. No dia seguinte, 19.10.1999, sem que houvesse melhora no quadro, foi levado ao Hospital Campos Salles, passando por outro médico, que forneceu o mesmo diagnóstico de torcicolo. No outro dia, 20.10.1999, a criança retornou ao Hospital Campos Salles, sendo tirada radiografia da coluna e, nada se constatando, foi encaminhada ao ortopedista. Foi feita a radiografia do crânio, nada constando de anomalia.

Como a criança não se alimentava e chorava muito, no dia 21.10.1999, os autores retornaram ao Hospital Municipal dando entrada no setor de emergência e, ante o estado grave, foi encaminhado ao Hospital Municipal de Ferraz de Vasconcelos.

Neste hospital, o médico constatou tratar-se de glândula inflamada e mandou-a de volta ao Hospital Municipal de Itaquaquecetuba. A criança foi internada e passou a noite em observação. Na manhã seguinte, foram feitos dois exames de sangue, sendo constatado quadro de pneumonia e suspeita de leucemia. Foi providenciada transferência para o Hospital Santa Marcelina, já em mau estado geral, vindo a óbito em 25.10.1999.

Consta da certidão de óbito, como causa da morte, disfunção de *multiplus* órgãos e sistemas, síndrome do desconforto respiratório agudo e insuficiência respiratória aguda (fls. 23).

De início, cumpre esclarecer que a responsabilidade do Poder Público em regra é objetiva, conforme dispõe o art. 37, § 6º, da Constituição Federal. Porém, parte da doutrina entende que, no caso de erro médico, há a necessidade de comprovar a culpa do profissional envolvido ou a culpa do serviço.

Assim, incumbe à vítima comprovar que houve imprudência, negligência

Acesso ao Sumário

ou imperícia na conduta do profissional médico e, se esta conduta resultou no dano experimentado, por consequência haverá a responsabilização objetiva do hospital.

No que tange ao ônus da prova, "a doutrina reconhece que em casos como o presente **O adequado é que as partes ajam com lealdade processual e que os médicos colaborem para a formação da cognição judicial, juntando aos autos todos os exames, prontuários e eventuais vídeos atinentes ao caso**. Mas, por vezes, há réus que sonegam dados e elaboram manifestações que estimulam laudos periciais não conclusivos. Nessas hipóteses, a inversão do ônus da prova detém essa tendência nociva e força o demandado a se concentrar na demonstração de sua conduta regular na prestação do serviço. (ÊNIO SANTARELLI ZULIANI e ANDRÉA DE ALMEIDA BRUNHARI, Revista do Advogado, AASP, ano XXXI, dezembro de 2011, nº 114, p. 71) (realces não originais)" (Ap. Cível nº 0016889-08.2005.8.26.0114, Rel. Des. Milton Carvalho, j. 27.2.2014).

Conforme assentou o douto Desembargador Reinaldo Miluzzi, na Apelação Cível nº 0025180-83.2005.8.26.0053, "como é notório, à vítima de erro médico é difícil a comprovação da incúria do profissional que a atendeu, cabendo a este a responsabilidade de comprovar que, não obstante a ocorrência do fato danoso, cumpriu seu dever profissional sem qualquer mácula. Cabe, assim, no caso em apreço, a aplicação da teoria da carga dinâmica das provas, que, conforme preleciona Antonio Jeová Santos em sua festejada obra 'Dano Moral Indenizável', Editora Revista dos Tribunais, 4ª ed., página 529, 'surge exatamente como precioso ferramental jurídico para aliviar o peso que a parte carrega para enfrentar a prova diabólica. Essa doutrina visa a flexibilizar a regra geral insculpida no art. 333 do CPC. Diz respeito ao ônus da prova, ao *onus probandi*. Na responsabilidade civil engendrada por algum ilícito cometido por algum profissional da Medicina, por exemplo, a prova que deveria recair sobre o usuário encontra-se em poder do médico, do hospital e de outros membros que compõem a equipe de Medicina. Estes é que tudo devem fazer para não sonegar a prova que o autor alega mas que é difícil, senão impossível, efetuar a prova direta'. Esta teoria conforme observado pelo ilustre doutrinador (obra citada, pág. 284 e 285) foi acolhida pelo Superior Tribunal de Justiça em acórdão relatado pelo Min. Ruy Rosado de Aguiar, publicado na RSTJ 87/292, no qual ficou anotado: 'É sempre difícil apurar-se, no pretório, responsabilidade médico-hospitalar; a prova fica na dependência dos relatórios de enfermagem e das anotações e prescrições médicas, bem como nos laudos dos peritos médicos que podem estar inconscientemente dominados pelo *sprit de corps*. Resta pouca margem de prova aos testemunhos leigos, de regra, incompetentes ou impressionados. Acresce que a medicina não é ciência exata, e a arte de curar requer muitas vezes, dom divino'. E acrescenta o autor da obra: 'Pondere-se, por

Acesso ao Sumário

abundância, que a Medicina socializada pelos hospitais, a este cabe demonstrar, no caso de insucesso, que tomaram todas as providências adequadas, não podendo eximir-se com alegações de que seus arquivos não constam estes ou aqueles dados, quando próprios e plausíveis nas circunstâncias de cada caso. A prova da regularidade do comportamento está em mãos do hospital, que deve sempre cuidar de ser preciso nos relatórios, fichas e observações, controle, tratamento, remédios ministrados e tudo o mais que possa ilustrar cada aspecto. Seria absurdo que o paciente houvesse de ter o ônus da prova de que as falhas do hospital foram mesmo falhas e não presunção de inexistência de culpa".

No caso, verifica-se que a perícia, realizada pelo IMESC, de forma indireta, esclareceu que "o prontuário do Hospital Municipal de Itaquaquecetuba não foi enviado, impossibilitando sua análise" (fls. 274). O Hospital também não apresentou nos autos o registro da evolução do tratamento dispensado à criança, com a descrição do quadro apresentado, o que inviabilizou a análise da situação do menor.

Assim, cabia às rés demonstrar em juízo que todos os procedimentos a que se submeteu o paciente foram adequados à sua situação clínica, e tiveram a execução correta.

Não é crível supor que, com um intervalo de apenas três dias, o quadro do paciente mudaria tanto a ponto de justificar atendimentos tão diferentes. No primeiro e segundo atendimentos, a criança foi diagnosticada com simples torcicolo, e três dias depois foi internada, em estado grave, com diagnóstico de leucemia e pneumonia estafilocócica. Deu entrada no hospital, "em mau estado geral, cianótica, desidratada, taquidispneico, descorado, com perfusão periférica lentificada, gânglios axilares, inguinais e cervical esquerdo e tumor com 10 cm de diâmetro em região cervical direita" (fls. 274), vindo a óbito seis dias depois.

À evidência, ainda que não se possa afirmar se o erro no diagnóstico deveu-se à negligência ou à imperícia dos médicos ao analisar a criança, o certo é que não foi atestado o real quadro em que se encontrava o menor, o que mostra o equívoco dos primeiros diagnósticos. Chega-se à conclusão de que o atendimento na rede pública foi insatisfatório.

Portanto, está configurado o dever as demandadas de indenizar os danos morais sofridos pelos autores, que são presumidos em razão da gravidade do fato da morte de um filho.

Ressalte-se que a indenização pelo dano moral tem dupla finalidade de indenizar o sofrimento da vítima e desestimular o seu causador a voltar a praticar ou deixar de praticar atos que o causem. Não visa ao enriquecimento, nem permite que se desvirtue sua finalidade; sua fixação deve levar em conta as circunstâncias de cada caso.

Contudo, para fins de fixação do montante reparatório, deve ser

Acesso ao Sumário

considerado que, ainda que o médico e o hospital demandado tivessem adotado comportamento diverso do ora analisado, não seria garantida a sobrevivência da vítima, que dependia também de diversos fatores independentes da vontade dos apelados.

No caso, o valor pretendido pelos autores – de 2000 salários mínimos – é excessivo. Os réus devem pagar, solidariamente, a cada autor, o montante de R$ 50.000,00 (cinquenta mil reais), considerando a inexatidão da probabilidade do resultado sobrevida e observando-se a linha adotada pelo E. STJ. Aludido valor é razoável e justo, e serve para aliviar a dor dos autores, exercendo função penalizadora para os réus.

A correção monetária é devida a partir da data do arbitramento por esta Colenda Sétima Câmara, nos termos da Súmula nº 362 do Superior Tribunal de Justiça.

No tocante aos juros de mora, contudo, são estes devidos, desde o evento danoso (Súmula 54 do Superior Tribunal de Justiça), à taxa de 1% ao mês, nos termos do artigo 406 deste diploma legal, até a vigência da Lei nº 11.960/09, que alterou o artigo 1º-F da Lei nº 9.494/97, e passou a regular as condenações impostas à Fazenda Pública, independentemente de sua natureza, estabelecendo que, "para fins de atualização monetária, remuneração do capital e compensação da mora, haverá a incidência uma única vez, até o efetivo pagamento, dos índices oficiais de remuneração básica e juros aplicados à caderneta de poupança".

Quanto aos honorários advocatícios, observando-se o grau de zelo do profissional, o lugar de prestação, a natureza e importância da causa, o trabalho realizado e o tempo exigido para o serviço (art. 20, § 3º, letras "a", "b" e "c", do Código de Processo Civil), entende-se que a verba honorária deve ser fixada em 10% do valor da condenação.

Ante o exposto, afasta-se a preliminar e dá-se parcial provimento ao recurso, para julgar a ação procedente em parte, nos termos supracitados.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0002946-05.2014.8.26.0664, da Comarca de Votuporanga, em que é apelante MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO, é apelado O JUÍZO.

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 6586)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores MAGALHÃES COELHO (Presidente sem voto), MOACIR PERES e COIMBRA SCHMIDT.

São Paulo, 11 de agosto de 2014.

LUIZ SERGIO FERNANDES DE SOUZA, Relator

Ementa: ALVARÁ JUDICIAL – Vedação legal à realização de laqueadura durante o período de parto (art. 10, § 2º, 1ª parte, da LF nº 9.263/96) – Inconstitucionalidade não verificada – Exceção legal, contida na segunda parte daquele dispositivo, que aqui não se aplica, à falta de comprovação dos requisitos ali fixados – Sentença confirmada, ainda que sob outro fundamento – Recurso improvido.

VOTO

Vistos, etc.

Cuida-se de pedido de alvará judicial, formulado pelo Ministério Público, no qual o requerente busca, em síntese, autorização para realização de laqueadura no momento do parto de Monica Cristina Santana, que se encontrava, em 25/02/2014, na 18ª semana da sua 3ª gestação, diante do fato de a gestante haver manifestado o desejo de não ter mais filhos (fls. 13/14). Diante disto, a médica que a assiste recomendou que fosse submetida ao método anticoncepcional definitivo, ou seja, à laqueadura das trompas.

O juízo de primeiro grau julgou extinta a ação, sem resolução do mérito, sob fundamento de que não cabe ao Judiciário autorizar tratamentos médicos sem respaldo especializado para tanto. Acrescenta que, se não há recusa do poder público na realização do procedimento de laqueadura, inexiste interesse de agir.

A autora apresentou recurso de apelação, no qual reitera os termos da inicial.

A fls. 48 a 51 encontra-se o parecer da Douta Procuradoria.

É o relatório.

Presente se encontra o interesse de agir, diante da expressa vedação contida na norma do artigo 10, § 2º, da Lei Federal nº 9.263/96, afigurando-se, portanto, despicienda ao exercício da pretensão a recusa do poder público na realização do ato médico.

Todavia, o apelo não comporta provimento.

Muito embora a requerente cumpra os requisitos previstos na regra do

artigo 10, I e parágrafo primeiro, da Lei Federal nº 9.263/96, seu pedido esbarra na proibição contida na norma do parágrafo segundo daquele dispositivo legal, cuja inconstitucionalidade não consta ter sido declarada, e nem se vislumbra, respeitado o entendimento do D. Promotor de Justiça:

> "Art. 10, § 2º É vedada a esterilização cirúrgica em mulher durante os períodos de parto ou aborto, exceto nos casos de comprovada necessidade, por cesarianas sucessivas anteriores."

Há de se entender o espírito da proibição legal, que tem em conta a possibilidade de patologia fetal até então não detectada, que venha a provocar a morte do feto ou do recém-nascido, dando lugar a arrependimento posterior.

Sob outro aspecto, a literatura médica considera que a realização de laqueadura das trompas, na oportunidade do parto, poderia estimular a prática de cesarianas desnecessárias, não sendo ocioso lembrar que o número delas, no País, cresce de maneira significativa, passando de 50%, o que contrasta com os índices existentes em outros países, a exemplo da Holanda (14%).

Não se verifica, de outro lado, burla à regra do artigo 226, § 7º, da Constituição Federal, pois a existência de norma infralegal, na espécie, fundada em razões de ordem técnica, não tolhe a liberdade de decisão da administrada, visto que poderá a requerente submeter-se ao procedimento de esterilização após o período puerperal, nos termos da legislação de regência, mesmo que isso implique, infelizmente, a realização de um novo procedimento médico.

Ademais, a requerente não comprovou o preenchimento de requisito necessário à aplicação da exceção prevista na norma do artigo 10, § 2º, da Lei Federal nº 9.263/96, qual seja, a existência de "comprovada necessidade, por cesarianas sucessivas anteriores", de se submeter à laqueadura, visto inexistente documento que comprovasse a realização de cesariana nos partos anteriores.

Nestes termos, nega-se provimento ao recurso interposto pelo Ministério Público.

Para fins de acesso aos Egrégios Tribunais Superiores, ficam expressamente pré-questionados todos os artigos legais e constitucionais mencionados pelos litigantes.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0002482-23.2009.8.26.0060, da Comarca de Auriflama, em que é apelante/apelado MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO, é apelado/apelante MAURÍCIO BORIOLA.

ACORDAM, em 10ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento ao recurso do réu, prejudicado o do Ministério Público. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 8151)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores TORRES DE CARVALHO (Presidente) e ANTONIO CELSO AGUILAR CORTEZ.

São Paulo, 4 de agosto de 2014.

PAULO GALIZIA, Relator

Ementa: AÇÃO CIVIL PÚBLICA – Improbidade administrativa – Ex-conselheiro tutelar acusado de solicitar e enviar imagens de conteúdo pornográfico, utilizando-se do computador pertencente ao Conselho Tutelar – Art. 11 da Lei nº 8.429/92 – Provas que se mostram frágeis – Princípio da moralidade que deve ser observado no trato dos bens públicos e na indisponibilidade e supremacia dos interesses coletivos – Violação ao princípio da moralidade não configurado – Princípio da razoabilidade e proporcionalidade que devem ser observados – Ação improcedente.

Recurso do réu provido, prejudicado o do Ministério Público.

VOTO

A r. sentença de fls. 263/267 julgou parcialmente procedente o pedido, formulado em ação civil pública por atos de improbidade administrativa, para condenar o réu, Maurício Boriola à pena de proibição de contratar com o Poder Público ou dele receber algum benefício ou incentivo, ainda que por via de pessoa jurídica da qual seja sócio, por três anos, na forma do art. 11, inciso I da Lei nº 8.429/92. Condenou, ainda, o requerido ao pagamento de 50% das custas e despesas processuais.

De outra parte, julgou procedente ação de busca e apreensão em apenso, determinando a liberação dos materiais apreendidos em favor da Municipalidade.

Irresignado, o Ministério Público apelou, buscando a reforma do julgado. Aduz que, nos termos do art. 133, I da Lei nº 8.069/90, para candidatar-se a membro do Conselho Tutelar, o cidadão deve possuir reconhecida idoneidade moral.

Aduz que a utilização do computador do órgão para visualizar e armazenar

Acesso ao Sumário

imagens pornográficas demonstrou incompatibilidade moral do réu com o exercício da função e atentou contra os princípios da Administração Pública.

Ressalta que o exame pericial acostado aos autos constatou a presença de várias imagens armazenadas em pastas de arquivos temporários, originários da Internet, cujo conteúdo consistia em material pornográfico.

Assevera que a utilização de bens públicos para satisfação da própria lascívia constitui ato de improbidade administrativa, uma vez que atenta aos princípios da Administração Pública, mormente o da legalidade e finalidade.

Alega que o réu praticou ato às avessas do disposto nos artigos 135 e 136 da Lei nº 8.069/90 e que a penalidade aplicada ficou muito aquém do necessário para dissipação da intranquilidade e a restauração da soberania do direito.

Aduz que a aplicação da penalidade de proibição de contratação com o poder público e a proibição de receber benefícios fiscais ou creditícios possuem pouca eficácia, porque destinam-se àqueles que costumeiramente celebram contratos administrativos, o que não é o caso.

Pleiteia, pois, a manutenção das penalidades e o acréscimo da condenação ao pagamento de multa civil no importe de até cem vezes o valor da remuneração percebida pelo recorrido, bem assim, a suspensão dos direitos políticos.

Contrarrazões (fls. 283/290).

O réu, por sua vez, sustenta que durante todo o tempo que exerceu a função de Conselheiro Tutelar demonstrou ser excelente membro da instituição.

Aduz que, em nenhum momento, expôs cenas de sexo aos demais usuários do computador do Conselho Tutelar. A conduta a ele imputada, segundo defende, não condiz com sua personalidade e exemplo de vida que é passado a toda a população.

Ressalta que é pessoa engajada em atividades sociais comunitárias, auxiliando pessoas com problemas familiares, financeiros e demais vícios, razão pela qual foi eleito ao cargo de conselheiro tutelar.

Acrescenta que os arquivos temporários existentes no disco rígido poderiam ser fruto da conduta de outros conselheiros e que apenas uma vez acessou indevidamente a Internet fora do horário de trabalho.

Acesso ao Sumário

Assevera que as imagens salvas não ficavam a disposição de qualquer pessoa, uma vez que nem mesmo a perícia conseguiu identificá-las.

Por fim, pondera não ter agido com dolo, essencial à configuração de improbidade administrativa, por violação aos princípios da Administração Pública.

Pleiteia, pois, a improcedência da ação.

Contrarrazões (fls. 301/311).

O representante do Ministério Público opinou pelo provimento do recurso

do Ministério Público e o não provimento do recurso do réu.

É O RELATÓRIO.

Trata-se de ação civil pública por atos de improbidade administrativa, ajuizada pelo Ministério Público contra ex-Conselheiro Tutelar de Auriflama, com pedido de suspensão dos direitos políticos, pagamento de multa civil e proibição de contratar com o poder público ou receber benefícios.

Segundo o Ministério Público, o réu teria acessado a Internet por meio de um dos computadores do Conselho Tutelar, entrado em seu e-mail particular e solicitado o recebimento de imagens de sexo, que foram abertas e salvas no arquivo de um dos computadores.

Tais atitudes, ainda segundo o autor, violam o princípio da moralidade, previsto no art. 37*, caput* da CF, razão pela qual, configurado ato de improbidade administrativa, na forma do art. 11 da Lei nº 8.429/92.

Ao que consta do depoimento de Fátima Aparecida Carnielo Guimarães, prestado no inquérito civil, ao acessar a Internet, visualizou um ícone com uma carta e a informação "ler e-mail". Por curiosidade, clicou no botão e abriu as caixas de entrada e saída. Na última, encontrou dois e-mails. Um deles era de parabenização por um projeto social, assinado por Maurício e o outro continha o seguinte conteúdo: "companheiro se puder envie as imagens de sexo que tiver".

Disse que, ante o visualizado, decidiu imprimir o conteúdo do e-mail e entregar, juntamente com as demais conselheiras, ofício dirigido a Promotoria de Justiça, sob o nº 134/2009 (fls. 112/113).

Posteriormente, as "CPUs" foram periciadas pela Superintendência da Polícia Técnico-Científica, que atestou a existência de vários arquivos de imagem, relacionados ao objeto da perícia (conteúdo contrário à moral e aos bons costumes, como por exemplo, material pornográfico ou outros não correspondentes às funções públicas).

Segundo o documento de fls. 84, as imagens foram localizadas em pastas de arquivos temporários sendo originárias da Internet. Por outro lado, não foram encontrados arquivos de correio eletrônico ou outros tipos de documentos.

Constata-se, de início, que foram localizados arquivos temporários de Internet de material impróprio no computador do Conselho Tutelar, sem que se possa imputar com precisão terem sido baixadas pelo réu.

Elementos indicam que todos os conselheiros e funcionários tinham acesso integral ao computador, disponível a todos os membros do Conselho. Não se sabe, portanto, se aquele material indevido pertencia de fato ao réu e foi por ele baixado, até mesmo porque o referido e-mail, em que supostamente solicitava o envio de imagens de sexo, não foi anexado aos autos.

Por outro lado, ainda que tenha confessado ter acessado, em uma única oportunidade, sites de conteúdo pornográfico, tal fato não tem o condão de

Acesso ao Sumário

embasar uma condenação pela prática de atos de improbidade administrativa.

Nos dizeres de José dos Santos Carvalho Filho: "O princípio da moralidade impõe que o administrador público não dispense os preceitos éticos que devem estar presentes em sua conduta. Deve não só averiguar os critérios de conveniência, oportunidade e justiça em suas ações, mas também distinguir o que é honesto do que é desonesto". (José dos Santos Carvalho Filho, Manual de Direito Administrativo, 16ª ed., pág. 20).

Por outro lado, Emerson Garcia e Rogério Pacheco Alvez, em sua obra "Improbidade Administrativa", 6ª edição, pág. 345 ensinam que "(...) a ilicitude na atuação do agente público em questões desvinculadas de sua atividade não ensejará a aplicação da Lei nº 8.429/1992. A depender do regime jurídico a que estiver sujeito o agente, diversa poderá ser a solução, inclusive com a tipificação da incontinência de conduta como falta administrativa".

Conclui-se, pois, que a punição por violação aos princípios que norteiam a Administração Pública visa impedir a perpetuação de agentes desonestos, imorais, que pretendem se utilizar da máquina pública para obtenção de vantagens pessoais, em violação ao princípio da supremacia do interesse público. Questões desvinculadas da atuação funcional e que dizem respeito ao padrão comportamental dos agentes devem ser resolvidas na esfera administrativa, com aplicação de penalidades funcionais, que podem, inclusive, culminar no afastamento do agente.

No caso, embora reprovável e inapropriada a utilização de equipamentos e instrumentos públicos para acesso de imagens que, em nada condizem com a função pública, não se vislumbra a configuração de ato de improbidade administrativa.

Os arquivos inadequados foram encontrados apenas após perícia judicial, em arquivos temporários da Internet. Os funcionários e demais munícipes não estavam, pois, expostos a eles e o acesso a estas imagens não trouxe qualquer tipo de prejuízo material à Administração.

Embora, repita-se, inadequada a atitude do réu, não nos parece razoável ou proporcional submetê-lo às duras penas previstas na Lei de Improbidade Administrativa, mormente quando já afastado de suas atividades, em razão do pedido de exoneração.

Sendo assim e, por entender não estarem presentes os requisitos necessários à condenação do réu, DOU PROVIMENTO ao seu recurso para julgar improcedente a ação, prejudicado o interposto pelo Ministério Público.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0044626-62.2011.8.26.0053, da Comarca de São Paulo, em que são apelantes BIDELA CATARI MAMAI, GUOCHI CHEN, XIAO WEN LIU, QINGFEND HUANG e JIANLIE CAI, são apelados SECRETÁRIO MUNICIPAL DE COORDENAÇÃO DAS SUBPREFEITURAS e SECRETÁRIO MUNICIPAL DE DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO E DO TRABALHO.

ACORDAM, em 9ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "AFASTARAM A PRELIMINAR ARGUIDA E NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO, nos termos supramencionados. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 17205)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores MOREIRA DE CARVALHO (Presidente), CARLOS EDUARDO PACHI e REBOUÇAS DE CARVALHO.

São Paulo, 13 de agosto de 2014.

MOREIRA DE CARVALHO, Relator

Ementa: "MANDADO DE SEGURANÇA – Boxes localizados na 'Feira da Madrugada' – Preliminar de ilegitimidade passiva afastada – Encampação – No mérito, pedido para que sejam os boxes mantidos abertos ou reabertos, até decisão administrativa acerca do recadastramento – Ausência de comprovação de pedido administrativo pelos impetrantes – Inexistência do direito líquido e certo – Impossibilidade de condenação em litigância de má-fé – Sentença mantida – Preliminar afastada e recurso desprovido."

Acesso ao Sumário

VOTO

MANDADO DE SEGURANÇA impetrado por **BIDELA CATARI MAMAI E OUTROS** contra ato do **SECRETÁRIO MUNICIPAL DE COORDENAÇÃO DAS SUBPREFEITURAS** e do **SECRETÁRIO MUNICIPAL DE DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO E DO TRABALHO**. Alegam possuírem permissão municipal para comércio ambulante no Pátio do Pari, mas que temem ter suas bancas fechadas pela fiscalização municipal, em razão da demora na apreciação dos seus pedidos de recadastramento. Pugnam pela concessão da ordem para garantir o direito de

permanência ou reabertura dos boxes, oportunizando a entrega da documentação necessária para avaliação dos órgãos competentes pelo recadastramento.

A r. sentença de fls. 212/213 denegou a segurança.

Apelam os impetrantes (fls. 290/321). Sustentam arbitrariedade da autoridade pública, necessidade de observância do princípio da igualdade e dos direitos sociais. Pleiteiam o direito de continuarem a exercer suas atividades laborativas.

Houve apresentação de contrarrazões ao recurso (fls. 326/347). Preliminarmente, sustenta a ilegitimidade passiva do Secretário Municipal de Desenvolvimento Econômico e do Trabalho. No mérito, alega a ausência do direito líquido e certo. Postula a condenação em litigância de má-fé, pela multiplicidade de ações idênticas.

Vieram os autos para julgamento.

RELATEI.

A preliminar sustentada em contrarrazões, de ilegitimidade passiva do Secretário Municipal de Desenvolvimento Econômico e do Trabalho, não merece acolhida, tendo em vista que as autoridades impetradas compareceram aos autos, apresentaram informações, inclusive adentrando ao mérito, o que faz incidir a teoria da encampação (STJ, 2ª Turma, REsp 646.948, Rel. Min. Castro Meira, j. 21.2.2006).

Diante disso, afasto a preliminar arguida.

No mérito, em uma análise atenta da confusa exordial e das razões recursais, bem como, dos documentos acostados aos autos, pode-se aferir que os impetrantes, ora apelantes, objetivam com o presente *mandamus* a concessão de ordem para que lhes seja garantido o direito a manterem abertos seus boxes localizados no Pátio do Pari, popularmente conhecido como "Feira da Madrugada", enquanto não seja proferida decisão no âmbito administrativo, acerca do recadastramento das permissões.

Nesta linha, é certo que para a impetração de mandado de segurança, imprescindível é a demonstração, de plano, da existência do direito líquido e certo, sem a necessidade de dilação probatória, que inexiste neste tipo de procedimento célere e especial.

Sobre o tema, nas palavras do saudoso Hely Lopes Meirelles, "*direito líquido e certo é o que se apresenta manifesto na sua existência, delimitado na sua extensão e apto a ser exercitado no momento da impetração*". Em outras palavras, entendia o autor que, o direito invocado, somente poderia ser amparado por mandado de segurança, se viesse expresso em norma legal e trouxesse em si todos os requisitos e condições de sua aplicação ao impetrante.[1]

Acesso ao Sumário

1 *Mandado de Segurança, Ação Popular, Ação Civil Pública, Mandado de Injunção, "Habeas Data", Ação Direta de Inconstitucionalidade, Ação Declaratória de Constitucionalidade, Ação Direta de*

No presente caso, não se pode aferir de forma cabal pela presença do direito líquido e certo, tendo em vista que os documentos trazidos pelos impetrantes não comprovam a existência de pedido administrativo protocolado perante o órgão público responsável, no sentido de recadastramento.

Referida documentação apenas indica relação condominial entre particulares e a existência de irregularidades constatadas em vistorias realizadas pelo Poder Público. Mas não tem o condão de comprovar o início de qualquer procedimento por parte dos interessados, com finalidade de regularizar a situação cadastral.

Por sua vez, o ente público afirma que já realizou o recadastramento e publicou Portarias com listagens dos cadastrados, relação em que não constam os ora apelantes.

Trata-se de ato administrativo que goza de presunção de veracidade que não fora suprimida pela prova documental dos impetrantes, inexistindo, portanto, a comprovação do direito líquido e certo.

Em caso análogo, já se manifestou este E. Tribunal:

MANDADO DE SEGURANÇA – Impetrantes que possuem boxes na "Feira da Madrugada" e pedem que estes boxes permaneçam abertos e/ou sejam reabertos, bem como seja dada oportunidade de entrega da documentação necessária para os órgãos competentes possam realizar o cadastramento e/ou recadastramento – Ausência de direito líquido e certo – Ausência de comprovação de que são detentores de cadastros junto ao Município – Não apresentação de documentos junto à Municipalidade para a realização do cadastro ou recadastramento – No caso dos autos, há necessidade de realização de provas, de modo que o mandado de segurança se mostra via inadequada – Sentença mantida. Recurso não provido. (TJSP, 5ª Câmara de Direito Público, Rel. Des. Leonel Costa, Apelação nº 0042262-20.2011.8.26.0053, j. 16/06/2014).

Mandado de Segurança – Feira da Madrugada – Manutenção dos boxes – Impetrantes que não procederam ao cadastramento imposto pelo Município – Ausência de demonstração de violação a direito líquido e certo – Recurso desprovido. (TJSP, 2ª Câmara de Direito Público, Rel. Des. Luciana Almeida Prado Bresciani, Apelação nº 0040258-10.2011.8.26.0053, j. 15/04/2014).

Por fim, não há que se falar em litigância de má-fé, eis que não restou caracterizada qualquer das hipóteses previstas no art. 17, do Código de Processo Civil.

Ademais, ainda que o ente público tenha trazido aos autos relação de ações que afirma serem idênticas ao presente mandado de segurança (fl. 208), fato é

Inconstitucionalidade por Omissão, Argüição de Descumprimento de Preceito Fundamental, O Controle Incidental ou Concreto de Normas no Direito Brasileiro, A Representação Interventiva, A Reclamação Constitucional no STF – 30ª ed., atual. São Paulo: Malheiros, 2007, pg. 456

Acesso ao Sumário

que somente por tais documentos não se pode aferir que referidas demandas são repetitivas, com iguais partes, causa de pedir, objeto e pedido, sendo impossível, nesta oportunidade, a condenação em litigância de má-fé.

Diante disso, está correta a r. sentença que denegou a segurança, devendo ser mantida por seus próprios fundamentos.

Ocorrendo isto, **AFASTO A PRELIMINAR ARGUIDA E NEGO PROVIMENTO AO RECURSO**, nos termos supramencionados.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0000969-21.2013.8.26.0079, da Comarca de Botucatu, em que é apelante JOÃO DE DEUS DOS SANTOS, é apelada FAZENDA DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em 2ª Câmara Reservada ao Meio Ambiente 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 26.913)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores EUTÁLIO PORTO (Presidente) e VERA ANGRISANI.

São Paulo, 21 de agosto de 2014.

PAULO AYROSA, Relator

Ementa: EXECUÇÃO FISCAL – EMBARGOS – MULTA AMBIENTAL – POSSE DE PÁSSAROS SILVESTRES EM CATIVEIRO – MAUS-TRATOS – OCORRÊNCIA – DEMONSTRAÇÃO DA INFRAÇÃO E DA AUTORIA – RESPONSABILIDADE OBJETIVA – CERTIDÃO DA DÍVIDA ATIVA FORMALMENTE PERFEITA – PRESUNÇÃO DE LEGITIMIDADE – REDUÇÃO DO VALOR DA MULTA – INADMISSIBILIDADE – RECURSO NÃO PROVIDO.

I – Tendo sido comprovado a ocorrência de maus-tratos em pássaros silvestres de que tinha posse o embargante, em desacordo com a legislação ambiental pertinente, tal prática constitui infração ambiental. E diante de tal constatação, verificados o nexo causal e os danos ambientais, impõe-se a responsabilização do

embargante.

II – Contendo o título executivo todos os elementos necessários para a identificação da conduta do embargante, tipificada como infração ambiental, bem como da penalidade aplicada, encontra-se o instrumento formalmente em ordem, não havendo qualquer nulidade.

III – Cabe ao agente ambiental, quando da aplicação da sanção, observar os parâmetros da lei, o que foi feito, não havendo que se falar em correção por inexistentes erro ou abuso.

VOTO

JOÃO DE DEUS DOS SANTOS opôs embargos à execução que lhe move **FAZENDA DO ESTADO DE SÃO PAULO**, calcada em certidão da dívida ativa lavrada em decorrência de aplicação de multa ambiental.

A r. sentença de fls. 151/153, cujo relatório se adota, julgou improcedentes os embargos, condenando o embargante a arcar com as custas, despesas processuais e honorários advocatícios fixados em 10% sobre o valor do crédito em execução, atualizado desde a propositura da ação.

Inconformado, apela o embargante às fls. 156/173 buscando a reforma do julgado. Reitera, em síntese, os argumentos de sua inicial, no sentido de que o feito executivo deve ser julgado extinto com fulcro no art. 283 do CPC e de acordo com o princípio da eventualidade, vez que acometido de diversas irregularidades e nulidades, encontrando-se desacompanhado de inscrição e liquidação de dívida, sustentando que deveria ter juntado com a inicial os processos administrativos que apuraram o suposto crédito tributário, o que não foi feito, além do fato de que a Certidão de Dívida Ativa foi lavrada em total desconformidade com o art. 202 do CTN. Aduz, no mais, que não infringiu as normas que estribam o auto de infração lavrado, pois é criador de pássaros amadorista registrado no IBAMA, demonstrando que sua prática está de acordo com as normas que regulamentam os criadores passeriformes, e que por ser o IBAMA órgão federal, o desrespeito às suas normas deve ser analisado perante a Justiça Federal, não sendo a Fazenda Estadual parte legítima para proceder à cobrança que ora se discute, além de sustentar que tem autorização para criar e manter pássaros silvestres em cativeiro, de acordo com a Lei nº 9.605/98 e a Instrução Normativa – Ibama – nº 001/2003, e possuir registro junto à Associação Ornitológica de Botucatu (AOB) há mais de 20 anos. Pugna pelo reconhecimento de que foi autuado de forma incorreta, vez que não houve a demonstração de maus-tratos aos pássaros por serem de estimação, devidamente

Acesso ao Sumário

anilhados e regularizados perante o órgão ambiental, a eles dedicando cuidado e carinho necessários, não tendo os agentes procedido à descrição pormenorizada do que consistia os maus-tratos e nem tampouco chamaram para acompanhar a diligência pessoa com formação acadêmica para tanto, sendo imprescindível a realização de laudo pericial para tal constatação, o que não se verificou à espécie, tendo sido lavrado por policiais militares desprovidos de conhecimento científico, ensejando sua nulidade. Alegam, no mais, que conforme as Leis nºs 5.197/67 e 9.605/98, os pássaros criados na fauna silvestre são de domínio da União e que os nascidos em criatórios de amadoristas ou comerciais, denominados nativos, não estão regulamentados pela citada norma legal, no que pertine à propriedade destes, dando ensejo à aplicação à espécie do Código Civil, operando-se a propriedade sobre a ave nativa por meio da tradição, como era o caso dos pássaros encontrados sob sua posse, tudo a ensejar, pois, o provimento recursal.

O recurso foi respondido (fls. 184/189).

É O RELATÓRIO.

Conheço do recurso e lhe nego provimento.

Conforme se depreende dos autos, foi o embargante autuado pela Polícia Ambiental por maus-tratos a pássaros silvestres que estavam sob sua posse, em desobediência ao que estabelece o art. 27 da Resolução SMA nº 037/05, tendo sido imposta multa no valor de R$ 24.312,07, de acordo com o parágrafo único da citada Resolução SMA 037/05, ensejando a Certidão de Dívida Ativa nº 1.064.935.990 e a execução fiscal nº 664/12, impugnada por meio dos presentes embargos à execução.

Por primeiro, quanto à arguição de ausência de legitimidade da Fazenda do Estado para propor a aludida execução, é de bem se ver que tal preliminar se confunde com o mérito e juntamente com este será analisado.

Pois bem. O art. 225 da Constituição Federal prevê em seu "caput" que "**todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações**".

Já a previsão do art. 23, VII, da CF dispõe sobre a competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios para "**preservar as florestas, a fauna e a flora**".

Ademais, o fato de o Estado, através de seus órgãos e entidades estaduais, ser integrante do SISNAMA (art. 6º, V da Lei nº 6.938/81), impõe o reconhecimento de que não tem mera discricionariedade, mas sim o dever de agir de forma a proteger o meio ambiente, impedindo qualquer ato que possa degradá-lo, na forma, inclusive, do que dispõe o art. 70, § 1º, da Lei nº 9.605/98.

Acesso ao Sumário

Logo, o Estado de São Paulo deve cumprir exatamente o que lhe é atribuído constitucionalmente. Bem por isso, não só se reputa como correta a atuação da Polícia Militar Ambiental que lavrou os autos de infração, como também o ajuizamento da execução por parte da Fazenda do Estado perante a Justiça Estadual, fundada na aludida multa e na CDA devidamente inscrita, sendo impertinente à espécie o fato de que o executado, ora embargante, é inscrito em órgão ambiental federal – no caso, o Ibama.

Outrossim, mister ressaltar que a responsabilidade pelos danos ao meio ambiente, ainda que por infração administrativa, é objetiva e imputada a quem cometeu o ato ou dele se beneficiou. Assim, identificado o autor, será ele responsável direto pela infração. Destarte, determinada a autoria, para a responsabilização se contenta a lei com a prova da ocorrência do dano e o nexo de causalidade.

O MM. juiz *a quo*, fundado no fato de não ter sido demonstrado pelo embargante ocorrência apta a ensejar a desconstituição do ato administrativo praticado, julgou improcedentes os embargos à execução. E com razão, a meu ver.

Com efeito, conquanto alegue o embargante que tem autorização para criar e manter pássaros silvestres em cativeiro, de acordo com a Lei nº 9.605/98 e a Instrução Normativa – Ibama – nº 001/2003, e que possui registro junto à Associação Ornitológica de Botucatu (AOB) há mais de 20 anos, é incontroverso que foi autuado não por possuir pássaros silvestres em cativeiro, mas sim por maus-tratos às aves nativas, tendo sido constatado que, conforme informou o soldado Sérgio Henrique Viotto Graciano em contradita à defesa apresentada pelo executado no processo administrativo, "*Ao ser procedida verificação dos passarinhos com anilhas, foi constatado que a maioria não constava de sua relação de passeriformes sendo que algumas anilhas aparentavam estar adulteradas*", além do que, "*Durante a verificação, foi constatado que as gaiolas estavam sujas, as vasilhas de água estavam sujas e com odor fétido e alguns estavam sem água*" (fls. 94), dando ensejo, pois, à sobredita autuação.

E tal constatação foi corroborada pelo laudo pericial produzido, tendo sido encaminhado ao perito, pertencente aos quadros do Projeto Centrofauna Credenciado pelo IBAMA, localizado na Fazenda Experimental Lageado da Faculdade de Medicina Veterinária e Zootecnia da UNESP – Campus de Botucatu-SP, 25 aves pertencentes à fauna silvestre brasileira (coleirinho, canário-da-terra, azulão e trinca-ferro) por Policiais Militares Ambientais, e que no ato da "*entrega das aves foi notado que as gaiolas estavam com grande acúmulo de matéria orgânica em decomposição (fezes e sobras de alimento) exalando mau cheiro, seus bebedouros apresentavam também grande quantidade de limo e matéria orgânica e estavam vazios*" (fls. 138), assim concluindo o perito:

Acesso ao Sumário

"*Devido a grande quantidade de matéria orgânica em decomposição nas gaiolas e bebedouros as aves apresentavam CONDIÇÕES TÍPICAS DE MAUS-TRATOS*" (fls. 139).

E a questão em foco está amparada justamente na conduta do embargante em praticar maus-tratos a pássaros silvestres, com fulcro no art. 27 da Resolução SMA nº 37/2005, sujeito, portanto, a multa conforme seu parágrafo primeiro, de maneira que, ao contrário das alegações constantes da exordial e das razões de apelo, o auto de infração ambiental está formalmente hígido, visto que faz referência expressa aos dispositivos legais plenamente aplicáveis à espécie.

Ademais, descrita com minúcias a infração praticada pelo agente, que também mencionou expressamente o dispositivo legal aplicável à multa e ao respectivo valor, reputo como motivado o ato administrativo praticado, ao contrário do que quer fazer crer o executado.

Atente-se, ainda, ao fato de que qualquer atividade potencialmente lesiva ao meio ambiente e à saúde pública está sujeita ao controle da Administração Pública, ao Estado competindo, pois, impedir que o dano se consume (art. 225, § 1º, V da CF), valendo-se do princípio da precaução.

Nenhuma lei ou norma administrativa pode permitir a consumação do dano, consubstanciado por meio da degradação ambiental pela alteração adversa das características do meio ambiente (art. 3º, II, Lei nº 6.938/81); alteração desfavorável da biota (idem, art. 3º, III, "c"); emissão de matérias ou energia fora dos padrões estabelecidos (art. 3º, III, "e"); ou prejuízo para a saúde e o bem estar da população (art. 3º, III, "a").

Logo, por ter o embargante praticado maus-tratos a aves silvestres, correta a autuação contida no AIIPM nº 220427, lavrado pela Polícia Ambiental em 02.04.2009.

Assim, tal qual restou assentado pela d. autoridade sentenciante, mister era mesmo a improcedência do feito, não se verificando, pois, erro ou abuso a justificar a intervenção judicial com o fim de modificar a penalidade imposta.

Posto isto, nego provimento ao recurso.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0000284-09.2011.8.26.0459, da Comarca de Pitangueiras, em que é apelante GUSTAVO DE FELÍCIO, é apelado MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em 1ª Câmara Reservada ao Meio Ambiente do Tribunal

de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento em parte ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 16.420)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores RUY ALBERTO LEME CAVALHEIRO (Presidente) e MOREIRA VIEGAS.

São Paulo, 21 de agosto de 2014.

JOÃO NEGRINI FILHO, Relator

Ementa: AÇÃO CIVIL PÚBLICA – MEIO AMBIENTE – ÁREA DE PRESERVAÇÃO PERMANENTE – DEGRADAÇÃO AMBIENTAL – COMPROVAÇÃO DO DANO AMBIENTAL POR LAUDOS TÉCNICOS DO JURISPERITO E DO DEPRN – RESPONSABILIDADE DOS RÉUS DEMONSTRADA – SENTENÇA MANTIDA QUANTO À QUESTÃO DE FUNDO – DILAÇÃO DE PRAZO PARA CUMPRIMENTO DAS OBRIGAÇÕES PARA 180 DIAS.

Recurso parcialmente provido.

VOTO

Trata-se de Ação Civil Pública julgada procedente para, confirmando a liminar concedida (fls. 102), condenar o réu ao cumprimento de: a) obrigação de não fazer, consistente em abster-se de realizar ou permitir que se realize atividade degradadora do meio ambiente sem autorização do órgão ambiental competente, com a paralisação imediata e integral de todo desmatamento na área indicada na inicial; b) obrigações de fazer consistentes em demolir ou realocar as edificações insertas na área de preservação permanente, bem como a retirar entulhos resultantes de tal prática; e em restaurar integralmente as condições primitivas da vegetação do local, inclusive com plantio e manutenção de mudas, no prazo de 120 (cento e vinte) dias, sob pena de multa diária no valor de cinco (05) salários mínimos, em proveito do Fundo Estadual de Reparação de Interesses Difusos Lesados. Tornando-se inviável a recomposição total ou parcial da área degradada, a obrigação converter-se-á em perdas e danos, cujo valor será apurado em liquidação. Sucumbência carreada ao vencido (fls. 256/259).

Foram opostos embargos de declaração pelo réu (fls. 261/264), não sendo estes acolhidos (fls. 269/270).

O agravo de instrumento interposto pelo réu durante a instrução, contra a

Acesso ao Sumário

decisão que concedeu a antecipação de tutela, foi desprovido pelo v. acordão de fls. 247/248, tendo sido inclusive reconhecida a competência da Justiça comum para julgar o feito.

Irresignado, apela o vencido alegando, preliminarmente, nulidade do processo ante o cerceamento de defesa decorrente do julgamento antecipado da lide, sem que tenham sido produzidas as provas necessárias requeridas. No mérito, afirma que mesmo com a falta de contestação, a presunção de veracidade dos fatos alegados na inicial foi completamente superada pelas provas juntadas pelo próprio MP. Alega que não praticou qualquer ato de desmatamento em APP e que, além disso, cumpriu integralmente a obrigação que firmou com o *Parquet* por meio de TAC. Pede, assim, a reforma da sentença (fls. 272/286).

O recurso foi regularmente recebido (fl. 334) e respondido (fls. 336/345), sobrevindo parecer da Procuradoria Geral de Justiça, que opinou pelo não conhecimento do recurso, por sua intempestividade, ou pelo desprovimento do apelo (fls. 350/352).

É o relatório.

Preliminarmente, a alegação de intempestividade formulada pelo i. Procurador de Justiça em seu parecer deve ser afastada.

A disponibilização da decisão de fls. 269/270 (embargos declaratórios) no DJE se deu no dia 07/12/2012 (sexta-feira – fl. 271). Por conseguinte, considera-se que sua publicação ocorreu no primeiro dia útil subsequente, isto é, o dia 10/12/2012 (segunda-feira). Então a contagem de prazo se inicia no dia 11/12/2012 (primeiro dia útil seguinte à publicação), e termina no dia 14/01/2013 (já considerado o recesso de final de ano), data a qual foi protocolado o apelo.

A outra questão preliminar, arguida pelo obreiro em seu recurso, confunde-se com o mérito e com ele será analisada.

O Ministério Público do Estado de São Paulo ajuizou Ação Civil Pública contra Gustavo de Felício em decorrência dos fatos apurados no Inquérito Civil nº 03/08, que demonstram que o réu, ora apelante, ocupa e degrada uma área de preservação permanente situada na área rural de Pitangueiras/SP, sem qualquer licença dos órgãos ambientais competentes.

Constatada a existência dos pressupostos legais, o douto Juízo *a quo* deferiu a liminar requerida pelo MP para determinar o embargo da área indicada na inicial, proibindo o réu de proceder a cortes de vegetação (diretamente ou por intermédio de terceiros), impermeabilização do solo, ampliações ou reformas das edificações já existentes ou, ainda, qualquer forma de ocupação no local ou alteração do estado físico da área, inclusive com introdução de novas espécies exóticas, expedindo-se o competente mandado de constatação. Fixou-se multa diária no valor de R$ 5.000,00 (cinco mil reais) em caso de descumprimento do decisório (fls. 102/103).

Pois bem, das peças que instruem o Inquérito Civil 03/2008, destaca-se o laudo feito pela CBRN de fls. 101/105, o qual aponta que "*o dano ambiental referente ao AIA 208566/2007 ocorreu mediante a ampliação de um rancho de alvenaria (edificação) situado na margem esquerda do Rio Mogi Guaçu.* ***Toda a área do imóvel encontra-se inserida dentro de área de preservação permanente gerada por esse curso d'água****, portanto com a construção do rancho houve o impedimento da regeneração natural de floresta e demais formas de vegetação natural*" (grifei).

A APP nesse caso teve seu limite estabelecido pelo fato de o Rio Mogi-Guaçu possuir largura de 110 metros nesse trecho, e assim, com base no item 1 do artigo 3º da Resolução CONAMA 303/02, e na letra "a" (item 3) do artigo 2º da Lei nº 4.771/65, a APP referente a esse caso possui 100 metros de largura.

O perito ainda acentua que no momento da vistoria não foram tomadas medidas no sentido de reparar o dano ambiental. Além disso, as fotos de fls. 83 e 84 mostram claramente a proximidade da construção com a margem do rio.

Consigne-se que o réu, ao se manifestar em fls. 108/116, ofertou contestação trazendo uma única tese de defesa: a incompetência da Justiça Comum para julgar a ação (o rio Mogi-Guaçu é bem federal), postulando a extinção da lide sem analise do mérito. Esta manifestação evidencia que o réu teve ampla possibilidade de defesa e, ao mesmo tempo, que os fatos descritos na inicial não foram impugnados, tornando-se presumidamente verdadeiros.

Diante disso, é certo que a prova técnica existente nos autos (corroborada pelos boletins de ocorrência de fls. 30/35) mostra-se suficiente para demonstrar o desmatamento em APP sem qualquer obtenção de licença ambiental e o impedimento da regeneração natural da vegetação, em razão da construção de alvenaria existente no local, sendo tais fatos, além de tudo, incontroversos.

Logo, restou demonstrada à saciedade a responsabilidade do apelante pelas intervenções em APP. Aliás, não foi comprovada pelo apelante a alegação de que obtivera as licenças ambientais necessárias.

Sem prejuízo do acima exposto, anoto que a formação do convencimento do Juiz a partir das provas é livre, desde que motivado (art. 131 do CPC). E, no caso em tela, as evidências amealhadas são suficientes para comprovar os fatos narrados na inicial.

Constata-se, portanto, que o processo foi regularmente conduzido, com respeito à ampla defesa e ao contraditório e sem qualquer violação aos princípios constitucionais, não se vislumbrando razão para anulá-lo.

É válido consignar também que no Direito Ambiental a responsabilidade é *propter rem*, isto é, vincula a pessoa à coisa ou, por outras palavras, estende a responsabilidade pela reparação dos danos a todos que detenham a posse de imóvel, não importando se contribuíram ou não para o desmatamento.

Acesso ao Sumário

Este é o sentido do art. 225 da Constituição ao garantir a todos direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado para as presentes e futuras gerações, o que representa um marco na nossa legislação ambiental, assim dispõe: "*Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações*". E acrescenta no parágrafo 3º*:* "*As condutas e atividades consideradas lesivas ao meio ambiente sujeitarão os infratores, pessoas físicas ou jurídicas, a sanções penais e administrativas, independentemente da obrigação de reparar os danos causados.*".

O fato de erigir edificação em área considerada pela lei como de proteção permanente, sem estar munido de autorização do órgão competente para esse fim, é o quanto basta para se submeter às sanções previstas. O direito de propriedade, portanto, sucumbe diante de um direito maior, intergeracional, que visa atender o interesse da coletividade.

Neste sentido, já decidiu esta Câmara Ambiental:

"*A obrigação de recompor o meio ambiente tem sólido fundamento constitucional e legal; a obrigação é considerada* '*propter rem*'*, acompanha a coisa e é transmitida ao proprietário atual, ainda que não tenha ele sido o causador do dano. A obrigação tem vários fundamentos. Um, de ordem legal. Outro de ordem prática, uma vez que apenas o proprietário atual pode recompor o meio ambiente, já que dele é o domínio e a posse do bem.*". (Apel. Cível 905.862.5/0-00 – Câmara Especial de Meio Ambiente, rel. Des. Torres de Carvalho).

Destarte, comprovado o dano ambiental, não refutado por prova em sentido contrário, justifica-se a imposição das medidas lançadas na peça inicial.

Apenas para que esta decisão não venha a ser acoimada de omissa, consigno que o argumento de defesa apresentado pelo réu na sua apelação, quanto à isenção de responsabilidade por cumprimento de TAC firmado com o MP (fls. 48/51), não merece acolhida.

Como aponta o laudo da CBRN, o acordo amparou-se em premissa equivocada, de que não mais havia intervenção ambiental no local. Contudo, as provas dos autos, inclusive aquelas apresentadas pelo réu, demonstram claramente a presença de construção de alvenaria à margem do rio, impedindo a regeneração natural da vegetação na APP.

É certo, outrossim, que as cláusulas 11 e 12 do termo firmado com o *parquet* preveem a possibilidade de sua retificação ou complementação em caso de novas informações ou se as circunstâncias assim exigirem, sob pena de invalidade imediata do acordo (e prosseguimento do inquérito civil). Tendo em vista que o TAC partiu da premissa de que as intervenções no terreno haviam

cessado (o que não corresponde à realidade, como fartamente demonstrado acima), e considerando que o réu manifestou desinteresse em celebrar novo acordo (fl. 121), outra opção não restou ao MP além de ajuizar a presente demanda.

Assim, o plantio de alguns espécimes de árvores no quintal do rancho (medida que nem mesmo poderia ser considerada como "reflorestamento da área degradada" em cumprimento ao TAC original), não exime o apelante da responsabilidade pela regeneração natural e total da APP.

Diante dos fatos acima narrados, a sentença de procedência deve ser mantida quanto à questão de fundo. O *decisum* merece reparo, porém, no que tange ao prazo fixado para cumprimento das obrigações. Tendo em vista a complexidade dos atos, que ensejam a participação de outras pessoas e entes administrativos, é mais razoável a concessão do prazo de 180 (cento e oitenta) dias para a retirada do material que impede a regeneração da área e a apresentação do plano de reflorestamento ao órgão ambiental competente (o qual deverá estabelecer novo prazo para conclusão do plantio de mudas), lapso temporal que se coaduna com o entendimento consagrado nesta Câmara Ambiental.

Posto isto, DÁ-SE PARCIAL PROVIMENTO ao recurso.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 3005422-53.2013.8.26.0161, da Comarca de Diadema, em que é apelante CLAUDEON GONÇALVES GUIMARÃES (JUSTIÇA GRATUITA), é apelada PREFEITURA MUNICIPAL DE DIADEMA.

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 n. 20.701)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores WANDERLEY JOSÉ FEDERIGHI (Presidente), OSVALDO CAPRARO e FRANCISCO OLAVO.

São Paulo, 31 de julho de 2014.

WANDERLEY JOSÉ FEDERIGHI, Relator

Ementa: AÇÃO ANULATÓRIA DE DÉBITO FISCAL C/C DECLARATÓRIA DE INEXIGIBILIDADE TRIBUTÁRIA E REPETIÇÃO DE INDÉBITO

Acesso ao Sumário

– Demanda visando à anulação e à declaração de inexigibilidade do ISS dos exercícios de 2008 a 2013, bem como à restituição dos valores pagos a tal título, em razão da ilegalidade do fato gerador do tributo (exploração de atividade ilícita – máquina caça-níquel) – Descabimento – Fato gerador que corresponde a "Diversões Eletrônicas" – Atividade legalmente prevista no rol de serviços tributáveis (item 12.09a) – Diferentes searas jurídicas e administrativas que não se confundem e tampouco se excluem – Município que é competente tanto para lançar o respectivo tributo como para coibir uma eventual prática de atividade ilícita – Alegação de cerceamento de defesa afastada – Sentença mantida – Recurso desprovido.

VOTO

Vistos.

CLAUDEON GONÇALVES GUIMARÃES propõe a presente ação anulatória de débito fiscal c/c declaratória de inexigibilidade tributária e repetição de indébito, com pedido de tutela antecipada (Processo nº 3005422-53.2013.8.26.0161, da Vara da Fazenda Pública da Comarca de Diadema), contra a **PREFEITURA MUNICIPAL DE DIADEMA**, visando, em síntese, à anulação e à declaração de inexigibilidade do ISS dos exercícios de 2008 a 2013, bem como à restituição dos valores pagos a tal título, em razão da ilegalidade do fato gerador do tributo (exploração de atividade ilícita – máquina caça-níquel).

A antecipação de tutela foi indeferida (fl. 83), motivo pelo qual foi interposto o recurso de agravo de instrumento de fls. 94/98, v., ao qual foi negado provimento (fls. 142/147).

Registre-se que foi proferida a r. sentença de fls. 122/123, que julgou improcedente a ação.

O requerente, então, interpôs o recurso de apelo de fls. 152/158, no qual alega a ocorrência de cerceamento de defesa e reitera os argumentos aduzidos em sua peça vestibular, requerendo, ao final, a reforma da r. sentença, com a decretação de procedência da ação.

Regularmente processados, vieram os autos a este Egrégio Tribunal, com a apresentação das contrarrazões (fls. 162/168).

É o relatório.

Malgrado a combatividade do digno procurador do demandante, é de se entender que o presente recurso *não reúne condições de prosperar*.

Senão, vejamos.

O autor afirma que, a partir do ano de 2008, após a constatação, pela Municipalidade de Diadema, da presença de máquinas caça-níqueis em seu estabelecimento comercial, passou a tributá-lo, em razão de exploração de diversões eletrônicas. O requerente fundamenta a pretensão de anulação e de declaração de inexigibilidade do ISS cobrado no fato de que a exploração de jogos de azar não pode sofrer tributação, posto tratar-se de atividade ilícita.

Inconformado com a decretação de improcedência da ação, recorre o demandante a este E. Tribunal, alegando, preliminarmente, a ocorrência de cerceamento de defesa, em virtude de o Juízo *a quo* ter entendido não haver prova de que o autor está sendo tributado exclusivamente pela exploração de máquinas caça-níqueis. Assevera, ainda, que a produção de prova em audiência era essencial para que ficasse comprovado que o seu estabelecimento nunca possuiu jogos eletrônicos, mas, somente, máquinas caça-níqueis, as quais, diante de sua ilicitude, não dariam ensejo à tributação imposta pelo ente municipal.

Contudo, *sem razão* o recorrente.

Com efeito, a ausência de cerceamento de defesa é clara ao se verificar que a r. sentença deixou consignado que "a prestação de serviços através de diversões eletrônicas enseja a incidência do ISS, **ainda essas (*sic*) diversões sejam prestadas por meio de máquina de uso ilícito**" (fl. 123 – negritei); ou seja, o entendimento singular, bem como o do presente voto, é no sentido de que *os equipamentos de jogos de azar, como é o caso da máquina em comento, configuram espécie de diversão e jogo eletrônico, sujeitando-se, dessa forma, à respectiva tributação.*

Portanto, e restando evidenciado que o ínclito magistrado de primeiro grau considerou *tributável* a exploração das referidas máquinas, atividade esta expressamente assumida pelo requerente, não há que se falar em necessidade de dilação probatória para fins de comprovação de que o autor nunca possuiu outros tipos de jogos eletrônicos, haja vista ser incontroverso nos autos o exercício de tal atividade pelo contribuinte, ainda que, repete-se, "por meio de máquina de uso ilícito".

Afastada, destarte, a arguida preliminar, melhor sorte não socorre o apelante quanto ao mérito recursal.

Isto, pois, de acordo com os documentos de fls. 52/82, é possível se constatar que o tributo imposto ao demandante incide sobre "Diversões Eletrônicas" (atividade prevista no item 12.09a); assim, como referido alhures, partindo-se da premissa de que a exploração de máquinas caça-níqueis se enquadra no mencionado item, conclui-se que o ISS cobrado é legítimo e merece subsistir.

Outrossim, cabível ressaltar-se que as diferentes searas jurídicas e administrativas não se confundem e tampouco se excluem; em outras palavras,

Acesso ao Sumário

se os jogos eletrônicos (gênero) oferecidos por um determinado estabelecimento comercial correspondem, concomitantemente, a serviço legalmente tributável e a prática de atividade ilícita (jogo de azar – espécie), o município é competente tanto para lançar o respectivo tributo como para coibir a referida prática, com a tomada das medidas legais cabíveis.

Por conseguinte, e tendo-se em vista que as razões recursais voltam-se exclusivamente para a alegação de que a manutenção de máquinas caça-níqueis não é passível de tributação, entendimento este que, diante de todo o exposto, resta efetivamente *rejeitado*, imperiosa é a *manutenção* da r. sentença, pelos seus próprios e jurídicos fundamentos, aos quais adicionam-se os do presente voto.

Com isto, **nega-se provimento** ao recurso.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0018311-73.2012.8.26.0566, da Comarca de São Carlos, em que é apelante FERNANDO DOS SANTOS PAULINO (JUSTIÇA GRATUITA), é apelada FAZENDA DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em 2ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Recurso desprovido. V.U, com indicação a jurisprudência.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 5235)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores LUCIANA BRESCIANI (Presidente) e JOSÉ LUIZ GERMANO.

São Paulo, 19 de agosto de 2014.

RENATO DELBIANCO, Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: Suspensão de direito de dirigir – Ausência de notificação – Pedido de indenização de danos morais e materiais – Inadmissibilidade – Inexistência de nexo de causalidade entre o fato e o dano, uma vez que o comparecimento do procurador do autor, com pedido de início do prazo de cumprimento da pena, supriu a ausência da notificação alvitrada – Recurso desprovido.

VOTO

Trata-se de recurso de apelação interposto nos autos da ação de indenização por danos materiais e morais que foi julgada **improcedente** pela r. sentença de fls. 126/129.

Sustenta o apelante, que em descumprimento da legislação vigente, a apelada deixou de intimá-lo para que entregasse sua Carteira de Habilitação a fim de iniciar a contagem do prazo de suspensão, tendo sido extremamente prejudicado, pois é motorista profissional, e ficou impossibilitado de dirigir até abril de 2011. Alega que não poderia supor que a atitude de devolver sua CNH deveria partir de sua própria vontade, haja vista a falha da Ciretran. Afirma que no momento em que foi autuado no processo administrativo, nada lhe foi explicado consoante a necessidade de apresentar a CNH por sua livre e espontânea vontade, sendo orientado apenas a aguardar o andamento do processo, que, na realidade, jamais aconteceu por puro desleixo da apelada.

O recurso recebeu resposta.

É o breve relatório, adotado no mais o da r. sentença.

O apelante teve sua carteira de habilitação suspensa por um ano, em razão de ter sido autuado por estar dirigindo alcoolizado.

Pretende com a presente ação, ser indenizado por danos morais e materiais, porque não foi notificado da suspensão de seu direito de dirigir, tendo sofrido prejuízo por exercer a profissão de motorista.

O artigo 37, § 6º da Constituição Federal prevê que as pessoas 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.

Hely Lopes Meirelles em sua obra "Direito Administrativo Brasileiro", 24ª edição, página 593, ensina:

"*Para obter indenização basta que o lesado acione a Fazenda Pública e demonstre o nexo causal entre o fato lesivo (comissivo ou omissivo) e o dano, bem como seu montante. Comprovados esses dois elementos, surge naturalmente a obrigação de indenizar. Para eximir-se dessa obrigação incumbirá à Fazenda Pública comprovar que a vítima concorreu com culpa ou dolo para o evento danoso. Enquanto não evidenciar a culpabilidade da vítima, subsiste a responsabilidade objetiva da Administração*".

Ou seja, há necessidade que o autor da ação de indenização demonstre, de forma clara, o nexo causal entre o fato lesivo e o dano, sendo certo que o fato lesivo deve derivar de ação ou omissão praticados por agentes estatais.

No caso dos autos não se vislumbra o nexo causal entre o fato lesivo e o dano causado.

Consta dos autos que o autor foi autuado por estar dirigindo embriagado,

Acesso ao Sumário

tendo sido instaurado processo administrativo no qual foi penalizado com a suspensão de direito de dirigir (fls. 92).

O artigo 282 do Código de Trânsito Brasileiro prevê que aplicada a penalidade, será expedida notificação ao proprietário do veículo ou ao infrator, por remessa postal ou por qualquer outro meio tecnológico hábil, que assegure a ciência da imposição da penalidade.

O artigo 19 da Resolução Contran nº 182/2005 prevê que mantida a penalidade pelos órgãos recursais ou não, havendo interposição de recurso, a autoridade de trânsito notificará o infrator, utilizando o mesmo procedimento dos §§ 1º e 2º do artigo 10, da mesma resolução, para entregar sua CNH até a data do término do prazo constante na notificação.

É fato incontroverso nos autos que não houve, por parte da apelada, o cumprimento do artigo 282 do Código de Trânsito Brasileiro e do artigo 19 da Resolução Contran nº 182/2005, ou seja, a notificação do autor acerca da penalidade imposta, bem como para que este procedesse à entrega de sua habilitação.

Todavia, é fato incontroverso nos autos também, que o autor sabia do procedimento administrativo instaurado, tanto que apresentou defesa administrativa acerca da autuação em apreço (fls. 86).

O autor alega em sua inicial que somente veio a tomar conhecimento do bloqueio de sua CNH após agosto de 2010, quando se dirigiu até o Poupatempo de São Carlos a fim de pleitear nova via de sua carteira de habilitação que teria sido objeto de furto.

Ocorre que, em 05.04.10 (fls. 93), o autor, por intermédio de seu procurador, já havia informado a subtração de sua CNH, tendo realizado na mesma oportunidade pedido de início de prazo para cumprimento da penalidade, tanto que em 05.04.10 (fls. 100), obteve seu certificado de reciclagem de condutor.

O documento de fls. 109 informa que a autoridade administrativa aceitou o pedido de inclusão do Boletim de Ocorrência para início do cômputo da suspensão do direito de dirigir, e que, tendo o autor frequentado o curso de reciclagem, na data de 14.04.11, seu prontuário teria sido desbloqueado.

Como se vê, por todo conjunto probatório, o autor tinha conhecimento da pena de suspensão do direito de dirigir, tanto que realizou o curso de reciclagem, e houve pedido por parte de seu procurador, para início da contagem do prazo de suspensão a partir da data da entrega do Boletim de Ocorrência de furto.

Desta forma, tendo conhecimento do início da contagem do prazo de suspensão a partir de 05.04.10, data do pedido realizado pelo próprio autor, por intermédio de seu procurador, não há se falar em ausência de notificação que pudesse embasar o pedido de indenização por danos morais ou materiais

Acesso ao Sumário

eventualmente sofridos, uma vez que tinha ciência que referida suspensão perduraria até o mês de abril de 2011.

Anote-se que muito embora tenha sido julgado pela Vara do Juizado Especial Cível da Comarca de São Carlos (fls. 29/32), inexistir ligação entre a demissão do autor e a conduta de seu procurador, tal fato só comprova que este não teria sido comunicado, por seu despachante, sobre a aceitação da apresentação do Boletim de Ocorrência como data inicial para o cumprimento da pena de suspensão do direito de dirigir.

Se por qualquer motivo não tenha ocorrido a comunicação entre o autor e seu procurador, o fato é que a alegada ausência de notificação foi suprida pelo comparecimento espontâneo deste à autoridade de trânsito para se prontificar a dar início ao cumprimento da pena.

Em razão de tais fatos, inexistente o nexo causal entre o fato e o dano, não há como se deferir o pedido formulado na inicial.

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 o exposto, **nega-se provimento** ao recurso.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0002489-35.2010.8.26.0042, da Comarca de Altinópolis, em que são apelantes G.J.S.C. (JUSTIÇA GRATUITA) e L.C.S.C. (REPRESENTANDO MENOR(ES)), são apelados A.P.F.S. e FAZENDA DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em 5ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Por maioria de votos, negaram provimento ao recurso. Declarará voto vencido, o revisor.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 24374)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores NOGUEIRA DIEFENTHÄLER (Presidente), MARCELO BERTHE e FERMINO MAGNANI FILHO.

São Paulo, 18 de agosto de 2014.

NOGUEIRA DIEFENTHÄLER, Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: AÇÃO ORDINÁRIA – DANOS MORAIS – IMPROCEDÊNCIA. Aluno advertido ao adentrar atrasado na sala de aula – Danos morais – Descabimento. Mero desconforto não se traduz necessariamente em danos morais indenizáveis. Isto porque abalos desta espécie constituem mero aborrecimento, sem maiores consequências nos direitos de personalidade. Sentença mantida. Recurso desprovido.

VOTO

Vistos;

G.J.S.C. apela nos autos da ação ordinária ajuizada em face da FAZENDA DO ESTADO DE SÃO PAULO e outra da r. sentença de fls. 239/241 cujo relatório integro a este voto, por meio da qual o D. Magistrado houve por bem julgá-la improcedente.

Inconformando-se dela recorre o autor.

Sustenta que sofreu danos morais ao ser repreendido pela professora ao adentrar atrasado na sala de aula, fato que restou devidamente comprovado ao longo do processo. Pugna, assim, a reforma da r. sentença, para que a demanda seja julgada procedente.

Recurso em ordem e bem processado; instruído com as contrariedades das razões adversas; os presentes autos foram-me apresentados para exame e acham-se prontos para decisão.

É o relatório. Passo ao voto.

O recurso não merece ser provido.

Relata o autor que foi repreendido por docente da escola ao adentrar atrasado em sala de aula e ser recepcionado com a seguinte indagação: "Vocês estão atrasados, estavam os dois de rolinho no banheiro?". Em face deste episódio, sofreu abalos morais e demanda indenização tanto da Fazenda como da professora.

Pois bem, em que pese o esforço do recorrente, tenho que a demanda realmente não reúne condições para prosperar.

Em primeiro lugar, o conjunto probatório não demonstra claramente se foi esta a frase dita pela professora ou até mesmo se houve alguma espécie de insinuação acerca da sexualidade do recorrente, algo até mesmo incompatível com seu perfil, já que segundo o documento de fls. 131/132 ela era autora do projeto "*bullying*" na instituição, além de ter um excelente histórico profissional (os abaixo-assinados de fls. 133/139 e 177/201 demonstram o quanto a

Acesso ao Sumário

comunidade a estimava).

O que restou comprovado é que o recorrente adentrou atrasado na sala de aula e sofreu uma advertência da professora em razão disso, atitude corriqueira por parte dele, já que a documentação de fls. 116/139 demonstra que possuía histórico com inúmeras faltas e atrasos, além de baixo desempenho escolar, fatos que acabavam por justificar uma maior atenção por parte dos docentes no seu trato.

Ora, diante de todo este arcabouço de provas evidente que o agir da docente se deu dentro dos limites da legalidade, ou seja, não foi agir ilícito, já que é seu dever advertir os alunos de eventuais inobservâncias das regras vigentes na escola, notadamente quando se cabula a aula ou há interrupção indevida no trabalho que é levado da sala.

E como acertadamente mencionado pelo D. Magistrado, mesmo que a advertência tenha tido o teor citado na inicial, não há como apontar que a intenção fosse mesmo denegrir a imagem do autor ou até mesmo que ela tivesse a intenção de sugerir a prática de uma relação homossexual, já que a expressão "rolinho" pode tomar diversas conotações. O maior indício de que a ação não tomou a proporção indicada na inicial é que o colega que adentrava na sala com o autor (G.A.G.) jamais manifestou qualquer espécie de inconformismo ou indignação, como, aliás, se vê do depoimento que prestou em juízo.

De todo o exposto denota-se, portanto, que não há que se falar em danos morais, já que, de concreto, temos a comprovação de que o autor sofreu uma advertência verbal ao adentrar atrasado na sala de aula, fato longe de ser ilegal e impassível de causar abalos morais.

O fato de o requerente haver experimentado algum desconforto com a advertência não se traduz necessariamente em danos morais indenizáveis. Isto porque abalos desta espécie constituem mero aborrecimento, sem maiores consequências nos direitos de personalidade. Nesse mesmo sentido, citamos CARLOS ROBERTO GONÇALVES *in* "*Responsabilidade Civil*" (9ª ed., Saraiva, 2005): "*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 estão 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' (Programa, cit., p. 78)*" (p. 567).

Por fim, cumpre destacar que possivelmente a maior repercussão e

Acesso ao Sumário

sequelas do caso se deram em virtude da ação da genitora do recorrente, que acabou por agredir fisicamente a professora após o episódio narrado (fls. 48/76), ensejando inclusive a instauração de processo criminal e proposta de suspensão condicional do processo; a maior repercussão que o caso ganhou – e possivelmente os maiores reflexos na vida do autor –, portanto, não foi devido a ação da ré, mas sim em razão da atitude desmensurada tomada por sua mãe numa cidade tão pacata como Santo Antônio da Alegria.

Desta forma, não há o menor amparo para a pretensão que aqui se expõe.

Enfim, correto o desfecho eleito pelo D. Magistrado, merecendo ser mantido na íntegra.

Posto isso, voto no sentido do **desprovimento** do recurso.

DECLARAÇÃO DE VOTO VENCIDO

(Voto nº 4699)

Adota-se o relatório de fls.

Ouso divergir do voto do Eminente Desembargador relator sorteado Nogueira Diefenthäler.

Compulsando os autos, verifica-se que pretende o apelante indenização por dano morais por ter sua honra ofendida por professora de escola pública.

Da análise do conjunto probatório, extrai-se que a professora, após o aluno e um colega ter entrado na sala de aula atrasado, proferiu a seguinte frase: **"vocês estão atrasados, estavam os dois de 'rolinho' no banheiro?"**.

É evidente que a frase colocada por uma professora dentro da sala de aula e na frente de todos os demais alunos causou constrangimento ao autor.

Não há como interpretar a frase de outra forma que não seja para atingir a honra e dignidade do aluno.

Apesar do colega do autor não ter confirmado em juízo a versão antes apresentada perante a autoridade policial, forçoso reconhecer que assistindo à gravação da audiência, seu constrangimento é visível.

A prova, no seu conjunto, deixa claro o fato que motivou o ajuizamento da ação. Quiçá de modo impensado a professora fez afirmação infeliz, descabida, e desproporcional. A sua assertiva, ainda que feita impulsivamente, não pode ser tida como aceitável, porquanto, carregada de ironia, foi dirigida a dois alunos adolescentes que entravam na sala de aula atrasados.

A frase foi pronunciada diante de toda a classe, desencadeando todos os fatos que vieram então atormentar a convivência do apelante com seus colegas. Convívio depois ainda piorado quando do desdobramento que se verificou com a agressão física praticada pela mãe do aluno contra a professora. Aliás, a mãe

do apelante foi submetida a processo criminal por sua conduta.

Contextualizando os acontecimentos naquela pequena cidade do interior paulista, ficam compreendidos os fatos que sucederam aquele episódio referido na prova dos autos.

O apelante passou a não mais frequentar a escola, escondia-se em casa e evitava circular pela cidade. Foi preciso muito tempo para que o aluno reagisse àquela injusta agressão moral, a ele dirigida pela educadora do Estado, de quem não se poderia esperar semelhante provocação.

Por isso mesmo, data vênia do eminente relator, ao Judiciário cabe reprovar o comportamento da professora, inaceitável e não condizente com a sua condição.

O exame do conjunto da prova não deixa dúvida nenhuma acerca do ocorrido. Mesmo com as explicações apresentadas pela professora e pela direção da escola, não foi possível afastar o que de fato aconteceu.

Está muito claro o que ocorreu e as consequências do sucedido. E isso torna irrecusável o dano causado.

Dessa forma, presente o dano e o nexo de causalidade, a indenização é de rigor.

Os danos morais têm caráter compensatório para a vítima, enquanto possuem cunho inibitório, que se concretiza por meio da imposição de uma punição ao causador do dano.

Busca-se, pois, assentar que a conduta é reprovável e, por isso, impõe a compensação do injusto dano suportado pela vítima.

Esse é o caso dos autos, pois o apelante não sofreu mero aborrecimento. É evidente a angústia e a dor psicológica do apelante quando se viu atingido na sua honra.

Não há como deixar de reconhecer o sofrimento a que foi submetido, nem o acentuado agravo em sua dignidade, pois foi colocado numa situação humilhante pelo agente estatal.

Dessa forma, devidos os danos morais, eles são fixados na quantia de R$ 8.000,00 (vinte mil reais) (*sic*).

Essa importância não poderá jamais reparar a indignidade por que passou o apelante, mas compensará razoavelmente o evento, posto que é sabido o dano moral não pode ser reparado, mas apenas compensado, de modo a desagravar o sofrimento que ele traz.

Assim, tem-se que o valor arbitrado não representará enriquecimento injustificado, produzirá o efeito inibitório buscado, indenizando de modo justo e moderado, sem ser excessivamente módico nem exorbitante.

A propósito, esta é a orientação da jurisprudência deste E. Tribunal de

Acesso ao Sumário

Justiça:

RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO – Ação de indenização por danos morais – Aluno da Escola Estadual Professora Raquel de Castro – Ofensas advindas de professora e relacionadas à sua condição de afrodescendente – Não caracterização de ato ofensivo quanto ao primeiro evento – Configurado o caráter humilhante do segundo evento – Dano moral caracterizado *in re ipsa* – Responsabilidade civil objetiva do Estado, com base no art. 37, § 6º, da Constituição Federal – Responsabilidade civil também da servidora, diante de sua conduta no mínimo culposa. R. sentença reformada. **DANO MORAL** – Configurado – Fixação do *quantum* indenizatório, em caráter solidário, no valor de R$ 5.000,00, que repara o abalo experimentado pelo Autor, sem o risco de propiciar o seu enriquecimento sem causa. **JUROS DE MORA E CORREÇÃO MONETÁRIA** – Declaração de inconstitucionalidade por arrastamento do art. 5º da Lei nº 11.960/09 exarada pelo STF – Efeitos vinculantes – Aplicabilidade do art. 406 do Código Civil, para os juros de mora, com incidência a partir do evento danoso (Súmula nº 54/STJ) – A correção monetária, na forma da Tabela Prática do TJSP, incide a partir da decisão deste Colegiado (Súmula nº 362/STJ). **HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS** – Observância à Súmula nº 326, do STJ – Reformada a decisão de 1º Grau, por força do princípio da causalidade, reconhece-se a sucumbência das Rés – Fixação em 10% da condenação – Quantia que se mostra adequada frente às peculiaridades da demanda. Recurso parcialmente provido. (Apelação nº 0005127-51.2008.26.0223, Guarujá, Rel. Des. Carlos Eduardo Pachi, 9ª Câmara de Direito Público, j. 30.04.2014).

AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS EDUCACIONAIS. Hipótese dos autos na qual o aluno foi repreendido fisicamente pela docente em sala de aula – escoriações leves no braço do menor – responsabilidade civil – existência – a mera repreensão física é apta a gerar os danos morais, sendo desnecessária a ocorrência de qualquer lesão corporal para se vislumbrar a responsabilidade da educadora – lesão que somente corrobora a existência do dano – necessidade, contudo, de redução do valor de indenização a título de danos morais para o montante de R$ 7.500,00, em atendimento aos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade e observadas as peculiaridades da lide – reforma parcial da r. sentença. RECURSO DA RÉ PARCIALMENTE PROVIDO. (Apelação nº 0013735-51.2010.8.26.0002, São Paulo, Rel. Des. Berenice Marcondes Cesar, 27ª Câmara de Direito Privado, j. 18.03.2014).

Por fim, sobre o valor da condenação acima fixada, incidirão juros de mora, a partir da data do ilícito, na forma do art. 398 do CC e da Súmula 54 do STJ, e correção monetária desde a data do arbitramento, por força da Súmula 362 do STJ, aplicando-se o art. 1º-F da Lei 9.494/97, com a redação da Lei 11.960/09, obedecida a variação do IPCA/IBGE, que bem representa a correção

Acesso ao Sumário

da expressão monetária, como ficou pacificado na jurisprudência do STJ (EREsp 1.207.197/RS), em substituição do **"índice oficial de remuneração básica da caderneta de poupança"**, cuja expressão foi declarada inconstitucional, por arrastamento, no julgamento da ADI 4.357, pelo Supremo Tribunal Federal.

Ante o exposto, pelo meu voto, **dá-se provimento** ao recurso.

Pela inversão da sucumbência, condena-se a Fazenda Pública e a particular ao pagamento das custas, despesas processuais e honorários advocatícios arbitrados, por equidade, em 10% sobre o valor da condenação, nos termos do art. 20, § 4º, do Código de Processo Civil.

MARCELO BERTHE, Desembargador, Revisor vencido

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0242307-73.2009.8.26.0000, da Comarca de Presidente Prudente, em que são apelantes MARIO LUIZ CESTARI, MOACYR CESTARI FILHO, ROSANA BORCATO CESTARI, CESAR LUIZ CESTARI, MARIA CRISTINA BALAN CESTARI, DINA MARA CESTARI, LINEU JOSE PEDROSO, MARIA DE LOURDES CESTARI, MARIO LUIZ CESTARI, CESAR LUIZ CESTARI, MOACYR CESTARI FILHO, ANA IEDA CAMPOS CESTARI, ANDRE LUIZ CESTARI e PREFEITURA MUNICIPAL DE PRESIDENTE PRUDENTE, são apelados PREFEITURA DE PRESIDENTE PRUDENTE e MARIO LUIZ CESTARI (E OUTROS).

ACORDAM, em 1ª Câmara Extraordinária 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 da Relatora, que integra este acórdão. **(Voto nº 11.763)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores RICARDO DIP (Presidente) e VERA ANGRISANI.

São Paulo, 22 de julho de 2014.

LUCIANA ALMEIDA PRADO BRESCIANI, Relatora

Ementa: Ação Declaratória – IPTU – Loteamento com reserva de área de preservação permanente – Área sem finalidade, restrição máxima – Impossibilidade de cobrança do imposto – Honorários advocatícios – Montante fixado em razão do valor da causa – Possibilidade – Recursos desprovidos.

Acesso ao Sumário

VOTO

Trata-se de ação declaratória ajuizada por MARIO LUIZ CESTARI E OUTROS em face do MUNICÍPIO DE PRESIDENTE PRUDENTE alegando, em síntese, que em 1992, um imóvel de propriedade dos autores foi parcelado, tendo sido criado o "Jardim Cambuy". Todavia, a área reservada para proteção de mananciais (faixas de preservação) ainda é objeto de IPTU, exação contra a qual se insurgem.

A ação foi julgada procedente (fls. 153/169).

Os embargos de declaração opostos pelos autores foram parcialmente acolhidos (fls. 175/176).

As partes interpuseram recurso de apelação (fls. 181/194 e 197/200), regularmente processados e contrariados (fls. 206/212 e 215/218).

Os autores formularam pedidos de antecipação dos efeitos da tutela (fls. 224/225 e 232/233), o qual foi indeferido em 12.07.2012 (fls. 239).

Os autos foram redistribuídos a esta Relatora em 21 de fevereiro de 2014, na forma da Resolução nº 639/2014 do Órgão Especial deste E. Tribunal de Justiça e Portaria nº 02/2014 da Presidência da Seção de Direito Público do Tribunal de Justiça.

É o relatório.

Cuida-se de ação declaratória ajuizada por MARIO LUIZ CESTARI E OUTROS em face do MUNICÍPIO DE PRESIDENTE PRUDENTE alegando, em síntese, que em 1992, um imóvel de propriedade dos autores foi parcelado, tendo sido criado o "Jardim Cambuy". Todavia, a área reservada para proteção de mananciais (faixas de preservação) ainda é objeto de IPTU, exação contra a qual se insurgem.

A ação foi julgada procedente para ***declarar inexigível o imposto IPTU sobre a área de preservação permanente, descrita na inicial.*** Os embargos de declaração opostos pelos autores foram parcialmente acolhidos ***para constar que o reconhecimento de inexigibilidade do imposto de IPTU sobre a área descrita na inicial, reconhecida como área de preservação permanente, implica no reconhecimento implícito de ausência de fato gerador para lançamento do IPTU*** (fls. 176).

Apelam as partes, postulando a reforma do julgado.

Os autores pleiteiam o provimento do recurso para, além da declaração de inexistência e inexigibilidade do IPTU desde o ano de 1993, condenar a Fazenda Pública a se abster de cobrar o crédito tributário até então lançado, bem como de lançar novos fatos geradores e, por fim, considerar o valor da condenação na fixação dos honorários advocatícios.

Acesso ao Sumário

O Município de Presidente Prudente, por sua vez, busca a reforma da sentença, aduzindo a inexistência de lei concessiva de isenção na hipótese em tela.

Pois bem.

Os recursos não merecem provimento.

O imóvel pertencente aos autores foi objeto de loteamento de acordo com planta aprovada pela Prefeitura, CETESB e Divisão Regional de Saúde e Departamento de Proteção a Recursos Naturais – DPRN, consoante a matrícula de fls. 28.

Na ocasião, foram constituídos 216 lotes residenciais, 44 comerciais, além de melhoramentos. Foi reservada uma área de 68.266,66 m² para a proteção de mananciais (faixas de preservação).

Ocorre que essa área de preservação hídrica permanente, identificada pelo réu às fls. 139/140, após determinação do MM. Juízo *a quo* (fls. 136), é objeto de cobrança do IPTU desde o ano de 1993, de acordo com os documentos de fls. 35/41, em montante que ultrapassa R$ 1.000.000,00.

Alegam os autores que não há fato gerador na espécie, porquanto se trata de área de preservação permanente, a qual *não é destinada a qualquer tipo de exploração, pelo contrário, ela deve ser preservada*... (fls. 16).

Inconteste a cobrança de IPTU sobre a área de preservação permanente do loteamento desde o ano de 1993.

A discussão resume-se à possibilidade de cobrança do referido imposto sobre área de preservação.

Nesse sentido, o réu limita-se a aduzir a inexistência de legislação concessiva da benesse.

Entretanto, como bem ressaltou o n. Magistrado sentenciante, *em se tratando de área imprópria a qualquer finalidade e com restrição máxima ao uso da propriedade, acarreta a supressão total do valor econômico do bem, que anulam a possibilidade de lançamento do tributo debatido. O fato gerador do imposto é a propriedade imóvel, mas sua exigência só é cabível, no caso, se atendidos aqueles requisitos legais. No caso o imposto é indevido* (fls. 168).

Assim dispõe o artigo 32, do Código Tributário Nacional:

Art. 32. O imposto, de competência dos Municípios, sobre a propriedade predial e territorial urbana tem como fato gerador a propriedade, o domínio útil ou a posse de bem imóvel por natureza ou por acessão física, como definido na lei civil, localizado na zona urbana do Município.

Acerca dos poderes inerentes à propriedade, o Código Civil prevê no *caput* do artigo 1.228 que:

Art. 1.228. O proprietário tem a faculdade de usar, gozar e dispor da

Acesso ao Sumário

coisa, e o direito de reavê-la do poder de quem quer que injustamente a possua ou detenha.

O parágrafo primeiro, por sua vez, trata da função socioambiental da propriedade ao dispor que:

§ 1º O direito de propriedade deve ser exercido em consonância com as suas finalidades econômicas e sociais e de modo que sejam preservados, de conformidade com o estabelecido em lei especial, a flora, a fauna, as belezas naturais, o equilíbrio ecológico e o patrimônio histórico e artístico, bem como evitada a poluição do ar e das águas.

A conjugação desses dispositivos evidencia que o direito de propriedade pode sofrer limitações, como se verificou em tela, mediante a fixação de uma área de preservação permanente.

Ocorre que, ao estabelecer a área de preservação permanente e diante das limitações impostas, seu conteúdo econômico foi esvaziado, tratando-se de área sem finalidade ao proprietário.

Assim, imperativo o reconhecimento da impossibilidade de cobrança do IPTU sobre tal área.

Nesse sentido, já decidiu este Tribunal de Justiça:

APELAÇÃO CÍVEL – Ação de Repetição de Indébito – IPTU do exercício de 2005 – Imóvel localizado em área de proteção ambiental reconhecida pela municipalidade – Inconstitucionalidade da cobrança reconhecida. Sentença Mantida – Recurso Improvido (Apelação nº 0079534-18.2008.8.26.0000, 2ª Câmara Extraordinária de Direito Público, Relator Maurício Fiorito, j. em 27 de março de 2014).

De rigor a transcrição de elucidativo excerto do v. acórdão acima referido:

Dessa maneira, no caso, o fato do imóvel localizar-se em área de proteção ambiental deve ser considerado como limitação administrativa, imposta através do poder de polícia exercida pelo Município, influenciando no valor do mercado do imóvel, que por sua vez constitui da base de cálculo do IPTU, como também no seu domínio útil.

Acesso ao Sumário

Estabelece o artigo 32 do Código Tributário Nacional que o imposto, de competência dos Municípios, sobre a propriedade predial e territorial urbana, tem como fato gerador a propriedade, o domínio útil ou a posse de bem imóvel por natureza ou por acessão física, como definido na lei civil, localizado na zona urbana do Município. Assim, os embargantes estão impedidos de usar, gozar e usufruir de seu imóvel, que está localizado em área de proteção ambiental, ocorrendo restrição de direito, em razão do princípio da função social da propriedade, em que o interesse da coletividade deve prevalecer sobre o particular.

Destarte, era de rigor a procedência do pedido nos termos da r. sentença, consignando que, às fls. 176, restou expresso que *reconhecida como área de*

preservação ambiental permanente, implica no reconhecimento implícito de ausência de fato gerador para lançamento do IPTU.

Passa-se à análise quanto aos honorários.

Fixou-se o montante de 10% sobre o valor da causa, postulando os autores a fixação em razão do valor da condenação.

Nada a alterar, porquanto se trata de ação declaratória, e não ação de obrigação de fazer ou não fazer, consoante explanado pelo MM. Juízo *a quo* às fls. 175. Assim, em que pese haja a declaração de inexigibilidade de IPTU, não houve condenação no réu relativamente ao montante dos impostos já lançados em face dos autores.

Por estes fundamentos, pelo meu voto, nego provimento aos recursos.

Para fins de prequestionamento se tem por inexistente violação a qualquer dispositivo constitucional ou infraconstitucional invocado e pertinente à matéria em debate.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0600452-65.2013.8.26.0014, da Comarca de São Paulo, em que é apelante BANCO DO BRASIL S.A., é apelada FAZENDA DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em 3ª 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 24.551)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores ANTONIO CARLOS MALHEIROS (Presidente) e CAMARGO PEREIRA.

São Paulo, 12 de agosto de 2014.

MARREY UINT, Relator

Ementa: Embargos à execução – PROCON – Multa por infração ao Código de Defesa do Consumidor – Embargante confessa a infração e não traz elementos que comprovem seus argumentos – Procedimento administrativo observou os ditames legais, não havendo cerceamento de defesa – Multa por litigância de má-fé – Inocorrência de má-fé na conduta do Apelante – Exclusão da multa – Sentença parcialmente reformada para esse fim – Recurso parcialmente

Acesso ao Sumário

provido.

VOTO

Cuida-se de embargos à execução interpostos por Banco do Brasil S.A. em face de Procon, por execução por multa pela infração ao Código de Defesa do Consumidor.

Relata que foi lavrado auto de infração nº 1.130, em razão de que foi aberta conta-corrente, bem como a emissão de cheques em nome de José Dorival Alves da Silva, o qual teve seus documentos extraviados.

Alega que foi tão vítima quanto o Sr. José Dorival Alves da Silva e que, por não ser o mesmo correntista do banco, não há relação de consumo.

Aponta nulidade no auto de infração, pois a agência do Banco inscrita na dívida ativa (Avenida Paulista) não tem qualquer relação com a agência de Santos, onde ocorreram os fatos. E que não há certeza do título, havendo excesso de execução.

Em apenso, ação anulatória, julgada em conjunto pela sentença de fls. 283/289, prolatada pelo Juiz Felipe de Melo Franco, que julgou improcedentes os embargos à execução e a ação desconstitutiva, determinando o prosseguimento da execução, arcando a Embargante com as custas, despesas processuais e honorários advocatícios arbitrados em 20% do valor total do débito atualizado, mais multa de 1% sobre o valor da execução e indenização de 15% sobre o valor da execução, nos termos do artigo 18, *caput* e § 2º do Código de Processo Civil.

Apela o Banco do Brasil (fls. 296/317) apontando nulidade do auto de infração por ausência de previsão de tipos normativos de sanções no CDC. Afirma que não houve litigância de má-fé em sua conduta ao ajuizar a ação desconstitutiva de débito fiscal juntamente com os embargos à execução. Alega que agiu com a diligência necessária para a abertura de conta-corrente do terceiro fraudador e que não há relação de consumo no caso presente.

É o relatório.

Em primeiro lugar, não há como responsabilizar a Agência do Banco do Brasil de Santos, ou qualquer outra regional, como quer o Apelante, uma vez que estas não têm personalidade jurídica.

Cabe, pois, ao Banco do Brasil S.A. compor o polo passivo da ação e, sendo o caso, ser responsabilizada.

Conforme se depreende de fls. 45 dos autos, o Apelante foi autuada por infração ao artigo 39, *caput*, do Código de Defesa do Consumidor, *verbis:*

"*Artigo 39 – É vedado ao fornecedor de produtos ou serviços, dentre outras práticas abusivas: (...)*"

Isso porque houve a abertura de conta-corrente em nome de José Dorival

Alves Silva, com documentos extraviados do mesmo. A instituição bancária foi informada e, ainda assim, o nome do consumidor foi inserido nos órgãos e proteção ao crédito, configurando a prática abusiva prevista no *caput* do artigo 39 do CDC.

Entenda-se por consumidor, aquele descrito no artigo 29 do CDC:

"*Artigo 29 – Para os fins deste Capítulo e do seguinte, equiparam-se aos consumidores todas as pessoas determináveis ou não, expostas às práticas nele previstas.*"

Ou seja, o reclamante José Dorival Alves Silva equipara-se à condição de consumidor, pois foi afetado pela prática abusiva cometida pelo Banco do Brasil, na medida em que jamais solicitou a abertura de conta-corrente e, ainda assim, foi inscrito nos cadastros dos órgãos de proteção ao crédito pela Apelante.

Como observado pela sentença guerreada, "*avisada da fraude, a embargante não reverteu imediatamente a negativação, tendo preferido deixá-lo negativado até que fizesse as apurações (ao invés do oposto) e, ainda, sem estabelecer contato pessoal com o consumidor ao menos até 22/08/2003, como se nota no relato de fls. 8 do processo administrativo (apenso)*" (fls. 286).

O Banco do Brasil, em momento algum, nega a ocorrência dos fatos narrados na inicial, não comprovando que excluiu o nome do consumidor dos órgãos de proteção ao crédito, como deveria fazê-lo.

A Executada ofereceu defesa administrativa em julho de 2004 (fls. 75/79) com julgamento em 17.01.2005 (fls. 94), tendo havido redução da multa aplicada para 1/3.

Foi notificada da aplicação da multa (fls. 118), mas não efetuou o pagamento (fls. 119), ocasionando a inscrição da dívida em 17.07.2006.

Não houve qualquer ofensa aos princípios da ampla defesa e contraditório, e, ocorrida a infração descrita no auto, correta a sua manutenção.

No mesmo sentido:

APELAÇÃO – Anulação de débito – Multa imposta pelo Procon – Legalidade – Penalidade imposta em decorrência de infringência ao disposto no Código de Defesa do Consumidor – Recurso desprovido.

Apelação Cível nº 787.799-5/3-00, Comarca de Campinas, Nona Câmara de Direito Público, Relator Sérgio Gomes, julgado em 23 de setembro de 2009.

APELAÇÃO CÍVEL – MANDADO DE SEGURANÇA – RELAÇÃO DE CONSUMO – OCORRÊNCIA – MULTA APLICADA PELO PROCON – ADMISSIBILIDADE – A MULTA FOI APLICADA CONFORME OS CRITÉRIOS DEFINIDOS EM LEI E APLICÁVEIS AO CASO EM QUESTÃO – RECURSO IMPROVIDO.

Apelação nº 568.222.5/4-00, Relator Franco Cocuzza, julgada em

23/03/09.

MULTA. COBRANÇA. Código de Defesa do Consumidor. PRELIMINAR de cerceamento de defesa, afastada. MÉRITO. Pretensão à anulação de auto de infração e multa. Artigo 39, incisos III e V do Código de Defesa do Consumidor. Multa fixada nos termos dos artigos 56 e 57 do CDC. Inexistência de violação aos princípios da legalidade, proporcionalidade e da razoabilidade. Sentença mantida. Recurso improvido.

Apelação Cível nº 785.358.5/7, Relator Antonio Rulli, julgada em 01/10/08.

A fixação da multa observou os critérios de razoabilidade e proporcionalidade previstos no artigo 57 do Código de Defesa do Consumidor, tendo em vista a valoração da gravidade da infração e capacidade econômica do infrator, considerando o Banco do Brasil como um todo, e não somente a agência de Santos, que, como já dito, não tem personalidade jurídica.

Em relação à multa aplicada pelo Magistrado *a quo*, não se vislumbra na conduta do Apelante em litigância de má-fé.

O Banco do Brasil apenas exercitou o direito que lhe entendia cabível, dentro dos limites do razoável, devendo ser excluída a cominação de multa imposta na sentença guerreada.

Em face do exposto, dá-se parcial provimento ao recurso do Apelante somente para afastar sua condenação em multa por litigância de má-fé, mantida, no mais, a sentença.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0002181-93.2012.8.26.0279, da Comarca de Itararé, em que é apelante COMPANHIA DE SANEAMENTO BÁSICO DO ESTADO DE SÃO PAULO – SABESP, é apelado MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em 2ª Câmara Reservada ao Meio Ambiente do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento ao recurso, com observação. V.U.", de conformidade com o voto da Relatora, que integra este acórdão. **(Voto nº 19149)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores EUTÁLIO PORTO (Presidente sem voto), PAULO ALCIDES e ALVARO PASSOS.

São Paulo, 21 de agosto de 2014.

VERA ANGRISANI, Relatora

Acesso ao Sumário

Ementa: AÇÃO CIVIL PÚBLICA. DANO AMBIENTAL. Substituição da tubulação destinada ao fornecimento de água que contenha em sua composição amianto/asbesto. Alegação de que o mineral é cancerígeno. Inadmissibilidade. Malefícios causados pelo amianto que decorre da inalação de suas fibras. Ausência de estudos conclusivos acerca do risco com a ingestão de amianto em água potável. Ademais, os riscos decorrentes da remoção e disposição dos produtos que contenham o amianto podem ser maiores que a mera ingestão de água potável proveniente de sistema de abastecimento que utiliza o mineral em tubulações ou reservatórios. Improcedência da ação. Recurso provido para esse fim, com observação.

VOTO

Trata-se de recurso de apelação interposto pela **COMPANHIA DE SANEAMENTO BÁSICO DO ESTADO DE SÃO PAULO – SABESP** contra a r. sentença de fls. 363/366 que, nos autos da ação civil pública interposta pelo **MINISTÉRIO PÚBLICO**, julgou procedente o pedido, determinando que a ré providencie a remoção de toda a tubulação destinada ao fornecimento de água que contenha em sua composição o amianto/asbesto, no prazo de 120 dias, sob pena de multa diária de R$ 3.000,00.

Alega a apelante, preliminarmente, a suspensão da ação em decorrência do julgamento da ADI nº 3.937, em trâmite no STF, bem assim que há cerceamento de defesa e impossibilidade jurídica do pedido. No mérito, aduz a existência de lei federal que disciplina a utilização do amianto e a legalidade da atividade, bem como que os estudos realizados até hoje comprovam que o amianto pode causar riscos à saúde humana se inalado, ressaltando que em seu estado inerte, como ocorre em tubulações de água, não foram detectados quaisquer riscos à saúde. Entende que a medida viola os princípios da independência dos poderes e da interferência no desenvolvimento da atividade econômica. Subsidiariamente, insurge-se contra o prazo e valor atribuído à multa (fls. 383/410).

Recurso recebido (fls. 486) e respondido (fls. 488/496). O Procurador de Justiça manifestou-se pelo não provimento do recurso (fls. 516/523).

É o relatório.

Em que pese o entendimento proferido na r. sentença, o pedido objeto da presente ação não merece acolhida.

Pela análise dos autos, o órgão Ministerial ajuizou a presente ação

Acesso ao Sumário

visando à condenação da SABESP para que promova no Município de Itararé a substituição das tubulações para o fornecimento de água que contenham amianto, assim como na obrigação de não fazer, consistente em não utilização de qualquer material que contenha o mineral, em razão de seu caráter cancerígeno.

A melhor definição para o mineral de que ora se trata pode ser encontrada no site da Associação Brasileira dos Expostos ao Amianto – Abrea (endereço eletrônico constante no texto original):

"O amianto ou asbesto é uma fibra mineral natural sedosa que, por suas propriedades físico-químicas (alta resistência mecânica e às altas temperaturas, incombustibilidade, boa qualidade isolante, durabilidade, flexibilidade, indestrutibilidade, resistente ao ataque de ácidos, álcalis e bactérias, facilidade de ser tecida etc.), abundância na natureza e, principalmente, baixo custo tem sido largamente utilizado na indústria. É extraído basicamente de rochas compostas de silicatos hidratados de magnésio, onde apenas de 5 a 10% se encontram em sua forma fibrosa de interesse comercial".

Os nomes latino e grego, respectivamente, amianto e asbesto, têm relação com suas principais características físico-químicas, incorruptíveis e incombustíveis.

Referido mineral apresenta diversas composições químicas e cristalográficas, dividindo-se em dois grupos: as serpentinas, cuja variedade mais comum é a crisotila (silicato hidratado de magnésio) e os anfibólios, grupo composto por crocidolita, amosita, antofilita, actinolita e tremolita.

Sua origem deriva de rochas metamórficas eruptivas, que por processo natural de resfriamento se cristalizaram na forma de material fibroso.

Já foi considerado como a seda natural ou o mineral mágico, já que vem sendo utilizado desde os primórdios da civilização, inicialmente para reforçar utensílios cerâmicos, conferindo-lhes propriedades refratárias.

As variedades de amianto do grupo dos anfibióticos tiveram sua extração, produção, industrialização, utilização e comercialização vedadas em todo o território nacional, de acordo com o art. 1º, da Lei nº 9.055, de 01.06.1995.

Já a crisotila, conhecida como amianto branco, tem sua extração, industrialização e comercialização permitidas pela mesma lei. Tal permissão é contestada por grupos organizados (entre os mais ativos está a Associação Brasileira dos Expostos ao Amianto), com base em estudos sobre a periculosidade da variedade e nas legislações estrangeiras que baniram o amianto[1]. Também há contestação por legislações estaduais e municipais que proíbem o uso do amianto.

Acesso ao Sumário

1 Tem-se o conhecimento de que, além da Europa, Argentina, Austrália, Chile e Uruguai, baniram o amianto.

O Brasil é o terceiro maior produtor de amianto crisotila do mundo[2], atrás da Rússia, que produz quase metade do total de pouco mais de 2,1 milhões de toneladas consumidas anualmente, e da China (18%). Canadá e Cazaquistão produzem, cada, cerca de um décimo do volume consumido mundialmente.

O conhecimento das patologias relacionadas às fibras de amianto tem avançado muito nos últimos anos, o que não significa que a comunidade científica tenha chegado a consenso sobre muitos pontos importantes, ao contrário.

O malefício que pode ser causado pelo amianto decorre da inalação de suas fibras. As fibras que se encontram em suspensão podem ser inaladas e dependerá do seu movimento aerodinâmico, das defesas naturais do organismo, assim como das vias respiratórias, a sua chegada aos alvéolos e dutos do pulmão. Os fatos mais importantes, segundo a literatura médica para determinar o desenvolvimento de fibrose pulmonar, que podem evoluir para câncer de pulmão, referem-se à quantidade de poeira aspirada, a dimensão (comprimento e diâmetro) das partículas e a durabilidade das fibras nos pulmões, sem que haja decomposição[3].

As principais doenças associadas ao amianto são as doenças benignas da pleura (revestimento interno do pulmão), como o espessamento difuso da pleura e placas pleurais, a fibrose pulmonar (asbestose), câncer do pulmão e mesotelioma.[4]

Dados acerca dos males do amianto ao trabalhador remontam à época de Cristo, conforme aponta Barry Castleman[5] ao se reportar às chamadas "*diseases of slaves*" ou doenças dos escravos. A poeira do asbesto já causava malefícios à saúde de quem o manipulava desde aquele tempo.

Nesse esteio, destaca-se que a literatura médica tem diversos registros das doenças causadas pela fibra em trabalhadores individuais. O primeiro, data de 1924 e publicado pelo patologista britânico W. E. Cooke sob o título "Fibrosis of the Lungs Due to the Inhalation of Asbestos Dust", também é mencionado por Castleman[6]. Observa-se que Dr. Castleman registra que as doenças dos trabalhadores relacionadas ao asbesto não ficam evidentes nos primeiros anos de exposição, mas seu progresso inexorável não é interrompido

Acesso ao Sumário

2 Basicamente com a produção da Sama Mineração, em Minaçu, Goiás.

3 BARACUI, Pedro Lehmann*, in O novo direito administrativo, ambiental e urbanístico*. Editora Revista dos Tribunais, p. 337.

4 A asbestose é uma enfermidade crônica causada por cicatrizações do tecido pulmonar, que acarreta seu endurecimento e diminuição progressiva na transferência de oxigênio dos alvéolos para o sangue. O mesotelioma é um tumor maligno que atinge a pleura e o peritônio (órgão abdominal). O câncer de pulmão é um tumor maligno associado a uma série de fatores, inclusive à exposição do amianto.

5 CASTLEMAN, Barry. *Asbestos: medical and legal aspects. In*: Barry, Castleman, with a contribution by Stephen L. Berger. 3rd ed., p.1.

6 Obra citada, p. 7.

com a cessação da referida exposição[7]. E acrescenta: "To make matters worse still, the compromised lungs of the asbestosis victims rendered them especially vulnerable to respiratory infections. So even a moderate degree of asbestosis was organized as a threat to life, because of the enhanced risk that an ordinary chest cold could lead to pneumonia and death".

Relevante apontar outras explicações científicas colhidas sobre o mineral, em estudo publicado no já referido *site* da Abrea, realizado pela fundadora da Associação, a engenheira civil Fernanda Giannsi, a qual afirma: "A associação entre enfermidades pulmonares e pleurais, malignas e não-malignas (comumente denominadas de afecções benignas), e a exposição ao amianto ou asbesto, fibra de origem mineral e composta, basicamente, de silicato de magnésio hidratado, está muito bem documentada cientificamente na literatura médica internacional há pelo menos um século, embora a utilização desta matéria-prima remonte aos primórdios da civilização humana eis que já consabido que mesmo antes da era cristã (2500 a.C.), na Finlândia, já se utilizava a antofilita (amianto do tipo anfibólio), para a produção artesanal de cerâmicas com propriedades refratárias". E continua: "O conhecimento do amianto pelas suas propriedades de isolamento térmico e incombustibilidade é milenar. Não obstante, sua utilização em escala comercial teve início, efetivo, com a Revolução Industrial, diante das necessidades de sua utilização para o revestimento das máquinas a vapor, dadas suas qualidades e baixo custo, sendo assim que no ano de 1828, os Estados Unidos conseguiram a primeira patente – amianto – conhecida 'como material isolante das máquinas a vapor'."

Outra grande controvérsia reside na hipótese de existência de risco ambiental relacionado à exposição a fibras de amianto. Os riscos decorreriam não da exposição em ambiente de trabalho, mas das fibras presentes na atmosfera e na hidrosfera, tenham elas origem natural ou artificial.

Quanto aos riscos ambientais decorrentes das fibras disseminadas nas águas, trata-se de averiguação importante para países que têm aflorações de rochas amiantíferas como o Brasil, que utilizam em larga escala caixas d'água de fibrocimento. Vale ressaltar que, desde a década de 1920, o cimento-amianto é utilizado em tubos para adução de água, estimando-se que em torno de três a quatro milhões de quilômetros de tubos já tenham sido instalados em todo mundo.

Acesso ao Sumário

E, para melhor compreensão do caso em concreto, necessário esclarecer que fibrocimento é o nome genérico de um material de construção onde uma pasta de cimento é reforçada por fios ou filamentos, que podem ser de origem natural ou sintética (fios de PVA – acetato de polivinila – e fios de polipropileno). O fibrocimento com fios naturais pode empregar a crisotila, que é uma fibra oriunda dos processos de mineração e britagem das rochas amiantíferas da família das serpentinas, sendo a única permitida a ser minerada, beneficiada,

7 Obra citada, p. 33.

transportada e transformada em produtos acabados no Brasil e no mundo.

Na fabricação de tubulações de fibrocimento, geralmente, são empregadas como matérias-primas água, cimento Portland, fibras naturais (crisotila) ou sintéticas (polipropileno ou acetato de polivinila), celulose e calcário.

O cimento Portland é um pó fino, constituído de silicatos e aluminicatos complexos, que, ao serem misturados com a água, hidratam-se, formando uma massa gelatinosa, finamente cristalina. Esta massa, após contínuos processos de cristalização, endurece, oferecendo então elevada resistência mecânica. Ele é definido também, como sendo um aglomerante ativo, pois é o material ligante que promove a união dos grãos agregados, necessitando de um elemento externo (água) para iniciar sua reação química e, desta forma, "encapsular" o asbesto contido na formulação do artefato de fibrocimento.

A água tem um papel de destaque dentro da engenharia do concreto, devendo ser empregada na quantidade estritamente necessária para envolver os grãos, permitindo a hidratação e posterior cristalização do cimento. Quando temos muita água na mistura, o excesso migra para a superfície pelo processo de exudação. Deixa atrás de si vazios chamados de porosidade capilar. Esta porosidade prejudica a resistência do concreto, aumenta sua permeabilidade e diminui a durabilidade da peça concretada.

O uso de asbesto na composição química das tubulações de fibrocimento tem, sobretudo, características econômicas, pois, considerando que apenas 20% (vinte por cento) da composição são o suficiente para conferir ao material resistência à corrosão externa causada pelas condições do solo em que se encontra, resistência mecânica para suportar choques e abalos e ser de fácil instalação devido a sua leveza. Do mesmo modo apresenta resistência à corrosão interna causada pela água que nela circula. Ou seja, dificilmente ocorrerá a degradação interna da tubulação de fibrocimento e consequente arraste de fibras de asbesto em quantidades superiores às permitidas pela legislação se a água que nela circula sofrer o tratamento químico adequado nos termos da legislação que rege a matéria.

Vários estudos foram feitos acerca do risco da ingestão de água veiculada em tubulações que tenham em sua composição construtiva o asbesto/amianto. Um deles, citado por Cláudio Scliar, realizado em 71 cidades do Canadá, comparou a cidade de Sherbrooke, onde existe uma alta concentração de amianto na água potável (aproximadamente 150 milhões de fibras por litro), com outras e concluiu que a incidência de cânceres gastrintestinais era extremamente baixa se comparada com outras cidades com níveis de amianto mais baixos na água.[8]

Outro estudo, realizado pela Organização Mundial da Saúde e publicado

8 SCLIAR, Cláudio. *Amianto: mineral mágico ou maldito? Ecologia humana e disputa político-econômica*. Belo Horizonte: Novatus, 2005.

em 1986[9], comparou oito regiões para examinar a associação entre a contaminação de amianto na água e a incidência de câncer. Apenas uma das oito regiões estudadas apresentou alguma evidência consistente.

Como menciona Scliar, o documento "Diretivas de qualidade da água de beber" da OMS declara, levando as concentrações habitualmente encontradas, que as fibras de amianto na água de beber não trazem nenhum risco para a saúde, e que "os estudos epidemiológicos das populações, onde as fontes de água contêm expressivos teores de amianto não revelam qualquer prova de que o amianto ingerido seja carcinogênico".

Sabe-se que uma vez "encapsulado" na composição química da tubulação de fibrocimento, e por ela circulando água potável adequadamente tratada, o risco de corrosão química de sua superfície e a consequente liberação de asbesto em níveis tende a zero.

Ademais, convém citar que a Portaria nº 2.914, de 12.12.2011, do Ministério da Saúde, que, entre outros, dispõe sobre os padrões de potabilidade da água para consumo humano, não aponta o asbesto como objeto de controle e vigilância.

Sendo assim, a conclusão que se chega é que, de fato, os estudos realizados até hoje demonstram efetivamente que o amianto pode causar riscos à saúde quando inalado pelo ser humano. Não havendo, por outro lado, estudos conclusivos sobre o risco com a ingestão de amianto em água potável, o que, aliás, foi admitido pelo próprio autor conforme consta da inicial, bem assim que a água potável adequadamente tratada dificilmente corroerá a superfície da tubulação de fibrocimento a ponto de promover a liberação significativa de material encapsulado.

Em outro dizer, os perigos à saúde constatados relacionam-se com a inalação de amianto, em especial, no ambiente de trabalho. Várias patologias são reconhecidas como consequência disso, tais como, carcinoma, asbestose brônquica maligna, mesotelioma de pleura e peritônio. Em contraste, não há evidência de carcinogenicidade pela ingestão de asbesto por meio da água potável.

Acesso ao Sumário

Dessa forma, inexistindo comprovação consistente dos alegados malefícios à saúde humana quando da ingestão de água potável contendo o mineral aqui estudado, a improcedência da ação era medida que se impunha.

Por fim, imperioso fazer uma importante ressalva: em se tratando o amianto de uma substância cancerígena ao ser inalado, caso eventualmente o Município, por razões desconhecidas, venha a proceder a substituição da tubulação existente, necessária a adoção de medidas efetivas de segurança.

9 Organização Mundial da Saúde. *Asbestos and other natural mineral fibres*. Envir. Health Criteria 53. Genebra: OMS, 1986.

A utilização de produtos à base de fibrocimento requer cuidados especiais devido à dispersão de poeira que ocorre no seu manuseio, expondo diferentes trabalhadores que entram em contato com esse material, bem como a população residente próxima a essas áreas. Durante todo o manuseio do produto é imprescindível cuidado com o desprendimento de poeira do amianto, pois, repita-se, a inalação de suas fibras que ficam dispersas no ar pode causar doenças irreversíveis à saúde.

Daí porque se aconselha avaliar os riscos decorrentes da remoção e disposição dos produtos que contenham amianto, como é o caso da remoção das tubulações de água de cimento-amianto, uma vez que tais riscos podem ser maiores que a mera ingestão de água potável proveniente de sistema de abastecimento que utiliza o cimento amianto em tubulações ou reservatórios, ou, ainda, caso assim opte o Poder Público pela substituição, melhor abandonar a rede existente para instalação da nova.

Para fins de prequestionamento, observo que a solução da lide não passa necessariamente pela restante legislação invocada e não declinada. Equivale a dizer que se entende estar dando a adequada interpretação à legislação invocada pelas partes. Não se faz necessária a menção explícita de dispositivos, consoante entendimento consagrado no Eg. Superior Tribunal de Justiça, nem o Tribunal é órgão de consulta, que deva elaborar parecer sobre a implicação de cada dispositivo legal que a parte pretende mencionar na solução da lide, uma vez encontrada a fundamentação necessária.

Pelo exposto, **dá-se provimento** ao recurso, com observação.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0021313-38.2012.8.26.0344, da Comarca de Marília, em que é apelante PREFEITURA MUNICIPAL DE MARÍLIA, é apelada TRANSBRASILIANA CONCESSIONÁRIA DE RODOVIAS S/A.

ACORDAM, em 15ª 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 22963)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores SILVA RUSSO (Presidente sem voto), EUTÁLIO PORTO e REZENDE SILVEIRA.

São Paulo,17 de julho de 2014.

RODRIGUES DE AGUIAR, Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: APELAÇÃO – AÇÃO ORDINÁRIA – Taxa de licença, exercícios de 2009, 2010 e 2011 – Município de Marília – Concessionária de rodovias – Rodovia BR 153 – Bem pertencente à União, que é competente para fiscalizar e instituir taxas – Incompetência de fiscalização pelo ente municipal – Sentença mantida – RECURSO IMPROVIDO.

VOTO

1. Apelação do réu MUNICÍPIO DE MARÍLIA (fls. 382/ss) contra r. sentença (fls. 372/ss), proferida em Ação Ordinária movida por TRANSBRASILIANA CONCESSIONÁRIA DE RODOVIAS S/A, por meio da qual a autora pretende anular lançamento da taxa de licença sobre a praça de pedágio, exercícios de 2009, 2010 e 2011; bem como, condenação do Município a repetição dos valores recolhidos.

2. Na inicial sustentou a autora, em síntese, que o Município de Marília não tem competência para exercer poder de polícia perante as atividades relacionadas ao funcionamento da praça de pedágio na Rodovia BR-153/SP, eis que a competência é da União Federal por meio da Agência Nacional dos Transportes Terrestres – ANTT. Requer, por fim, repetição dos valores recolhidos.

3. A r. sentença proferida pelo MM. Juiz Silas Silva Santos julgou procedente o pedido para declarar a inexistência de relação jurídica tributária que autorize o réu a cobrar da autora taxa derivada do exercício do poder de polícia, no que concerne a praça de pedágio situada na BR 153; reconhecer a nulidade do lançamento e condenar o Município a repetição dos valores pagos nos exercícios de 2009, 2010 e 2011, sob o fundamento de que a Rodovia Federal BR 153 constitui bem da União e a praça de pedágio nela construída situa-se dentro dos limites desse território, de maneira que a praça de pedágio não está no território do Município de Marília.

Acesso ao Sumário

4. Em seu apelo sustenta o Município, em síntese, que a cobrança refere-se ao poder de polícia exercido com fins a vigilância e fiscalização das atividades desenvolvidas em seu território, não se voltando às atividades da autora, tampouco, sobre o transporte interestadual e a Rodovia Federal BR 153. Requer, por fim, seja reconhecido que a taxa cobrada não diz respeito a fiscalização da atividade exercida pela concessionária na exploração de rodovia federal, que no caso, é de competência da União, mas a proteção da população no que diz respeito aos riscos inerentes a saúde e ao bem estar, nos termos do disposto no artigo 78 do CTN.

5. Recurso tempestivo, isento de preparo e respondido (fls. 394/ss).

É o relatório.

6. Pretende o Município a reforma da r. sentença.

Sem razão.

Isso porque não se nega ao Município a cobrança das taxas de fiscalização, localização e funcionamento, com base no disposto no artigo 77 do CTN que autoriza a União, os Estados e Municípios, no âmbito de suas respectivas atribuições, a exigência de taxa cujo fato gerador encontra-se atrelado ao regular exercício do poder de polícia, ou a utilização, efetiva ou potencial, de serviço público específico e divisível, prestado ao contribuinte, ou posto à sua disposição.

Contudo, a Rodovia Federal BR 153 constitui bem da União e a praça de pedágio nela construída situa-se nos limites do território da União.

Assim, o Município de Marília, ora apelante, não detém atribuição para exercer poder de polícia sobre atividade praticada em território da União.

Ora, na lição de Aires F. Barreto "*as pessoas políticas podem criar taxas em consonância com as matérias que lhes pertencem, de acordo com a outorga de competência administrativa*." (*in* Curso de Direito Tributário Municipal, 2ª edição, São Paulo, Saraiva, 2012, pg. 475). Ou seja, somente o ente público que desenvolve a atividade estatal para a qual recebeu competência administrativa é que pode instituir a taxa correspondente.

Ademais, o contrato de concessão é claro ao estipular que toda a fiscalização relacionada à atividade de exploração do sistema rodoviário BR-153/SP é de competência da Agência Nacional dos Transportes Terrestres – ANTT, ou seja, da União Federal (fls. 136, cláusula 18).

Em situação semelhante este E. Tribunal de Justiça tem decidido:

0012418-21.2013.8.26.0161 – Apelação

Relator: Eutálio Porto

Comarca: Diadema

Órgão julgador: 15ª Câmara de Direito Público

Data do julgamento: 07/11/2013

Data de registro: 12/11/2013

APELAÇÃO CÍVEL – Ação anulatória – Taxa de fiscalização, localização e funcionamento dos exercícios de 2002, 2003, 2011 e 2012 – Concessionária de rodovias – Sistema Anchieta-Imigrantes – Governo do Estado de São Paulo competente para fiscalizar e instituir taxas – Incompetência de fiscalização pelo ente municipal – Precedentes desta 15ª Câmara de Direito Público – Sentença mantida – Recurso improvido.

Assim, não se discute se a autora tem de se submeter ou não a legislação

Acesso ao Sumário

municipal ou tampouco se existe norma que estabeleça ou não isenção em seu favor. O fato relevante é que o Município de Marília não tem atribuição para exercer poder de polícia em território pertencente à União.

Por essas razões 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 0106889-09.2006.8.26.0053, da Comarca de São Paulo, em que é apelante GILBERTO RAMOS DA SILVA, 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: "Deram provimento ao apelo, com observação, para reformar a r. sentença de extinção, determinando-se o retorno dos autos ao Juízo de origem, para que o requerente elabore cálculo minucioso e discriminado de eventuais diferenças a seu favor, que poderá ser impugnado pelo devedor e aferido pela contadoria oficial. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 15313)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores LUIZ DE LORENZI (Presidente) e LUIZ FELIPE NOGUEIRA.

São Paulo, 12 de agosto de 2014.

VALDECIR JOSÉ DO NASCIMENTO, Relator

Ementa: ACIDENTE DO TRABALHO. EXECUÇÃO DE SENTENÇA. COBRANÇA DE EVENTUAIS DIFERENÇAS DE PRECATÓRIO. EXTINÇÃO DA EXECUÇÃO PREMATURA. NECESSIDADE DO PROSSEGUIMENTO DA FASE EXECUTIVA PARA QUE SOMENTE APÓS A SATISFAÇÃO INTEGRAL DA DÍVIDA POSSA OCORRER A EXTINÇÃO COM FUNDAMENTO NO ART. 794, I, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL.

RECURSO DE APELAÇÃO DO AUTOR PROVIDO, COM OBSERVAÇÃO. REFORMA DA SENTENÇA.

Acesso ao Sumário

VOTO

Vistos.

Trata-se de ação acidentária movida contra o INSS – Instituto Nacional de Seguro Social, em fase de execução, julgada extinta com base no art. 794, I, do Código de Processo Civil, conforme r. sentença de primeiro grau da lavra da MM. Magistrada Heliana Maria Coutinho Hess – fl. 199 –.

Apelou o exequente sustentando, em síntese, estar equivocada a extinção da execução sem a satisfação integral da obrigação da autarquia; alegou ser credor de diferença remanescente do depósito do precatório de fls. 197/198; ressaltou, por seu turno, que sem a satisfação integral do débito seria inviável a extinção da execução; por fim, requereu o provimento do apelo para que seja afastada a extinção da ação, determinando-se o prosseguimento da execução para recebimento das diferenças ainda devidas.

Recurso tempestivo, devidamente recebido, processado e sem contrarrazões.

A Douta Procuradoria não se manifestou por força de atos normativos.

É o relatório.

Observo, de pronto, não ser possível a apreciação imediata, pelo E. Tribunal, do cálculo do exequente anexado ao recurso de apelação, pois sequer os temas – juros e correção monetária – foram solucionados pelo Juízo singular, sob pena de suprimento de um grau de jurisdição, o que é inconcebível.

No mais, o recurso do requerente merece guarida, conforme se verá.

Cumpre recordar, por oportuno, após sagrar-se vencedor em ação acidentária, o INSS ofertou cálculo no valor de R$ 76.959,97 em agosto de 2011 (fls. 161/184).

Diante a concordância do credor – fl. 189 –, ao cálculo elaborado pela Autarquia, expediu-se o ofício requisitório em julho de 2012 – fl. 194 –.

Efetuado o depósito no valor de R$ 77.607,56, requereu o credor o levantamento da quantia depositada, bem como protestou por nova vista, objetivando a apuração de diferenças eventualmente existentes – fl. 196 –.

Ocorre que, ao mesmo tempo em que o Juízo singular **determinou a expedição do mandado de levantamento extinguiu a execução** por entender estar satisfeita a obrigação – fl. 199 –.

Ora o credor sequer teve oportunidade para declarar que de fato havia ocorrido a satisfação integral da obrigação do executado.

Pois bem, o contexto dos autos deixa claro que a extinção da execução foi prematura.

Pode parecer louvável o rápido encerramento de mais um processo, mas a verdade é que a controvérsia existente nos autos permaneceu sem solução.

Acesso ao Sumário

Como teria a Julgadora *a quo* concluído pela integral satisfação do débito sem sequer ter dado oportunidade para que se manifestasse o exequente a respeito?

Simplesmente indicou como fundamento a integral satisfação da obrigação pelo devedor, sem quaisquer elucidações.

Ora, constitui princípio elementar de direito assegurar o contraditório, o qual não foi observado com o forçado término da execução.

Friso que a extinção da obrigação com lastro no art. 794, I, do CPC somente ocorre quando houver a total quitação do débito pendente, ou seja, com o cumprimento integral da obrigação por parte do devedor; assim, cabe a ele comprovar nestes autos, onde ocorreu a sua condenação, renove-se, a real quitação dos valores devidos, com todos os seus acréscimos legais, sob pena de assim não o fazendo, sujeitar-se ao prosseguimento da execução até a plena satisfação do credor.

Destarte, enquanto o título judicial não estiver integralmente quitado, inviável a extinção da fase executiva da ação com lastro no pagamento do débito – art. 794, I, do CPC –, motivo pelo qual a r. sentença proferida no seu bojo foi precoce, não podendo, assim, subsistir.

Portanto, diante desse quadro, determino o prosseguimento da execução a fim de que ocorra a execução de eventuais diferenças pendentes para, somente após, com a quitação integral da dívida, julgar-se extinta a execução.

Ante o exposto, pelo meu voto, dou provimento ao apelo, com observação, para reformar a r. sentença de extinção, determinando-se o retorno dos autos ao Juízo de origem, para que o requerente elabore cálculo minucioso e discriminado de eventuais diferenças a seu favor, que poderá ser impugnado pelo devedor e aferido pela contadoria oficial.

ACÓRDÃO

Acesso ao Sumário

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0524822-17.2004.8.26.0564, da Comarca de São Bernardo do Campo, em que é apelante PREFEITURA MUNICIPAL DE SÃO BERNARDO DO CAMPO, é apelada CONCESSIONÁRIA ECOVIAS DOS IMIGRANTES S.A..

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 25.296)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores SILVA

RUSSO (Presidente) e RODRIGUES DE AGUIAR.

São Paulo, 28 de agosto de 2014.

ERBETTA FILHO, Relator

Ementa: TAXA DE LICENÇA DE FUNCIONAMENTO E DE PUBLICIDADE – Município de São Bernardo do Campo – Embargos à execução julgados procedentes – Cobrança decorrente do exercício do poder de polícia do Município – Hipótese de vigilância e fiscalização pelo Poder Público da utilização de meios de publicidade ou propaganda – Não usurpação, ademais, da competência estabelecida em contrato de concessão – Recurso provido.

VOTO

Vistos.

Embargos à execução fiscal fundada em taxa de licença de fiscalização do funcionamento e de publicidade do Município de São Bernardo do Campo julgados procedentes com a sentença de fls. 129/130, prolatada pelo MM. Juiz de Direito Olavo Paula de Leite Rocha.

A Municipalidade de São Bernardo do Campo interpõe o presente apelo com vistas ao prosseguimento da execução fiscal, expondo, para isso, os seguintes argumentos, em resumo: a competência municipal para instituir e cobrar as taxas em questão, especialmente em se tratando de assuntos de interesse local, decorre da própria Constituição Federal e está orientada pelo princípio da autonomia dos entes políticos; a taxa de fiscalização foi instituída ante a competência do município para disciplinar o uso e a ocupação do solo e é calculada com base nas áreas que compõem o centro de apoio técnico e administrativo; a taxa de publicidade também decorre do poder de polícia do ente público e, igualmente, é prevista na legislação municipal; por outro lado, a Municipalidade não fiscaliza os serviços objetos de concessão estadual, mas se atém apenas às posturas urbanísticas e temas de interesse local; as atribuições do Município, portanto, não conflitam com a competência contratual do Estado de São Paulo para fiscalizar a prestação dos serviços concedidos.

Regularmente processado e respondido.

É o relatório.

O provimento do apelo é medida que se impõe.

Com efeito, a sociedade executada busca a extinção do executivo fiscal

Acesso ao Sumário

contra ela movido, lançando mão, em suma, de três alegações: i) o Município não tem competência para exercer poder de polícia sobre a embargante, porque, na condição de concessionária de serviço público estadual, ela se submete apenas à fiscalização do Estado-membro concedente; ii) os tributos são inexigíveis, haja vista que somente agora são cobrados, a despeito de já haver estabelecimento no território municipal desde 1974, além de não haver qualquer contraprestação por parte do ente público; iii) a cobrança altera o equilíbrio econômico-financeiro do contrato de concessão.

A causa versa sobre o lançamento da taxa de fiscalização de funcionamento e de publicidade, do Município de São Bernardo do Campo, dos exercícios de 1999 e 2000, tendo a sentença reconhecido a nulidade do lançamento, por ser a recorrida empresa contratada pela concessionária de rodovia estadual, cuja fiscalização está afeta ao poder concedente, no caso, o Estado de São Paulo.

Não favorece, a ora recorrida, primeiramente, o apego à incompetência tributária do Município de São Bernardo do Campo.

A exigência da taxa de funcionamento e de publicidade está afeta ao exercício do poder de polícia do ente tributante, nos estabelecimentos situados em seus limites territoriais, o que efetivamente ocorre no escritório administrativo da embargante, área afeta ao centro de apoio técnico e administrativo, a teor do que está contido nos arts. 148 e 160/171 do Código Tributário Municipal – Lei nº 1.802/69.

Indiscutível, *data venia*, a possibilidade de cobrança das taxas de fiscalização e de publicidade, nos termos do art. 148, *in fine*, da Lei nº 1.802/69, que dispõe acerca do exercício do poder de polícia pela administração municipal, em relação a qualquer atividade.

Em caso análogo, esta Câmara já se pronunciou no sentido da incidência do tributo, quando do julgamento da Apelação nº 531.632-5/0-00, em que figurava como recorrente o DERSA – Desenvolvimento Rodoviário S/A (Relator Desembargador Silva Russo, v.u., em 28.05.2009), de cujo v. acórdão extrai-se a ementa:

Acesso ao Sumário

"*EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL – Taxa de fiscalização de localização, de instalação e de funcionamento – Exercícios de 1998 e 1999 – Município de Itaquaquecetuba – Falta de reiteração do agravo retido – Emprego do artigo 523, § 1º, do CPC – Recurso não conhecido – Aptidão da inicial – Evidência de seu objetivo – Sentença reformada – Apelo da embargante provido em parte, para resolução do mérito – Aplicação do artigo 515, § 3º, do CPC – Tributo devido – Fato gerador decorrente do poder de polícia – Expressa previsão na Lei Municipal – Renovação anual cabível – Súmula 157 do E. STJ cancelada – Respeito ao artigo 145, § 2º, da CF – Embargos rejeitados em grau recursal.*"

E não poderia ser diferente. Se o instrumento contratual de concessão

confere ao ente concedente poder de fiscalização – tal como afirma a embargante –, esse poder, evidentemente, restringe-se ao cumprimento das obrigações contratuais, conforme, aliás, consta expressamente da cláusula nº 34.1, transcrita na inicial destes embargos (fls. 04 e 46). Em outras palavras, a fiscalização a ser exercida pelo ente concedente atém-se apenas aos aspectos técnicos da atividade pública objeto da concessão.

Já o Município, ao exercer o poder de polícia relativamente ao funcionamento dos estabelecimentos mantidos pela executada, o faz com vistas a verificar o cumprimento das posturas municipais: trata-se de fiscalizar o cumprimento de deveres sensivelmente distintos daqueles cuja observância é fiscalizada pelo Estado-membro concedente.

Ou seja, a prerrogativa do Estado concedente para fiscalizar o cumprimento das obrigações contratuais não exclui, por óbvio, a competência dos demais entes federativos para instituírem os tributos cuja criação a Constituição lhes reserva. Tampouco exclui o poder-dever destes para exigir o atendimento às normas que regularmente estatuíram.

Nesse particular, por outro lado, a circunstância de o estabelecimento estar situado no território municipal desde 1974, sem ter-se submetido à tributação, nada diz sobre a validade da mesma, nem deve ser objeto de análise nestes embargos. Pois a execução ora embargada versa tão somente sobre os exercícios de 1999 e 2000 e esse deve ser o período analisado.

Além disso, não se sustenta a pretensão da embargante no argumento que diz com suposta inexistência de atuação do ente público, pois que esta não se exaure com a concessão inicial da autorização para a localização e funcionamento, justificando-se, ainda, a cobrança anual da taxa pela constância da fiscalização, não importando que, na prática, o estabelecimento do contribuinte não tenha sido visitado por algum agente da Municipalidade desde que obtida a autorização. Não significa isso inexistência ou falta de efetividade da fiscalização, podendo esta ocorrer a qualquer momento, nos casos em que, por exemplo, se verificar a alteração das condições iniciais do local onde a atividade é exercida.

A propósito do tema, o Pleno do STF, em precedente que gerou Repercussão Geral (RE nº 588.322/RO, Relator Ministro Gilmar Mendes, v.u., DJ de 24.05.2011) confirmou a constitucionalidade da cobrança da taxa de renovação de funcionamento e localização. Nesse julgado ficou assentado que a existência de órgão fiscalizador não é condição para o reconhecimento da constitucionalidade da taxa sob exame.

Outrossim, é oportuno ressaltar não ser este o caso de aplicação do entendimento do Pretório Excelso acerca da ilegitimidade da taxa de uso e ocupação de solo e do espaço aéreo. Como se sabe, o STF já enfrentou a controvérsia em torno desse tributo – que alguns Municípios exigem das

Acesso ao Sumário

concessionárias de serviços públicos, a título de retribuição pelo uso do solo – e declarou sua inconstitucionalidade quando do julgamento do R.E. nº 581.947/RO (Pleno, Rel. Min. EROS GRAU, v.u., j. 27.05.2010). Nessa ocasião, a mais alta Corte decidiu que tal exação tem natureza de indenização pelo uso do solo e que o Município Ji-Paraná, então recorrente, não poderia instituí-la sob pena de violar o direito subjetivo da concessionária de utilizar bens de domínio público necessário ao exercício da atividade de que se incumbiu.

O caso de que trata o presente recurso, porém, como fica claro, não se refere à cobrança pelo uso de bem público, mas, segundo se extrai do texto da própria lei instituidora (transcrito pela Municipalidade a fls. 76), à cobrança de taxa em razão do efetivo exercício do poder de polícia. E, nesse ponto, vale registrar, os Excelentíssimos Ministros daquela Corte houveram por bem consignar, no curso dos debates que precederam a pronunciamento do *decisum*, que, se a cobrança tivesse natureza de taxa devida pelo exercício do poder de polícia, então, a exação seria legítima.

Por fim, quanto à alegada alteração do equilíbrio econômico-financeiro, ainda uma vez carece de razão a embargante. Caso a cobrança da taxa questionada ocasione, de fato, a alteração desse equilíbrio em desfavor da ora recorrida, caberá a esta restabelecê-lo junto ao poder concedente, não servindo essa circunstância, todavia, de pretexto para o não pagamento do tributo.

Impunha-se, em suma, fossem os embargos julgados improcedentes, com o consequente prosseguimento da execução. Para esse fim, então, com a inversão dos ônus sucumbenciais, reforma-se a sentença atacada.

Para os fins enunciados, e na conformidade do exposto, em suma, meu voto propõe dar provimento ao recurso.

ACÓRDÃO

Acesso ao Sumário

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0005739-04.2009.8.26.0627, da Comarca de Teodoro Sampaio, em que é apelante FAZENDA DO ESTADO DE SÃO PAULO, é apelada CREUSA ROSA DOS SANTOS.

ACORDAM, em 9ª 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 10.520)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores MOREIRA DE CARVALHO (Presidente) e OSWALDO LUIZ PALU.

São Paulo, 3 de setembro de 2014.
DÉCIO NOTARANGELI, Relator

Ementa: CONSTITUCIONALE ADMINISTRATIVO – MANDADO DE SEGURANÇA – SERVIDOR PÚBLICO – MAGISTÉRIO – LIBERDADE RELIGIOSA – DISPENSA DE EXERCÍCIO AOS SÁBADOS – ADMISSIBILDIADE.

1. O agente estatal pode invocar razões de convicção religiosa para se eximir de obrigação funcional. Exigência de prestação alternativa que depende de fixação em lei. Privação do direito que só cabe quando também se recusa à prestação alternativa. Inteligência do art. 5º, VI e VIII, CF.

2. Dispensa de servidor aos sábados durante período excepcional de reposição de aulas. Admissibilidade. Segurança concedida. Sentença mantida. Reexame necessário, considerado interposto, e recurso desprovidos.

VOTO

Cuida-se de mandado de segurança impetrado por Creusa Rosa dos Santos contra ato da Diretora da Escola Estadual Prof. Francisco Ferreira de Souza consistente na reformulação do calendário escolar e programação de reposição de dias letivos aos sábados.

A r. sentença de fls. 50/52, cujo relatório se adota, concedeu a segurança.

Inconformada apela a vencida objetivando a reforma do julgado. Para tanto, sustenta que a reposição de aulas aos sábados decorre de instrução CENP/SRHU que reorganizou o calendário escolar para fins de cumprimento dos 200 dias letivos no ano de 2009. Aduz que a impetrante já ministra aulas durante a semana nos períodos da manhã e à tarde, de modo que não há possibilidade de reposição em outro dia e período. Por fim, assevera que a medida é excepcional, transitória e legitimada pela ordem jurídica vigente.

Recurso recebido e processado, sem contrarrazões. A douta Procuradoria Geral de Justiça manifestou-se pelo provimento do apelo.

É o relatório.

Inicialmente considera-se submetida a reexame necessário a r. sentença apelada (art. 14, § 1º, Lei nº 12.016/09).

Em que pese o inconformismo da apelante, merece confirmação a r.

sentença atacada cujos fundamentos são ratificados, nos termos do art. 252 RITJESP.

Cuida-se na origem de impetração fundada na liberdade religiosa – direito fundamental assegurado pela Constituição Federal (art. 5º, VI) – com o propósito de afastar faltas de docente aos sábados, dias em que há reposição de aulas em razão do atraso no início do semestre letivo.

Ao contrário do que sustenta a impetrada, a liberdade religiosa é direito fundamental, o qual pode constituir, *prima facie*, motivo legítimo para afastar obrigação funcional imposta a servidor público, ainda que mediante determinadas condições, conforme se verá adiante.

Em situações de conflito entre direitos fundamentais e outros interesses igualmente legítimos, é dever do Poder Público ponderá-los com vistas a evitar custos desnecessários para os envolvidos. Essa, aliás, é a premissa do exame de proporcionalidade, cujo propósito é barrar medidas excessivamente restritivas a direitos e liberdades fundamentais.

Com efeito, no caso da liberdade religiosa a Constituição Federal garante, em seu artigo 5º, inciso VIII, que "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." Ressalte-se, ainda, que os direitos fundamentais têm aplicabilidade imediata (art. 5º, § 1º, CF) e a Administração está sujeita ao princípio da legalidade.

Nesse sentido ensina JOSÉ AFONSO DA SILVA que "o dever de prestação alternativa depende de fixação em lei. Sem isso, mesmo que ocorra a escusa, não há como impô-la; e, como a privação do direito só cabe quando o escusante também se recusa à prestação alternativa, não pode ela ocorrer" (Comentário Contextual à Constituição, 7ª ed., São Paulo: Malheiros, 2010, p. 100).

Nada disso constitui novidade. De acordo com a Lei Estadual nº 12.142/05, por exemplo, caso as provas de vestibular ou concurso para provimento de cargos públicos sejam agendadas para o sábado, a organização do certame deve permitir a realização do exame após as 18 horas ao candidato que invocar razões religiosas (artigo 1º, § 1º).

A prestação alternativa foi considerada legítima pelo Colendo STF (STA 389 AgR/DF, Rel. Min. Gilmar Mendes, j. em 3.12.2009), pois de um lado preserva a liberdade religiosa e de outro não representa ônus excessivo para o Poder Público.

No caso vertente, a impetrante tem o direito *prima facie* de exigir prestação alternativa para desempenho de parte de suas funções, a fim de não ser privada do direito de ocupar cargo público.

Acesso ao Sumário

Com efeito, cabe à impetrada indicar forma alternativa para desempenho das funções da impetrante, como, por exemplo, lecionar em outros períodos ou mesmo atribuir-lhe tarefas administrativas ou de planejamento pedagógico a fim de compensar a carga horária durante o período em que perdurar a necessidade de reposição de aulas.

Impende esclarecer, por fim, que, ao contrário do que argumentam a impetrada e a douta Procuradoria Geral de Justiça, a decisão do MM. Juízo *a quo* não viola o princípio da laicidade, mas fundamenta-se na aplicação de regra insculpida no art. 5º, VIII, da Constituição Federal, daí porque não se pode falar em conflito entre normas de mesma hierarquia.

Em suma, a impetrante não pode ser privada de seus direitos por motivo de crença religiosa, sendo legítima sua pretensão à dispensa aos sábados durante o período em que perdurar a necessidade de reposição de aulas. De rigor, portanto, a concessão da segurança.

Por essas razões, desacolhe-se o reexame necessário, considerado interposto, e nega-se provimento ao recurso.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 4023306-25.2013.8.26.0114, da Comarca de Campinas, em que é apelante ANTÔNIO MANOEL MARQUES PEREIRA, é apelada PREFEITURA MUNICIPAL DE CAMPINAS.

ACORDAM, em 11ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram parcial provimento ao recurso. V.U. Sustentou oralmente o Dr. Luiz Carlos de Barros Lapolla – OAB: 186.350/SP", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 33.280-*e*)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores LUIS GANZERLA (Presidente) e PIRES DE ARAÚJO.

São Paulo, 9 de setembro de 2014.

RICARDO DIP, Relator

Ementa: EMBARGOS À EXECUÇÃO DE TÍTULO JUDICIAL. SENTENÇA DECLARATÓRIA. EFICÁCIA EXECUTIVA.

– Mácula de extrapetição da sentença que, porém, é suscetível de recorte, afastando-se apenas o excesso,

qual, na espécie, o da extinção da via executória.

– "Tem eficácia executiva a sentença declaratória que traz definição integral da norma jurídica individualizada. Não há razão alguma, lógica ou jurídica, para submetê-la, antes da execução, a um segundo juízo de certificação, até porque a nova sentença não poderia chegar a resultado diferente do da anterior, sob pena de comprometimento da garantia da coisa julgada, assegurada constitucionalmente. E instaurar um processo de cognição sem oferecer às partes e ao juiz outra alternativa de resultado que não um, já prefixado, representaria atividade meramente burocrática e desnecessária, que poderia receber qualquer outro qualificativo, menos o de jurisdicional" (REsp 588.202 – STJ – Rel. Min. TEORI ALBINO ZAVASCKI).

– Ocorre que, para o caso, o debate no processo de conhecimento se limitou à possibilidade da averbação do tempo de serviço prestado pelo ora apelante a outros órgãos públicos em ordem à contagem do período aquisitivo de licença-prêmio e de adicionais temporais e de sexta-parte, não sendo discutido o tema da base de cálculo das referidas vantagens pecuniárias, sequer pleito havendo, no feito de origem, de que elas se contassem sobre os vencimentos integrais.

– Assim, em que pese à possibilidade de conferir-se eficácia executiva às sentenças meramente declaratórias, as peculiaridades do caso em tela não permitem, sem liquidação, que se execute o decidido no processo de conhecimento como título executivo das prestações vencidas atinentes aos quinquênios e à sexta-parte, patente o dissídio acerca de questão de direito não deposta no feito anterior.

– Afastada a ineficácia executiva do título em pauta, tese acolhida pelo *decisum* recorrido, o exame dos pedidos subsidiários formulados pela Municipalidade campineira na incoativa dos vertentes embargos à execução implicaria julgamento *per saltum*, uma vez que as questões não foram apreciadas na origem.

Provimento parcial da apelação para reconhecer

Acesso ao Sumário

a eficácia executiva do título objeto, determinando a remessa dos autos à origem para apreciação dos demais pleitos.

VOTO

RELATÓRIO:

1. O Município de Campinas opôs embargos à execução de título judicial ajuizada por Antônio Marques Pereira, com que visa este a receber prestações vencidas referentes a quinquênios e sexta-parte, devidos em virtude da averbação do tempo de serviço prestado em outras entidades públicas antes do ingresso no quadro de servidores da Administração campineira, averbação essa que foi de terminada em sentença mantida por acórdão desta 11ª Câmara de Direito Público.

O embargante pretende o reconhecimento da inexigibilidade dos valores pretéritos, por faltar-lhes o apoio do caráter condenatório no título exequendo. Subsidiariamente, pleiteia que a execução se restrinja às prestações vencidas somente a partir da citação, bem como que a correção monetária e os juros de mora observem os critérios da Lei nº 11.960/2009 (29-6). Afirma, ainda, não ter o embargado preenchido o requisito temporal do benefício da sexta-parte, sendo a base de cálculo dos adicionais em pauta o vencimento padrão acrescido das vantagens incorporadas.

2. A r. sentença de origem acolheu os embargos, entendendo inexistente condenação no pagamento das verbas em debate, extinguindo a execução (*e*-pág. 105).

Do decidido, apelou o demandado, arguindo a nulidade da sentença pelo vício da ultrapetição, pois não se pleiteara extinguir-se o processo executivo, de que os valores em atraso são apenas parte do valor exequendo.

Aduz que, embora o pedido na ação cognitiva estivesse limitado ao averbamento, para todos os fins, do tempo de serviço prestado em outros órgãos públicos, a procedência do feito tem como consequência lógica a obrigação de pagar não só as parcelas vincendas, mas também as vencidas desde outubro de 1998, momento em que o ora apelante tomou posse no cargo público que ocupa na Municipalidade recorrida. Ressalta a formulação de pedido administrativo símile ao objeto do processo de conhecimento em 2001, circunstância suspensiva do prazo prescricional. Sustenta hígida a aplicação da Tabela Prática para Cálculo de Atualização Monetária dos Débitos Judiciais editada pelo Tribunal de Justiça de São Paulo para a repotenciação monetária dos valores e a taxa mensal de 1% para os juros moratórios.

No tocante com a base de incidência das vantagens em pauta, sustenta que essas devam calcular-se sobre a integralidade dos vencimentos, tema que afirma

Acesso ao Sumário

já debatido nos autos, observando já ter a Municipalidade apelada reconhecido administrativamente o direito ao adicional de sexta-parte (*e*-págs. 115-35).

Respondeu-se ao recurso (*e*-págs. 185-9).

É o relatório do necessário, conclusos os autos recursais em 20 de maio de 2014 (*e*-pág. 190).

VOTO:

3. Assiste razão ao recorrente ao sustentar ser *extra petita* a r. sentença objeto, pois, de fato, a Municipalidade campineira **não pleiteou a extinção do feito executivo**, mas apenas impugnou a execução das prestações vencidas , **nem a extinção resultaria da acolhida do pleito do Município.**

4. Esse equívoco, todavia, **não acarreta a nulidade do julgado**, mas **a exclusão de seu excesso** (cf. REsp 734.52 – STJ – Rel. Min. HÉLIO QUAGLIA BARBOSA, j. 15-10-2007; REsp 885.910 – STJ – Rel. Min. NANCY ANDRIGHI, j. 5-8-2008; REsp 36.866 – STJ – Rel. Min. SÁLVIO DE FIGUEIREDO TEIXEIRA, j. 6-5-1996; AgR no Ag 512.887 – STJ – Rel. Min. CARLOS ALBERTO MENEZES DIREITO, j. 29-3-2004; REsp 84.847 – STJ – Rel. Min. ARI PARGENDLER, j. 22-11-1999), para prestígio da instrumentalidade e da economia processual, atuando-se, adequadamente, o critério recolhido pelos aforismos *utile per inutile non vitiatur e superflua non nocent* (cf. REsp 93.602 – STJ – Rel. Min. BARROS MONTEIRO, j. 21-3-2002).

5. Incontroverso nos autos ser a versada ação de conhecimento **expressamente declaratória**, extraindo-se da inicial que o pedido nela desfiado **não** abrangera o pagamento das prestações vencidas atinentes aos quinquênios e à sexta-parte:

> "o provimento judicial declaratório da relação jurídica, para que se estabeleça que o requerente tem direito à averbação do tempo de serviço prestado na Administração Direita e fundacional para todos os fins, sendo averbado o tempo prestado em Sociedade de Economia Mista, para efeitos de aposentadoria, disponibilidade, adicional por tempo de serviço e sexta-parte" (*e*-pág. 149),

constando do dispositivo da r. sentença de origem a procedência "para reconhecer o direito do requerente à averbação do tempo de serviço prestado à Secretaria de Estado da Educação, à USP, à Fundacentro e ao IPT, para todos os fins" (*e*-pág. 58), resultado mantido pelo acórdão relatado pelo eminente Des. OSCILD DE LIMA JÚNIOR (*e*-págs. 63-71).

6. Manifestamente contra-econômica seria, no entanto, a instalação de um processo condenatório que – postas a salvo questões pósteras ao venerando acórdão anterior e que podem examinar-se na órbita da execução – não pode enfrentar a situação jurídica declarada no processo pretérito e da qual deriva a

Acesso ao Sumário

postulada recepção dos adicionais por tempo de serviço e de sexta-parte. É que a declaratória antecedente não tinha fins preventivos, mas já afligia situação atrativa de reparação jurídica.

7. O egrégio Superior Tribunal de Justiça decidiu que:

> "Tem eficácia executiva a sentença declaratória que traz definição integral da norma jurídica individualizada. Não há razão alguma, lógica ou jurídica, para submetê-la, antes da execução, a um segundo juízo de certificação, até porque a nova sentença não poderia chegar a resultado diferente do da anterior, sob pena de comprometimento da garantia da coisa julgada, assegurada constitucionalmente. E instaurar um processo de cognição sem oferecer às partes e ao juiz outra alternativa de resultado que não um, já prefixado, representaria atividade meramente burocrática e desnecessária, que poderia receber qualquer outro qualificativo, menos o de jurisdicional" (REsp 588.202 – Rel. Min. TEORI ALBINO ZAVASCKI, j. 25-2-2004).

Reporta-se, em acréscimo, a outro julgado cônsono do mesmo colendo Superior Tribunal de Justiça (REsp 587.061 – Rel. Min. TEORI ALBINO ZAVASCKI , j .25-2-2004), e pode ancorar-se ainda o entendimento da eficácia executiva da sentença declaratória na doutrina, *inter plures*, de HUMBERTO THEODORO JÚNIOR (*Processo de execução e cumprimento da sentença*. 24. ed. São Paulo: Universitária de Direito, 2007, p. 592-4).

8. Ocorre que, para a espécie, ao revés do sustentado pelo ora apelante, o debate nos autos cingiu-se à possibilidade da averbação do tempo de serviço prestado a outros órgãos públicos para contagem do período aquisitivo da licença-prêmio, dos adicionais temporais e de sexta-parte, uma vez que o Município apelado reconheceu o direito quanto à aposentadoria e à disponibilidade.

O tema da base de cálculo das referidas vantagens pecuniárias não foi discutido, não havendo sequer pleito no processo cognitivo de que elas se contassem sobre os vencimentos integrais.

Assim, em que pese à possibilidade de se conferir eficácia executiva às sentenças meramente declaratórias, as peculiaridades do caso em tela não permitem a utilização imediata do acórdão proferido no processo de conhecimento para executar as prestações vencidas atinentes aos quinquênios e à sexta-parte, pois há dissídio acerca de questão de direito não deposto no feito cognoscitivo, extrapolando o âmbito dos embargos de devedor a discussão sobre essa matéria, **exigindo o título obrigacional prévia liquidação**.

Para a espécie, a impropriamente designada "liquidação de sentença" (*vel potius*: liquidação da obrigação) é indispensável para, até mesmo em ordem a resguardar o contraditório, permitir-se, seja à conta de mera "preparação" da via executória, seja sob a nota (acaso preferível) de sua autonomia processual, a ulterior via satisfativa da obrigação.

Acesso ao Sumário

9. Afastada a ineficácia executiva do título em pauta, tese acolhida pelo *decisum* recorrido, o exame dos pedidos subsidiários formulados pela Municipalidade campineira na inicial dos vertentes embargos à execução **implicaria julgamento *per saltum*, uma vez que as questões não foram apreciadas na origem.**

Assim, acolhe-se o recurso, em parte, para reconhecer a exigibilidade do título exequendo, determinando o retorno dos autos ao MM. Juízo *a quo* para exame dos demais pedidos constantes da inicial.

10. Observa-se, por fim, em ordem ao prequestionamento indispensável ao recurso especial e ao recurso extraordinário, que todos os preceitos referidos nos autos se encontram, *quodammodo*, albergados nas questões decididas.

POSTO ISSO, meu voto dá provimento parcial à apelação de Antônio Marques Pereira para reconhecer a eficácia executiva da sentença declaratória, determinando o retorno dos autos à origem para apreciação dos pedidos subsidiários de mérito dos vertentes embargos (autos de origem nº 4023306-25.2013 da1ª Vara da Fazenda Pública da Comarca de Campinas).

É como voto.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0004633-60.2011.8.26.0037, da Comarca de Araraquara, em que são apelantes TENISA – TECNOLOGIA NIGRO EM SISTEMAS ANTIADERENTES LTDA. e TENIZA REVESTIMENTOS, ANTIADERENTES E ANTICORROSIVOS LTDA., é apelada PREFEITURA MUNICIPAL DE ARARAQUARA.

ACORDAM, em 15ª 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 22506)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores SILVA RUSSO (Presidente), RODRIGUES DE AGUIAR e EUTÁLIO PORTO.

São Paulo, 28 de agosto de 2014.

SILVA RUSSO, Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL – ISS – Exercício de 06/2005 à 02/2010 – Município de Araraquara – Aplicação de revestimentos – Prestação de serviços caracterizada, no regime da LC nº 116/03

– Enquadramento no subitem 14.05 da sua lista de serviços e não no subitem 13.05 – Precedente do C. STJ – Tributação devida – Rejeição do pleito inaugural também nesta instância – Sucumbência e Sentença mantidas – Apelo não provido.

VOTO

Cuida-se de apelação tirada contra a r. sentença de fls. 489/492, a qual julgou improcedentes estes embargos e condenou a embargante à verba de sucumbência, buscando a contribuinte, nesta sede, a reforma do julgado, em suma, alegando falta de notificação pessoal, em ofensa aos artigos 3º, 142 e 145 do Código Tributário Nacional e do artigo 30 do Código Tributário Municipal, incompetência municipal para cobrar imposto, vez que sua atividade tem característica de circulação de mercadoria e não prestação de serviço, batendo-se ainda na utilização de base de cálculo superior à prevista em Lei e ausência de compensação dos valores pagos e auferidos pela embargada, finalmente, pretextando com impossibilidade de aplicação de multas pela inocorrência de conduta ilícita (fls. 494/533).

Recurso tempestivo, preparado (fls. 555/557), respondido (fls. 561/570) e remetido a este E. Tribunal.

É o relatório, adotado, no mais, o da respeitável sentença.

Como se vê dos autos, a embargada iniciou levantamento fiscal na empresa/embargante, do qual esta foi intimada a apresentar documentos, conforme fls. 118/119, portanto ciente do início da fiscalização, verificando-se, em seu curso, irregularidades no recolhimento do ISSQN, resultando em alguns Autos de Infração, dos quais defendeu-se administrativamente à fls. 303/316, sendo que a improcedência administrativa lhe foi comunicada via correio em 01/11/2010 (fls. 414).

Não obstante alegue ofensa aos artigos 142 e 145 do Código Tributário Nacional e ao artigo 30 do Código Tributário Municipal, tal não ocorreu, considerando-se cumprida a formalidade, pois o objetivo da notificação pessoal foi alcançado, ou seja, a embargante utilizou-se do seu direito ao contraditório e à ampla defesa, não ocorrendo prejuízo em relação a esses princípios legais e portanto, não havendo falar em ilegalidade da constituição do crédito tributário, tampouco em vício insanável desta.

Em consequência, o alegado prejuízo quanto ao desconto da multa, por falta de notificação pessoal, também segue sem amparo, vez que este só teria proveito, caso a contribuinte concordasse com o débito e fosse efetivamente solvê-lo, o que não é o caso, conforme suas próprias alegações à fls. 503 e ademais, a notificação feita pelo correio não lhe cerceou tal direito, vez que

Acesso ao Sumário

segundo a Lei Complementar nº 17/97, a qual fundamenta a multa, o prazo – para fazer jus à benesse do desconto de 50% – expirar-se-ia após 30 dias da autuação e, entre a resposta definitiva (fls. 413) e a notificação (fls. 414), passaram-se apenas quatro dias, quando ela poderia ter realizado o recolhimento.

De outra banda, o objeto social da embargante refere-se à aplicação de revestimento plástico em metais, indústria e comércio de artefatos e revestimentos e prestação de serviço de manutenção e reparos atinentes (fls. 321).

Veja-se, portanto, que em suas atividades utiliza-se a ação de aplicar, sendo esta uma prestação de serviço, ou seja, aplicam-se revestimentos nos objetos ou fornecidos por terceiros, industrialização por encomenda nas peças de seus clientes, devolvendo-as posteriormente para que integrem os respectivos produtos finais, ou em objetos já prontos, com a aplicação do revestimento adquiridos por terceiros, também, aqui, integrando um produto final.

'*In casu*', estamos claramente diante de uma obrigação de fazer, pois referido préstimo, constitui beneficiamento, que veio elencado no subitem 14.05 da lista anexa à Lei Complementar nº 116/03 como fato imponível do ISS, hoje independentemente de sua destinação.

Logo, tratando-se aqui dita industrialização por encomenda de atividade-fim da apelante (que procede à aplicação de revestimento plástico em metais, indústria e comércio de artefatos e revestimentos e prestação de serviço de manutenção e reparos atinentes), ela representa mesmo uma efetiva prestação de serviços (obrigação de fazer) subordinada à incidência de ISS.

A matéria é bem conhecida no C. Superior Tribunal de Justiça, que assim já decidiu a propósito:

> "*TRIBUTÁRIO. ISSQN. 'INDUSTRIALIZAÇÃO POR ENCOMENDA'. LEI COMPLEMENTAR 116/2003. LISTA DE SERVIÇOS ANEXA. PRESTAÇÃO DE SERVIÇO (OBRIGAÇÃO DE FAZER). ATIVIDADE FIM DA EMPRESA PRESTADORA. INCIDÊNCIA. 1. O artigo 153, III, da Constituição Federal de 1988, dispõe que compete aos Municípios instituir impostos sobre prestação de serviços de qualquer natureza, não compreendidos no artigo 155, II, definidos em lei complementar. 2. O aspecto material da hipótese de incidência do ISS não se confunde com a materialidade do IPI e do ICMS. Isto porque: (i) excetuando as prestações de serviços de comunicação e de transporte interestadual e intermunicipal, o ICMS incide sobre operação mercantil (circulação de mercadoria), que se traduz numa 'obrigação de dar' (artigo 155, II, da CF/88), na qual o interesse do credor encarta, preponderantemente, a entrega de um bem, pouco importando a atividade desenvolvida pelo devedor para proceder à tradição; e (ii) na tributação pelo IPI, a obrigação tributária consiste num 'dar um produto industrializado' pelo próprio realizador da operação jurídica. 'Embora*

este, anteriormente, tenha produzido um bem, consistente em seu esforço pessoal, sua obrigação consiste na entrega desse bem, no oferecimento de algo corpóreo, materializado, e que não decorra de encomenda específica do adquirente' *(José Eduardo Soares de Melo, in* '*ICMS – Teoria e Prática*', *8ª Ed., Ed. Dialética, São Paulo, 2005, pág. 65). 3. Deveras, o ISS, na sua configuração constitucional, incide sobre uma prestação de serviço, cujo conceito pressuposto pela Carta Magna eclipsa* ad substantia obligatio in faciendo*, inconfundível com a denominada obrigação de dar. 4. Desta sorte, o núcleo do critério material da regra matriz de incidência do ISS é a prestação de serviço, vale dizer: conduta humana consistente em desenvolver um esforço em favor de terceiro, visando a adimplir uma* '*obrigação de fazer*' *(o fim buscado pelo credor é o aproveitamento do serviço contratado). 5. É certo, portanto, que o alvo da tributação do ISS* '*é o esforço humano prestado a terceiros como fim ou objeto. Não as suas etapas, passos ou tarefas intermediárias, necessárias à obtenção do fim. (...) somente podem ser tomadas, para compreensão do ISS, as atividades entendidas como fim, correspondentes à prestação de um serviço integralmente considerado em cada item. Não se pode decompor um serviço porque previsto, em sua integridade, no respectivo item específico da lista da lei municipal nas várias ações-meio que o integram, para pretender tributá-las separadamente, isoladamente, como se cada uma delas correspondesse a um serviço autônomo, independente. Isso seria uma aberração jurídica, além de construir-se em desconsideração à hipótese de incidência do ISS.*' *(Aires Barreto, no artigo intitulado* '*ISS: Serviços de Despachos Aduaneiros/Momento de Ocorrência do Fato Imponível/Local de Prestação/Base de Cálculo/ Arbitramento*', *in Revista de Direito Tributário nº 66, Ed. Malheiros, págs. 114/115 – citação efetuada por Leandro Paulsen, in* '*Direito Tributário – Constituição e Código Tributário à Luz da Doutrina e da Jurisprudência*', *8ª ed., Ed. Livraria do Advogado e Escola Superior da Magistratura Federal do Rio Grande do Sul – ESMAFE, pág. 457). 6. Assim,* '*sempre que o intérprete conhecer o fim do contrato, ou seja, descobrir aquilo que denominamos de 'prestação-fim', saberá ele que todos os demais atos relacionados a tal comportamento são apenas 'prestações-meio' da sua realização*' *(Marcelo Caron Baptista,* in '*ISS: Do Texto à Norma – Doutrina e Jurisprudência da EC 18/65 à LC 116/03*', *Ed. Quartier Latin, São Paulo, 2005, pág. 284). 7.* In casu*, a empresa desenvolve atividades de desdobramento e beneficiamento (corte, recorte e/ou polimento), sob encomenda, de bloco e/ou chapa de granito e mármore (de propriedade de terceiro), sendo certo que, após o referido processo de industrialização, o produto retorna ao estabelecimento do proprietário (encomendante), que poderá exportá-lo, comercializá-lo no mercado interno ou submetê-lo à nova etapa de industrialização. 8. O Item 14, Subitem 14.05, da Lista de Serviços anexa à Lei Complementar 116/2003,*

Acesso ao Sumário

ostenta o seguinte teor: '14 – Serviços relativos a bens de terceiros. (...) 14.05 – Restauração, recondicionamento, acondicionamento, pintura, beneficiamento, lavagem, secagem, tingimento, galvanoplastia, anodização, corte, recorte, polimento, plastificação e congêneres, de objetos quaisquer.' 9. A 'industrialização por encomenda' constitui atividade-fim do prestador do aludido serviço, tendo em vista que, uma vez concluída, extingue o dever jurídico obrigacional que integra a relação jurídica instaurada entre o 'prestador' (responsável pelo serviço encomendado) e o 'tomador' (encomendante): a empresa que procede ao corte, recorte e polimento de granito ou mármore, de propriedade de terceiro, encerra sua atividade com a devolução, ao encomendante, do produto beneficiado. 10. Ademais, nas operações de remessa de bens ou mercadorias para 'industrialização por encomenda', a suspensão do recolhimento do ICMS, registrada nas notas fiscais das tomadoras do serviço, decorre do posterior retorno dos bens ou mercadorias ao estabelecimento das encomendantes, que procederão à exportação, à comercialização no mercado interno ou à nova etapa de industrialização. 11. Destarte, a 'industrialização por encomenda', elencada na Lista de Serviços da Lei Complementar 116/2003, caracteriza prestação de serviço (obrigação de fazer), fato jurídico tributável pelo ISSQN, não se enquadrando, portanto, nas hipóteses de incidência do ICMS (circulação de mercadoria – obrigação de dar – e prestações de serviço de comunicação e de transporte transmunicipal). 14. Recurso especial provido" (REsp nº 888.852/ES – 1ª Turma – Rel. Min. LUIZ FUX – publicado no DJ de 01/12/2008).

Ademais, o acórdão do Supremo Tribunal Federal – colacionado aos autos (fls. 578/587), sobre o processo produtivo de embalagens, por encomenda, correspondendo tal atividade ao item 13.05 da lista anexa à Lei Complementar nº 116/03 – não se aplica neste caso, pois não versa sobre o item e atividade aqui examinados.

Em consequência, a tributação em debate mostra-se perfeitamente válida e a rejeição do pleito inaugural foi medida acertada, mantendo-se o ônus da sucumbência eleito em primeiro grau jurisdicional.

Por tais motivos, nega-se provimento ao recurso interposto pela embargante, mantendo-se a v. sentença recorrida, inclusive por seus próprios fundamentos.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 1026593-

02.2014.8.26.0053, da Comarca de São Paulo, em que é apelante CONCESSIONÁRIA MOVE SÃO PAULO S/A, são apelados ADRIANA SCHAPOCHNIK e MARCELO SCHAPOCHNIK.

ACORDAM, em 6ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento ao recurso, com determinação V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 23.162)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores REINALDO MILUZZI (Presidente) e SIDNEY ROMANO DOS REIS.

São Paulo, 1 de setembro de 2014.

LEME DE CAMPOS, Relator

Ementa: Indeferimento da petição inicial – Suposta ilegitimidade da Concessionária Move São Paulo para a promoção de ações expropriatórias – Descabimento – Pertinência subjetiva conferida por lei e contrato, devendo a apelante prosseguir no polo ativo da demanda – Precedentes desta E. Corte – Recurso provido.

VOTO

A r. sentença de fls. 272/278, cujo relatório se adota, indeferiu a inicial, julgando extinto o processo sem resolução do mérito, nos termos do artigo 267, incisos I e VI e do artigo 295, inciso II, ambos do Código de Processo Civil.

Apela a autora (fls. 307/333), pela reforma do r. julgado. Alega que, em se tratando de concessão patrocinada, a legitimação extraordinária decorre da Lei nº 11.688/04 – art. 7º, IV e 8º, § 1º –, além de estar prevista em contrato. Invoca o Parecer GPG 8/2014, pelo qual a Procuradoria do Estado apresenta sua opinião institucional favorável à legitimidade da Concessionária Move São Paulo para promover e se responsabilizar pelas desapropriações necessárias à construção de nova linha de transporte metroviário.

Feito remetido diretamente à mesa (art. 551, § 3º, CPC).

É o relatório.

Trata-se de ação de desapropriação ajuizada pela CONCESSIONÁRIA MOVE SÃO PAULO S/A em face de ADRIANA SCHAPOCHNIK e MARCELO SCHAPOCHNIK, objetivando a expropriação da área descrita na exordial, a qual será utilizada para implementação da Linha 6-Laranja do Metrô de São Paulo.

O juízo singular, basicamente, entendeu que a autora não seria parte

legítima na presente demanda, porque estaria pleiteando interesse alheio em nome próprio (substituição processual), sem o devido amparo legal.

A r. sentença, contudo, merece reforma.

Com efeito, nada impede que a apelante efetue desapropriação para incorporação de bem ao patrimônio do METRÔ.

Ora, nos termos do art. 3º, do Decreto nº. 3.365/41 (Lei de Desapropriações): "*Os concessionários de serviços públicos e os estabelecimentos de caráter público* ***ou que exerçam funções delegadas do poder público poderão promover desapropriações mediante autorização expressa, constante de lei ou contrato***" (grifos nossos).

Veja-se que, em se tratando de Contrato de Concessão Patrocinada (ou seja, subsistindo regime de parceria público-privada), a legitimidade para promover ações expropriatórias decorre, em verdade, da Lei nº 11.688/04:

"*Artigo 7º As parcerias público-privadas determinam para os agentes do setor privado:*

[...]

IV – ***a incumbência de promover as desapropriações decretadas pelo Poder Público, quando prevista no contrato.***

[...]

Artigo 8º [...] § 1º Compete ao Poder Público declarar de utilidade pública os bens que, por suas características, sejam apropriados ao desenvolvimento de atividades inerentes, acessórias ou complementares ao objeto do contrato, bem como à implementação de projetos associados, ***podendo promover as requisições e as desapropriações diretamente ou mediante outorga de poderes ao contratado***." (grifos nossos).

Não se olvida do entendimento referendado na sentença no sentido de que, omissa a Lei Federal nº 11.079/04, aplica-se subsidiariamente a Lei nº 8.987/95, a qual prevê que a promoção da desapropriação só seria possível se a concessionária respondesse pelo pagamento da indenização (art. 29, VIII).

Acesso ao Sumário

Contudo, a Constituição Federal reservou aos Estados a competência suplementar para legislar sobre assuntos federais (§ 2º do art. 24, CF), mormente por conta da preponderância dos interesses locais sobre os gerais.

Daí, a aplicabilidade da já mencionada Lei Estadual nº 11.688/04, pouco importando quem será o responsável pelo pagamento derivado do ato expropriatório.

Ora, ainda que referida permissão legal restasse contestada, seria o caso de verificar os itens 37.1 e 37.3 do Contrato de Concessão Patrocinada nº 015/2013 (fl. 215 e 217), os quais certamente corroboram para com a manutenção da apelante no polo ativo da ação.

Logo, a hipótese é de legitimidade originalmente conferida por lei e não de substituição ou representação processual, conforme já decidiu esta Eg. Corte em casos semelhantes:

"*Agravo de Instrumento – Desapropriação – SPObras – Extinção do processo por reconhecimento de ilegitimidade de parte – Inadmissibilidade – Legitimidade da agravante que se encontra conferida por lei, devendo prosseguir no polo ativo da demanda – Precedentes desta E. Corte – Recurso provido.*" (AI nº 0155619.69.2013.8.26.0000, Rel. Des. RENATO DELBIANCO, 01.10.13)

"*AGRAVO DE INSTRUMENTO – Desapropriação – Municipalidade de São Paulo e São Paulo Obras SPObras – Sentença que extinguiu o processo, sem julgamento do mérito, por entender que a SPObras é parte ilegítima – Inadmissibilidade – O art. 3º, § 2º, da Lei Municipal 15.056/09 conferiu a SPObras competência para promover a desapropriação de imóveis após a competente declaração de utilidade pública pelo Poder Executivo – E o art. 25 da Lei Municipal 13.260/01, com a redação da Lei Municipal 15.416/11, autoriza a SPObras e a SPUrbanismo a praticar todos os atos necessários à realização da Operação Urbana Consorciada Água Espraiada, bem como promover as desapropriações judiciais. Autorizações legais em consonância com o disposto no art. 3º do Decreto-Lei 3.365/41 – Decisão agravada reformada.*" (AI nº 0155700-18.2013.8.26.0000, Rel. Des. PAULO GALIZIA, j. de 02.09.13).

"*DESAPROPRIAÇÃO DIRETA – EMPRESA PÚBLICA – SP OBRAS – Legitimidade ativa ad causam – Configurada – Distinção de patrimônio e personalidades jurídicas dos entes administrativos não impossibilita a delegação da atribuição de desapropriar à empresa pública, com o fim de incorporar o bem ao ente federado – Sentença cassada. Apelação provida para determinar o prosseguimento da ação.*" (Ap. nº 0042888-39.2011.8.26.0053, Rel. Des. JOÃO CARLOS GARCIA, j. de 12.06.13).

"*AGRAVO DE INSTRUMENTO – Desapropriação – Extinção da ação em relação à SP Obras, tendo em vista sua ilegitimidade para integrar o polo ativo da ação – Inadmissibilidade – Delegação de poder para promover ações expropriatórias – Atividade fundamentada em leis municipais (nºs 15.056/09 e 15.416/11), bem como no Decreto nº. 3.365/41 (art. 3º) – Decisão reformada. – Recurso provido.*" (AI nº 2038547-27.2013.8.26.0000, **de minha relatoria**, j. de 16.12.13)

Observe-se, por fim, a inexistência de violação às competências da Procuradoria Geral do Estado. Conforme afirmado no Parecer nº 04/2014, toda a estruturação da concessão patrocinada da Linha 06 contou com a participação do órgão, o qual não vislumbrou qualquer óbice de ordem jurídica no que tange à delegação de poder às concessionárias para a promoção de desapropriações (fl. 340).

Acesso ao Sumário

Enfim, a decisão singular merece ser reformada, reconhecendo-se a legitimidade ativa e o interesse de agir da apelante, a qual deverá ser mantida no polo ativo desta demanda.

Não é o caso de incidência do art. 515, § 3º do Código de Processo Civil, porquanto a causa não está madura para julgamento.

Deste modo, de rigor a reforma do r. *decisum* monocrático, determinando-se a baixa dos autos à origem, para regular processamento do feito em seus ulteriores termos.

Isto posto, dá-se provimento ao recurso.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0021088-03.2011.8.26.0037, da Comarca de Araraquara, em que são apelantes MARCELO FUGIWARA DE OLIVEIRA (JUSTIÇA GRATUITA), ADRIANNY TORRE JORGE, JULIO HENRIQUE CARDIAL CAMARGO, MARIANA ROCHA MOREIRA FERNANDES, KLEITON FERREIRA DE OLIVEIRA, DANIEL REZENDE DA SILVA, EUWALDO ALVES TEIXEIRA SOBRINHO e GABRIEL TARDONE LIMA, são apeladas FAZENDA DO ESTADO DE SÃO PAULO e UNIVERSIDADE ESTADUAL PAULISTA JULIO DE MESQUITA FILHO – UNESP.

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 da Relatora, que integra este acórdão. **(Voto nº 14.034)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores NOGUEIRA DIEFENTHALER (Presidente sem voto), FERMINO MAGNANI FILHO e FRANCISCO BIANCO.

São Paulo, 1 de setembro de 2014.

MARIA LAURA TAVARES, Relatora

Acesso ao Sumário

Ementa: APELAÇÃO CÍVEL – Indenização – Danos morais – Autores que alegam que houve violação do direito fundamental à inviolabilidade de domicílio em razão de invasão das moradias estudantis onde residem pela Polícia Militar e pelo vice-diretor da requerida UNESP – Autores que não comprovaram que residiam no local – Ação que ocorreu sem

qualquer violência, abuso ou excesso, em amparo ao vice-diretor da Universidade, que buscava zelar pelo bem público em questão (Moradia Estudantil) – Autores que praticavam infrações às normas da Universidade – Ausência de dever de indenizar – Não configuração de dano moral indenizável – Sentença de improcedência mantida – Recurso desprovido.

VOTO

Trata-se de ação de indenização ajuizada por MARCELO FUGIWARA DE OLIVEIRA e OUTROS em face da FAZENDA DO ESTADO DE SÃO PAULO e da UNIVERSIDADE ESTADUAL PAULISTA "JULIO DE MESQUITA FILHO" – UNESP com o intuito de obter indenização pelos danos morais suportados com a invasão das moradias estudantis onde residem pela Polícia Militar e pelo vice-diretor da requerida UNESP. Dizem que ocorria no local reunião pacífica e que ali não se cometia crime, de forma que houve violação do direito fundamental à inviolabilidade de domicílio.

A r. sentença de fls. 199/202, cujo relatório é adotado, julgou improcedente o pedido, por entender que não há qualquer indício de que os agentes públicos tenham agido com excesso e que as fotografias juntadas demonstram a existência de várias caixas de cerveja em uma das moradias, de forma que a requerida tinha o dever de tomar as medidas legais decorrentes do exercício do poder disciplinar, coibindo a realização de festas com bebidas alcoólicas dentro da moradia estudantil, nos termos do disposto na Resolução UNESP 01/2011. O MM. Juiz destacou que não há qualquer ilícito a ensejar indenização, uma vez que os agentes públicos agiram no estrito cumprimento do dever legal de evitar a entrada de bebidas alcóolicas nas moradias, não havendo que se falar, portanto, em invasão de moradias. Consignou que os documentos juntados aos autos indicam que os policiais agiram de forma legal e sem abuso de autoridade ou violência. Entendeu que não restou configurado excesso na conduta das rés e que não se pode falar em danos morais no caso presente. Condenou os autores ao pagamento das custas, despesas processuais e honorários advocatícios, que fixou em 10% do valor atualizado da causa, ressalvada a Justiça gratuita.

Os autores apresentaram recurso de apelação a fls. 207/214 alegando, em síntese, que não há vedação à realização de integração ou festas na Resolução 01/2011 e nem à proibição de porte de bebidas alcóolicas. Dizem que foi desrespeitado o preceito do inciso XI do artigo 5º da Constituição Federal e que a inviolabilidade de domicílio deve prevalecer em relação ao poder disciplinar. Sustentam que é evidente o dano moral suportado em razão da invasão de sua moradia sem as mínimas garantias constitucionais e legais e que foi instaurada

Acesso ao Sumário

sindicância contra os apelantes.

Recurso bem respondido (fls. 243/248 e 250/262).

É o relatório.

Tem-se dos autos que, em 13.05.2011, funcionários da requerida UNESP se dirigiram às casas O e Q da Moradia Estudantil da Universidade com o intuito de verificar a existência de bebidas alcóolicas no local, o que não foi permitido pelos autores. O vice-diretor da Universidade então solicitou apoio da Polícia Militar e juntos constataram a existência de quinze engradados de garrafas de cerveja, em violação ao Regulamento do local.

Os fatos foram registrados por meio de fotografias e o apoio policial se limitou à constatação da infração, perpetrada pelos alunos, que contrariavam o Regulamento interno da Instituição. As cervejas foram deixadas no local e não houve qualquer apreensão.

Os autores alegam que suportaram danos morais em razão dos fatos narrados, uma vez que foi desrespeitado o direito previsto no inciso XI do artigo 5º da Constituição Federal.

A r. sentença julgou improcedente o pedido.

O recurso dos autores não pode ser provido.

Inicialmente, entendo que não restou comprovado que os autores possuíam domicílio nas casas "O" e "Q", de forma que impossível falar em indenização por desrespeito ao direito previsto no inciso XI do artigo 5º da Constituição Federal.

Os documentos de fls. 18, 18-A, 23 e 25 não são suficientes para comprovar o domicílio dos autores, uma vez que não foram assinados pelo Prof. Dr. Luiz Antonio Amaral, vice-diretor da FCL/CAr, como consta, e não há qualquer comprovação dos poderes das pessoas que efetivamente assinaram os documentos.

A UNESP informou que referidas casas se encontravam fechadas e que seu uso não havia sido concedido aos autores. Informou que os prédios estavam com infiltrações e fissuras em algumas paredes e que, por tal motivo, promoveu licitação para reparação de referidos defeitos (fl. 108/109).

Estabelece o artigo 333, inciso I, do Código de Processo Civil que é do autor o ônus de provar o fato constitutivo do seu direito. Os autores não se desincumbiram satisfatoriamente do ônus que lhe competia, de forma que deve ser mantida a r. sentença que julgou improcedente o pedido.

Ainda que assim não fosse, os documentos dos autos indicam que a ação policial ocorreu sem qualquer violência ou excesso, em amparo ao vice-diretor da Universidade, que buscava zelar pelo bem público em questão (Moradia Estudantil).

Restou comprovado que os autores desrespeitaram as normas da Universidade e da Moradia Estudantil, desvirtuando o uso da unidade residencial, em afronta ao inciso XIII do artigo 31 do Regimento do Programa de Moradia Estudantil da UNESP, estabelecido pela Resolução UNESP nº 01, de 05.01.2011. Referido Regimento prevê, ainda, que é responsabilidade do morador o respeito com os vizinhos (inciso III do artigo 32) e a Portaria UNESP nº 525/05 veda o uso de bebidas alcoólicas nas dependências dos Campi Universitários (§ 3º do artigo 2º).

Assim, o vice-diretor buscava apenas zelar pelo patrimônio público e pela observância das normas da Universidade, no intuito de preservar os bens da autarquia estadual e verificar o descumprimento das normas aplicáveis, sendo que o apoio policial foi necessário em razão da resistência dos autores. Não há qualquer indício ou alegação de que os policiais teriam agido de forma abusiva, excessiva ou violenta. Os policiais agiram legalmente, no estrito cumprimento de seu dever.

Não há qualquer indício de que a conduta dos agentes policiais mereça qualquer reprimenda, não podendo ser considerada abusiva a conduta do agente que, tendo recebido chamado de autoridade competente, acompanha a verificação de infração praticada em face de bem público de uso especial. Tudo indica que os agentes envolvidos agiram no regular exercício do poder de polícia, cumprindo seu dever de forma zelosa.

Ainda que o inciso XI do artigo 5º da Constituição Federal estabeleça que "*a casa é asilo inviolável do indivíduo, ninguém nela podendo penetrar sem consentimento do morador, salvo em caso de flagrante delito ou desastre, ou para prestar socorro, ou, durante o dia, por determinação judicial*", é certo que referido direito não é absoluto e, como todos os direitos constitucionais, deve ser sopesado quando conflitar com outros direitos, como no presente caso.

A indenização por dano moral se justifica pela dor, que não se pode ter como caracterizada na situação dos autos.

Ensina Sérgio Cavalieri Filho que:

> ***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.*** **(Programa de Responsabilidade Civil, 2ª edição, pág. 78, Malheiros Editores).**

Esta é, também, a posição do C. Superior Tribunal de Justiça, com

Acesso ao Sumário

destaque:

> ***Se a descrição dos fatos para justificar o pedido de danos morais está no âmbito dos dissabores, sem abalo à honra e ausente situação que produza no consumidor humilhação ou sofrimento na esfera de sua dignidade, o dano moral não é pertinente*** **(Recurso Especial nº 554.876 – 3ª Turma – Relator: Ministro Carlos Alberto Menezes Direito – j. 17.2.2004).**

Os danos morais comprovam-se *per se*, ou seja, a um simples olhar apura-se a sua presença ou não.

Não é possível duvidar da dor que alguém sente com a perda de um filho em um acidente, onde o homem comum sente a dor, a aflição e a angústia com o evento narrado como causador dos danos tidos morais.

Nesta mesma linha de pensamento, não é possível caracterizar que a situação narrada tenha causado aos autores dor íntima e profunda, capaz de gerar direito ao recebimento de indenização.

O evento caracteriza mero dissabor da vida cotidiana, que não gera danos morais indenizáveis.

A questão foi apreciada de modo minucioso pelo E. Desembargador Ricardo Dip, da C. 11ª Câmara de Direito Público, na Apelação Cível nº 867.318-5-2, constando do corpo do julgado:

> **7. Já se decidiu nesta Câmara que não são todos os incômodos, agastamentos, agruras e maçadas da vida que se alçam ao plano dos danos morais suscetíveis de compensação pecuniária, mas apenas os que, dores físicas, desditas morais, vexações que importem em decréscimo de prestígio ou reputação (cfr. João de Matos Antunes Varela, *Das Obrigações em Geral*, ed. Almedina, Coimbra, 1973, 2a ed., tomo I, p. 481-2), desvelem efetivo e anômalo padecimento moral, ante 'as dores, as angústias e as frustrações infligidas ao ofendido' (Yussef Said Cahali, *Dano Moral*, ed. Revista dos Tribunais, São Paulo, 2005, 3a ed., p. 21).**
>
> **De não ser assim, se qualquer dissabor ou transtorno da vida equivaler, *simpliciter*, a lesão moral, estar-se-á diante do que já se designou por vulgarização dessa lesão (cfr., *brevitatis causa*, REsp 504.639 – 4a Turma – Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira). A lesão moral não corresponde ao *mero dissabor, contrariedade do cotidiano* (REsp 993.234 – STJ – 3a Turma – Ministro Humberto Gomes de Barros; cfr. ainda: REsp 1.045.591 – STJ – 4a Turma – Ministro Aldir Passarinho Júnior; AgR no REsp 846.273 – STJ – 3a Turma – Ministro Humberto Gomes de Barros; REsp 689.213 – STJ – 4ª Turma – Ministro Jorge Scartezzini; REsp 403.919 – STJ – 4ª Turma**

Acesso ao Sumário

– Ministro César Asfor Rocha; REsp 664.115 – STJ – 3ª Turma – Ministro Carlos Alberto Menezes Direito*);* com efeito*, o mero dissabor não pode ser alçado ao patamar do dano moral, mas somente aquela agressão que exacerba a naturalidade dos fatos da vida, causando fundadas aflições ou angústias no espírito de quem ela se dirige* (REsp 898.005 – STJ – 4a Turma – Ministro César Asfor Rocha).

Sem prova das lesões morais sofridas pelo autor, não cabe acolher a demanda reparatória, sequer à conta de escarmento por (suposta) falha administrativa, porque se estaria a fixar a atenção na conduta ilícita, menosprezando a ausência de resultados, o que remataria numa provisão de caráter assistencial e não de reparação civil (cfr. Georges Ripert, *La règle morale dons les obligations civiles*, ed. Lib. Gén. de Droit et de Jurisprudence, Paris, 1949, p. 245 *et sqq*.).

Desta forma, não há responsabilidade de indenizar no caso dos autos, merecendo prevalecer a decisão que deu pela improcedência do pedido inicial.

Pelo exposto, pelo meu voto, nego provimento ao recurso.

Oficie-se o Ministério Público para as providências que entender cabíveis, ante os indícios de que os autores estariam utilizando bens da autarquia estadual (moradia estudantil) sem autorização da Unesp.

Eventuais recursos que sejam apresentados deste julgado estarão sujeitos a julgamento virtual. No caso de discordância esta deverá ser apresentada no momento da apresentação de referidos embargos declaratórios.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0001390-59.2012.8.26.0333, da Comarca de Macatuba, em que é apelante MINISTERIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO, são apelados COOLIDGE HERCOS JUNIOR, JOSE ANTONIO TAVANO, BENEDITO JORDÃO, ELIDIO DE JESUS SCARMELOTO, SIMONE APARECIDA JORDÃO BISO e GILIANE MICHELLE TAVANO.

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 do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 21.795)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores REINALDO MILUZZI (Presidente sem voto), MARIA OLÍVIA ALVES e EVARISTO DOS SANTOS.

São Paulo, 8 de setembro de 2014.

Acesso ao Sumário

SIDNEY ROMANO DOS REIS, Relator

Ementa: Apelação cível – Improbidade administrativa – Suposta compra de votos na eleição da Mesa Diretora da Câmara de Vereadores do Município de Macatuba – Votos em troca de emprego para as filhas de dois Vereadores – *Parquet* que visa à condenação dos requeridos nas penas previstas no art. 12, inc. III, da Lei nº 8.429/92 (Lei de Improbidade Administrativa) em razão da violação dos princípios que regem a Administração Pública (art. 37, *caput*, Constituição Federal) – Sentença de improcedência – Recurso do Ministério Público – Provimento de rigor.

1. Ato de improbidade administrativa – Configuração – As condutas abrangidas pelo art. 11 da Lei de Improbidade (violação aos princípios da Administração, especificamente o da moralidade administrativa e o da impessoalidade) demandam, para se considerarem ímprobas, o elemento subjetivo do agente (dolo/culpa/má-fé), elemento este que restou comprovado nos autos.

2. Sanções – Art. 12, inc. III, da Lei nº 8.429/92 – Necessidade de observar os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, conforme a gravidade dos atos.

R. Sentença reformada. Recurso provido.

VOTO

1. Por r. Sentença de fls. 686/694, cujo relatório ora se adota, o MM. Juiz de Direito da Vara Única da Comarca de Macatuba, nos autos da **ação civil pública, julgou improcedente a demanda**. Assim decidiu porque o Ministério Público não conseguiu comprovar com segurança e certeza a prática do suposto ato ímprobo pelos requeridos.

Inconformado, apela o Ministério Público do Estado de São Paulo (fls. 697/683), buscando a inversão do r. julgado. Para tanto, diz que há prova suficiente nos autos de que houve compra de votos na eleição da Mesa Diretora da Câmara de Vereadores. Diz que, por ocasião da posse dos Vereadores em 2009, todos assumiram o compromisso de que haveria revezamento na Presidência da Câmara, tendo ficado estabelecido que no primeiro biênio o Sargento Funes assumiria como Presidente e Antonio Carlos Pedroso como Vice-Presidente. No

Acesso ao Sumário

primeiro ano do mandato, o combinado foi cumprido. Contudo, no segundo biênio (2011/2012), o acordo foi descumprido, não tendo o Vereador Moacir Silvestrini sido eleito. Isso porque os Vereadores José Antonio Tavano e Benedito Jordão votaram a favor de Elídio de Jesus Scarmeloto em razão de interesses próprios, a saber: em troca de promessa de emprego para suas filhas. A filha do primeiro, Giliane Michelle Tavano, foi colocada como fisioterapeuta na Santa Casa e a do segundo, Simone Aparecida Jordão Biso, como assistente administrativo do SENAI, sendo ambos os cargos pagos com verba pública em razão de contrato de gestão e convênio, respectivamente. A conversa sobre a promessa de emprego foi gravada pelo Vereador Moacir, constando sua transcrição dos autos. Há testemunhas buscando a desqualificação da afirmação sobre a promessa de emprego, segundo as quais José Tavano seria muito brincalhão ou que estivesse sendo pressionado pelos demais Vereadores. Todavia, os demais confirmaram que a conversa foi séria. Ainda, aduz que Simone e Giliane foram agraciadas com os empregos logo no início de 2011 (mês de janeiro), após a eleição da Mesa (dezembro de 2010). Assim, entende não haver dúvida quanto ao ato de improbidade administrativa praticado pelos requeridos.

Tempestivo o recurso, regularmente processado, recebido no duplo efeito (fl. 685), com apresentação de contrarrazões (fls. 690/693; 695/697; 700/704; 706/711).

A D. Procuradoria Geral de Justiça opina pelo provimento do recurso (Parecer de fls. 716/722), salvo quanto ao item 6 do pedido, constante da exordial, no que se refere à anulação de todas as decisões da Câmara Municipal relativas às representações advindas do TCE que decidiram pela não abertura de CPI, ocorridas a partir de janeiro de 2011 até 07 de agosto de 2012, vez que inexistente prova de que aquelas decisões tenham sido manipuladas.

Subiram os autos.

É o relatório.

2. Vinga o apelo.

O Ministério Público do Estado de São Paulo, em 20/06/2011, instaurou inquérito civil (IC) visando à apuração de eventuais irregularidades na eleição do Presidente da Câmara de Vereadores do Município de Macatuba.

A representação foi oferecida pelo então Presidente da Associação de Cidadania e Ética de Macatuba, Sr. Edílio Guiotti, que noticiou ao *Parquet* que, no final do ano de 2010, quando da eleição da Mesa Diretora da Câmara de Vereadores (biênio 2011/2012), membros do Legislativo Municipal teriam barganhado seus votos em troca de benesses com o Chefe do Executivo Municipal, o então Prefeito Coolidge Hercos Júnior.

O Vereador Moacir Silvestrini, em sua representação por escrito, informou que o Vereador José Antonio Tavano lhe disse que não votaria mais nele para

Acesso ao Sumário

Presidente da Câmara, porque o Prefeito teria oferecido um emprego para sua filha no Hospital Irmandade de Santa Casa de Macatuba se votasse no Vereador Elídio de Jesus Scarmeloto. Disse que o Vereador Benedito Jordão também seria beneficiado com emprego para a filha nas mesmas condições.

Em sede de processo administrativo (IC) foram colhidos depoimentos do representante, Vereador Moacir, e dos representados, a saber: Vereador José Antonio Tavano, Vereador Benedito Jordão, Vereador Elídio Jesus Scarmeloto, Vereador Jorgivaldo Teles, Vereador José Gino Pereira Neto e Vereador Odair Alvares Funes.

O Vereador Moacir Silvestrini (PV), representante, declarou que o combinado era que no primeiro ano da legislatura o Vereador Odair Funes fosse Presidente da Câmara, no segundo ano, o Vereador Antonio Pedroso (PPS), no terceiro ano ele mesmo, Moacir, e que no quarto e último ano o Vereador Tavano. Aduziu que ofereceu aos Vereadores Tavano e Elídio cópia da mídia por ele gravada, para que repensassem no sentido de não mais permitir que o Prefeito influenciasse em sua vontade e, em resposta, disseram que isso não levaria a nada e que o Prefeito teria dito que com a Promotoria de Justiça ele acertaria/resolveria. Diz que a filha do Vereador Jordão trabalha no SENAI. Quanto à filha do Vereador Tavano, disse que seria contratada pelo hospital ou através de empresa que prestasse serviço ao hospital, burlando o concurso público.

Ana Carla Arantes Teles já seria contratada para atuar como fisioterapeuta no hospital de Macatuba. Mas devido à compra de votos, foi ela preterida, tendo a filha do Vereador Tavano (*Gi Tavano*) assumido em seu lugar.

O Vereador Tavano (PMDB) informou que realmente disse para o Vereador Moacir que não iria mais votar nele porque se votasse no Vereador Elídio de Jesus conseguiria emprego para sua filha no hospital. Aduziu que essa proposta de emprego não partiu do Prefeito e que fez aquela afirmação porque se sentia pressionado, uma vez não ter experiência política. Disse que o Vereador Moacir faz parte da oposição (Partido Verde).

O Vereador Benedito Jordão (PSC) alegou, em suma, que não deram emprego a sua filha Simone Aparecida, mas que foi ela que, sabendo de vaga no SENAI, procurou informações e acabou sendo contratada.

O Vereador Elídio Jesus Scarmeloto (PSDB), não aduziu novas informações.

O Vereador Jorgivaldo Teles (PMDB) informou que o Vereador Tavano disse que iria votar no Vereador Elídio para que conseguisse um emprego para sua filha no hospital a partir de janeiro de 2011, mas não ouviu dizer que havia sido o Prefeito quem teria oferecido tal benesse. No mais, disse que o Vereador Tavano confirmou que o Vereador Jordão também seria beneficiado da mesma maneira se votasse no Vereador Elídio para Presidente da Câmara

Acesso ao Sumário

dos Vereadores. Ao ouvir o áudio gravado por Moacir, em que pese sua baixa qualidade, reconheceu a voz do Vereador Tavano e do Vereador Moacir.

O Vereador José Gino Pereira Neto (PSC) disse que o Vereador Elídio o procurou, dizendo que queria ser o Presidente no terceiro ano do mandato, mas que preferiu honrar com sua palavra com Moacir. O Vereador Tavano disse para eles que ligaram para ele da Prefeitura informando que arrumariam emprego para sua filha se votasse em Elídio. Também disse que o Vereador Jordão seria favorecido nos mesmos moldes.

O Vereador Odair Alvares Funes (PT) reconheceu a voz dos Vereadores Tavano e Moacir no áudio. Não sabe quem que ofereceu o emprego para a filha do Vereador Tavano. Disse que honrou sua palavra, votando em Moacir, como combinado anteriormente entre todos. Informou que o Vereador Tavano disse que, se votasse em Moacir, colocaria em risco o futuro profissional de sua filha, que prestava serviço de fisioterapia na APAE de Macatuba, cobrindo a ausência de outra profissional (licença-maternidade), cujo contrato já havia vencido ou estava prestes a vencer.

Consta do IC o contrato firmado entre o SENAI e Simone Aparecida Jordão Biso, filha do Vereador Jordão, datado de 27/01/2011, por meio do qual foi chamada para exercer o cargo de assistente administrativo (fls. 93/95). Consta também o registro de emprego da filha do Vereador Tavano, Giliane Michelle Tavano, admitida em 03/01/2011 como fisioterapeuta do hospital de Macatuba.

Ana Carla Arantes Teles, que teria sido preterida na vaga de fisioterapeuta, também depôs. Disse que em 2009 tomou conhecimento de que a Prefeitura estava precisando de uma fisioterapeuta e, assim, apresentou-lhe um projeto, tendo sido selecionada como estagiária dos Postos de Saúde de Macatuba (Postos Planalto e Bocaiuva). Em dezembro de 2009 o estágio acabou, mas, como já estava formada, ofereceu-se para ocupar a vaga de fisioterapeuta da APAE de Macatuba, sabendo que ambas as fisioterapeutas estariam de licença-maternidade em 2010. Uma vaga seria preenchida seria indicada por profissional da própria APAE e a outra por profissional indicado pela Prefeitura. Foi informada pela Secretária da Saúde, Sueli Minetto, que uma das vagas seria sua. Assim, adquiriu roupas brancas e compareceu à APAE em março. Contudo, dias depois, foi informada de que a vaga seria destinada à filha do Vereador Tavano, Giliane.

Estes foram os depoimentos prestados em sede de processo administrativo perante o MP.

O Prefeito não compareceu ao *Parquet* para prestar depoimento.

Os CDs constantes dos autos, contendo os depoimentos das partes e testemunhas em juízo, em sede de contraditório, também foram ouvidos por este Relator.

Acesso ao Sumário

Em suma, o *Parquet*, entendendo haver grandes indícios de prática de ato de improbidade administrativa em eleição do Presidente da Câmara de Vereadores do Município de Macatuba, em razão de suposta compra de votos que teria como moeda um emprego para as filhas de dois Vereadores, ajuizou a presente ação civil pública visando à condenação dos representados nas penalidades previstas no art. 12, inc. III, da Lei de Improbidade Administrativa (LIA), referentes às infrações do art. 11 da Lei, a saber, atos omissivos e comissivos que ocasionem violação aos princípios que regem a Administração Pública, independentemente da produção de dano efetivo.

O MM. Juiz Sentenciante, todavia, julgou improcedente a demanda. Assim entendeu porque, *à luz dos elementos probatórios produzidos sob o crivo do contraditório, é imperiosa a conclusão de que o Ministério Público não se desincumbiu do ônus a que estava adstrito, vez que não logrou êxito comprovar, com a segurança e certeza necessária e exigível, a prática de ato de improbidade administrativa por qualquer dos réus (...)*, cf. fl. 689.

Contudo, da atenta compulsa aos autos, é de se estranhar os fatos ocorridos.

Por primeiro, é de se fazer distinção entre a independência dos Poderes estatais e o dever de moralidade e probidade pelos agentes públicos. Que os Vereadores, no exercício de suas funções, têm liberdade democrática de formação e manifestação de seu voto junto ao Legislativo que integram, não lhes sendo exigível justificação jurídica da motivação e da formação de sua convicção, é fato, salvo efetiva demonstração de desvio de finalidade, o que existe *in casu.*

O acordo firmado entre os membros do Legislativo Municipal, no sentido de cada um ocupar a Presidência da Mesa Diretora por um ano, constitui-se em acordo interno, não havendo que se falar em controle jurisdicional sobre ele, nem mesmo em relação ao seu descumprimento no terceiro ano, em que o Vereador Moacir seria escolhido para Presidente, mas quem acabou sendo foi Elídio.

Todavia, em que pese não haver possibilidade de ingerência judicial neste item, os motivos que ocasionaram a mudança súbita do candidato anteriormente combinado demonstram desvio de finalidade, díspar do comportamento esperado de agentes públicos de todos os níveis.

Acesso ao Sumário

A promessa de compra de voto constitui **manobra ilícita e desonesta,** por isso **em prejuízo da moralidade administrativa.**

Essa conclusão é plenamente compatível com o disposto no art. 37, § 4º, da Constituição Federal, segundo o qual *os atos de improbidade administrativa importarão a suspensão dos direitos políticos, a perda da função pública, a indisponibilidade dos bens e o ressarcimento ao erário, na forma e gradação previstas em lei, sem prejuízo da ação penal cabível.*

Não há que se falar que o Vereador Tavano, cuja conversa com o Vereador Moacir foi gravada por este, deu aquela resposta porquanto sob pressão ou sem experiência no trato político. Primeiramente porque nem haveria necessidade de ele justificar a Moacir sua opção de voto, muito menos de usar justificativa tão específica cuja estranheza salta aos nossos olhos, a saber: que não votaria em Moacir, mas sim em Elídio, vez que a Prefeitura (Prefeito Coolidge, então) teria lhe oferecido promessa de emprego para sua filha no hospital da cidade, bem como para a filha do Vereador Jordão.

O Vereador Tavano, aliás, em depoimento, afirmou que, de fato, fez estas declarações (transcrição de fls. 410/411: *Pronto socorro (...) pelo hospital, pelo terapeuta da família, mas já deixou bem claro, se não votar, não tem (...) meu, (...) desempregado em casa...*), tendo, contudo, tentado justificar o que disse *porque teria dito de forma impensada*, a título de pretexto/desculpa, vez que se sentia pressionado por Moacir.

Destaque-se que o então Prefeito Coolidge agiu movido por interesse próprio para que o Vereador Moacir não assumisse a Presidência da Casa no terceiro ano da legislatura, como anteriormente acordado, vez que Moacir já havia se manifestado contra o Prefeito em situação na qual o TCE-SP (Tribunal de Contas do Estado de São Paulo) pediu abertura de CEI (Comissão Especial de Inquérito) para investigar ato do Prefeito, tendo Moacir sido o único favorável à instauração. Sabe-se da importância do apoio da Câmara para com o Prefeito Municipal, nem se fazendo necessário afirmar este truísmo em país com nossa história.

Não se discute aqui sobre a qualificação profissional das filhas de Tavano e Jordão. O que se discute é o desvio de finalidade de votos em favor de determinado Vereador, para Presidente da Mesa Diretora, frutos de barganha de ordem pessoal/familiar, qual seja, a concessão de emprego para as moças (na Santa Casa e no SENAI).

Também não há que falar que, em verdade, não haveria como a Prefeitura determinar quem seria contratado por estas entidades, ou seja, que a natureza do vínculo jurídico existente entre a Santa Casa/SENAI e a Prefeitura Municipal não autorizaria qualquer ingerência no processo seletivo para contratação de pessoal ou que o salário das moças não adviria da verba pública. Tais argumentos, em verdade, somente agravam a situação elucidada nos autos, não possuindo o condão de descaracterizar a prática de ato administrativo ímprobo por parte dos envolvidos.

O Nobre Magistrado *a quo* entendeu que, por exemplo, a contratação de Giliane, filha do Vereador Tavano, não se deu com ilegalidade ou imoralidade, vez que competente, não podendo sofrer restrição de contratação pelo simples fato de ser filha de vereador, encontrando-se Simone, filha do Vereador Jordão,

Acesso ao Sumário

na mesma situação.

Todavia, é curiosa a época de admissão de ambas, pela Santa Casa e pelo SENAI, respectivamente, a saber: **03/01/2011 e 27/01/2011**, pouco tempo após a sessão ordinária de votação do Presidente da Mesa Diretora para o biênio 2011/2012, que se realizou em 29/11/2010.

Assim, resta claro que não se tratou de mera irregularidade formal. Houve dolo por parte dos envolvidos. Há de se relembrar que também quaisquer terceiros beneficiados pelos atos ímprobos devem responder nos termos da Lei de Improbidade Administrativa (LIA).

Sabe-se que, em razão do caráter aberto da norma contida no art. 11 da LIA, há de se aplicar bom senso para que meras irregularidades formais, que não se comportem devassidão ou ato ímprobo, não sejam enquadradas na Lei, ensejando severas punições. Assim, não são todos os atos administrativos, sejam comissivos, sejam omissivos, que colidem com a imparcialidade, legalidade e lealdade às instituições que dão azo ao enquadramento na LIA.

Segundo doutrina de Mauro Roberto Gomes de Mattos, *a má-fé, caracterizada pelo dolo, comprometedora de princípios éticos ou critérios morais, com abalo às instituições, é que deve ser penalizada, abstraindo-se meros pecados veniais, suscetíveis de correção administrativa*.[1]

Ainda, conforme lição de Mateus Bertoncini, a doutrina tem defendido que a identificação dos atos ímprobos constantes do art. 11 da LIA demanda a presença dos seguintes requisitos, a saber: ***(i)*** *conduta dolosa do agente;* ***(ii)*** *conduta comissiva ou omissiva ilícita que, em regra, não gere enriquecimento ilícito ou não causa lesão ao patrimônio público;* ***(iii)*** *violação dos deveres de honestidade, imparcialidade, legalidade e lealdade às instituições;* ***(iv)*** *atentado contra os princípios da Administração;* ***(v)*** *existência de nexo causal entre o exercício funcional e o desrespeito aos princípios da Administração*.[2]

Assim, para se condenar alguém nas penas previstas às condutas tipificadas no art. 11 da LIA, faz-se mister comprovar o elemento subjetivo à caracterização da improbidade administrativa.

O E. Superior Tribunal de Justiça também entende que a ilegalidade só ganha *status* de improbidade administrativa quando a conduta ilegal fere princípios da Administração Pública acompanhada da má-intenção do administrador **(REsp 909446/RN, REsp 878.506/SP, REsp 654721/MT, REsp 658415/RS, REsp 604151/RS, REsp 734984/SP, REsp 1149247/SC, REsp 765.212/AC, AgRg no AREsp 307583/RN).**

No caso dos autos, como supramencionado, restou claro que houve sim violação aos princípios da moralidade administrativa e da impessoalidade. Forte

1 **O limite da improbidade administrativa**, 5ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010. p. 366.

2 **Ato de improbidade administrativa**. São Paulo: RT, 2007. pp. 153-154.

o conjunto probatório em torno do ato de improbidade no caso em tela, tendo havido desonestidade e má-fé dos envolvidos.

Assim, restou evidente a prática de ato ímprobo pelos requeridos, que devem ser incursos nas penalidades cominadas no art. 12, inc. III, da Lei de Improbidade Administrativa em razão da violação aos princípios que regem a Administração Pública, a saber: **moralidade administrativa e impessoalidade** (art. 37, *caput*, CF/88).

Todavia, faz-se necessário buscar o real conteúdo e alcance das normas jurídicas, também das constitucionais, por meio de interpretação harmônica e fiel aos princípios que devem direcioná-la, dentre eles o da razoabilidade e o da proporcionalidade, que instruem o princípio maior e primário da legalidade. Como ensina Marino Pazzaglini Filho,

> *Deduz-se desses princípios que* ***a imposição das sanções elencadas para os atos de improbidade administrativa deve ser razoável, isto é, adequada, sensata, coerente em relação ao ato ímprobo cometido pelo agente público e suas circunstâncias, e proporcional, ou seja, compatível, apropriada, pertinente com a gravidade e a extensão do dano (material e moral) causado por ele. Portanto, a aplicação cumulativa, parcial ou isolada das sanções arroladas no art. 12 da LIA, subordina-se aos princípios constitucionais da razoabilidade e da proporcionalidade. Assim sendo, exigem que o Magistrado, no momento da aplicação das sanções previstas na LIA, à luz do caso concreto, limite-se àquelas estritamente necessárias (razoáveis e proporcionais) para alcançar, com justiça, os fins almejados pela LIA, sendo defeso a ele, pois, a mera aplicação objetiva e automática de sanções em bloco[3].***

Assim, o enquadramento na previsão do art. 11 da Lei de Improbidade não pode prescindir do reconhecimento de conduta dolosa, materializada por danos efetivos ou potenciais, ou pela indevida conquista de benefícios.

O parágrafo único do art. 12 da Lei nº 8.429/92 deixa a critério do juiz a fixação das penas, levando em conta a extensão do dano e o proveito patrimonial.

O caso em apreço não apresenta gravidade que autorize a aplicação de todas as sanções postuladas pelo Ministério Público, até o nível máximo, a todos os requeridos.

Proveito patrimonial de grande monta não houve, nem substancial dano ao erário. A mácula atingiu **princípios constitucionais.**

Nem se pode afirmar que elevada foi a gravidade da conduta do então Prefeito Municipal, respondendo naquela época pela Prefeitura de Macatuba, de sorte a justificar a aplicação das quatro sanções requeridas na petição inicial, reiteradas nos pedidos do recurso de apelação, em seu grau máximo.

3 **Lei de Improbidade Administrativa Comentada**, 5ª ed. São Paulo: Atlas, 2001. pp. 148-149.

Acesso ao Sumário

Assim sendo, considerados esses motivos e ainda os **princípios da razoabilidade e da proporcionalidade**, entendo como adequadas as seguintes sanções:

a) para **Coolidge Hercos Junior, José Antonio Tavano, Benedito Jordão** e **Elídio de Jesus Scarmeloto**: **(i)** perda da função/cargo público; **(ii)** suspensão dos direitos políticos pelo prazo de 3 anos; **(iii)** pagamento de multa civil, individual, no montante equivalente a 10 vezes o valor da remuneração percebida pelos agentes políticos e; **(iv)** proibição de contratar com o Poder Público ou dele receber benefícios/incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário, pelo prazo de 3 anos;

b) para **Simone Aparecida Jordão Biso** e **Giliane Michelle Tavano**: **(i)** perda do emprego e; **(ii)** pagamento de multa civil, individual, no montante equivalente a 4 vezes o valor da remuneração que percebiam à época dos fatos.

Assim, é de ser reformada a r. Sentença, dando-se provimento ao recurso interposto pelo Ministério Público do Estado de São Paulo, em razão de ter havido configuração de atos ímprobos pelos requeridos, consoante o conjunto probatório produzido nos autos.

3. Ante todo o exposto, pelo meu voto, **dou provimento ao apelo**.

Apelações/Reexames Necessários

ACÓRDÃO

Acesso ao Sumário

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação/Reexame Necessário nº 0021690-91.2008.8.26.0071, da Comarca de Bauru, em que são apelantes FAZENDA DO ESTADO DE SÃO PAULO e JUÍZO *EX OFFICIO*, é apelado MINISTÉRIO PÚBLICO 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 aos recursos. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 32.482)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores ANTONIO CARLOS MALHEIROS (Presidente), JOSÉ LUIZ GAVIÃO DE

ALMEIDA e MARREY UINT.

São Paulo, 19 de agosto de 2014.

ANTONIO CARLOS MALHEIROS, Relator

Ementa: AÇÃO CIVIL PÚBLICA – Proposição pelo Ministério Público para compelir o Estado de São Paulo a aumentar o número de atendimentos e assim diminuir a fila de espera consistente no represamento de consultas e exames médicos no S.U.S. que chega a um assombroso número de 35.274 pessoas, para fazer consultas e de 8.588 pessoas para fazer exames, procurando chegar num patamar dentro da normalidade – Cabimento – A Saúde é um dever do Estado que deve promover políticas sociais e econômicas que visem promover o acesso igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação – Inteligência dos arts. 196 a 200 da Constituição Federal – Poder Judiciário que tem o dever de interferir para que se cumpra as disposições constitucionais pertinentes à saúde que é um direito fundamental protegido pela Magna Carta – Sentença mantida – Recursos oficial e da Fazenda do Estado improvidos.

VOTO

Trata-se de reexame necessário e apelação (fls. 1724/1749), interposta em face de sentença (fls. 1713/1721), cujo relatório se adota, proferida em ação civil pública, proposta pelo Ministério Público, a fim de compelir o Estado de São Paulo a aumentar o número de atendimentos em consultas médicas de especialidades, bem como, que efetive os exames médicos agendados, uma vez que ambos estão represados, chegando-se a um contingente em relação às consultas médicas de mais de 24.000 (vinte e quatro mil) pessoas, e com relação aos exames a um total de 12.793 (doze mil, setecentos e noventa e três) pessoas aguardando para a realização. Alegou ainda que, mesmo com o trabalho de dois mutirões realizados, o índice de espera pelos referidos atendimentos não chegou aos patamares da normalidade.

Sem a concessão de liminar, a ação foi julgada procedente.

Somado ao reexame necessário, apela a Fazenda do Estado, alegando que a lista de represamento enviada pela Prefeitura Municipal de Bauru, acostada a fls. 1692/1693 não atende à determinação judicial e à pretensão das partes,

Acesso ao Sumário

uma vez que descreve simplesmente números que podem ser manipulados por especialidade, não havendo condições de identificar os pacientes que estão à espera de consultas e exames, e que as referidas estatísticas estão ultrapassadas. Aduz que o pedido formulado na ação civil pública afeta toda a estrutura do Sistema Único de Saúde Estadual, porque impõe ao Estado, investimentos onde não é necessário, desprezando por completo toda a estrutura que funciona, ferindo, por consequência, o texto constitucional, aduzindo que a questão é complexa, porém o trabalho deve ser feito de forma global e regionalizada, e não meramente local, como é o caso de Bauru.

Assevera ainda, que na oferta de consultas e exames estão sendo observados os parâmetros da Portaria GM 11001, de 12 de junho de 2002, do Ministro de Estado de Saúde que estatui diretrizes de cobertura assistencial pelo SUS, que estima as necessidades de atendimento a uma determinada população em um determinado período previamente estabelecido. Referida Portaria prevê a impossibilidade de interferência judicial, bem como da observância da reversa do possível e reversa da consistência. Por fim, alega ofensa ao princípio da discricionariedade administrativa, tendo em vista que a administração pública não pode interferir na organização do SUS, sem ferir os critérios da oportunidade, conveniência, justiça e equidade, sendo inadmissível que o Judiciário interfira na forma de organização do Executivo, sem ferir sua autonomia.

O apelo foi recebido nos seus regulares efeitos (fls. 1760). Contrarrazões a fls.1752/1759. Sem preparo.

É o relatório.

Os recursos não merecem provimento.

A bem lançada sentença de Primeiro Grau merece prevalecer por seus jurídicos fundamentos.

O art. 196, da Carta Magna, preceitua ser a saúde dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e ao acesso universal igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação. O art. 23, II, estabelece a partilha de atribuições na Federação, e prescreve ser de competência comum da União e dos Estados e Municípios "***cuidar da Saúde e assistência pública, da proteção e garantia das pessoas portadoras de deficiência***". E, ainda a Lei 8.080/90 (SUS), lhe comete atribuições para a execução de programas de combate e tratamento de doenças. Também a Constituição Estadual, no inciso V, do art. 223, atribuiu ao Sistema Único de Saúde a organização, fiscalização e controle da produção e distribuição dos componentes farmacêuticos básicos, medicamentos, produtos químicos, biotecnológicos, imunológicos, hemoderivados e outros de interesse para a saúde, facilitando à população o acesso a eles.

Acesso ao Sumário

Verifica-se assim, que a Constituição Federal especificamente determina

ao Estado a atribuição de ofertar um serviço de saúde que seja eficiente, sendo este um dos princípios que rege a administração pública. O atual serviço público estadual além de não ser eficiente, em certos momentos, parece que nem mesmo está sendo prestado, pois o número de pessoas necessitando de consultas especializadas e exames médicos, na cidade de Bauru é realmente gritante.

Houve informação que com a instituição do AME – Ambulatório Médico Especializado, a fila de espera dos exames pleiteados nas consultas especializadas diminuiu. No entanto, a informação prestada pela Municipalidade de Bauru a fls. 1693, datada de 15 de março de 2010, dois anos depois da propositura da ação civil pública, dá conta de que a demanda reprimida de consultas e exames por especialidade no Município de Bauru ainda é muito alta, contando ainda, no que se refere a consultas o total de 35.274, e no que pertine aos exames, o total de 8.588, pessoas aguardando atendimento, situação que necessita ser mudada com a máxima urgência, pois a população está sendo severamente penalizada sem o adequado acesso à saúde.

E a alegação de que o pedido formulado na ação civil pública afeta toda a estrutura do SUS, não foi suficientemente fundamentada, pois, deveria a Fazenda Estadual, por meio de sua Secretaria Estadual de Saúde indicar qual a solução para o caso do represamento de consultas e exames, ainda que esta solução fosse a médio prazo.

Quanto à existência da Portaria 11001/2002 que direciona a atuação da cobertura pelo SUS, das necessidades de atendimento médico, percebe-se que os óbices nela estatuídos, tais como impossibilidade de interferência do Judiciário, atuação dentro dos princípios da reserva do possível e da reserva da consistência, e alegação de ofensa ao princípio da discricionariedade administrativa, não tem a mesma força jurídica da Constituição Federal, que dispõe sobre o direito à saúde, como direito social em seu art. 6º, bem como dos arts. 196 a 200.

Isto posto, nega-se provimento aos recursos.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação/Reexame Necessário nº 0025962-46.2012.8.26.0053, da Comarca de São Paulo, em que são apelantes FAZENDA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO e JUÍZO *EX OFFICIO*, são apelados VIVIANI DOURADO BERTON CHAVES, IOHANA FRIZZARINI EXPOSITO, RAFAEL UMBRUNITO FLORES, CARLA KAARI e ANA PAULA COLABONO ARIAS.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 12ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão:

Acesso ao Sumário

"Negaram provimento aos recursos. V.U.", de conformidade com o voto do relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 33.838)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores EDSON FERREIRA (Presidente sem voto), VENICIO SALLES e J. M. RIBEIRO DE PAULA.

São Paulo, 13 de agosto de 2014.

BURZA NETO, Relator

Ementa: Ação de Cobrança – Funcionários Públicos Estaduais – Juízes de Direito – Diárias pagas em razão de designações para atuar fora da sede da Circunscrição Judiciária – Pagamento a menor – Observância das Leis Complementares Estaduais números 234/80 e 1.031/07 – Diferenças devidas – Sentença mantida – Recursos Improvidos.

VOTO

Trata-se de apelação e reexame necessário voltados contra a sentença de fls. 162/170 de relatório adotado que julgou procedente a ação ordinária, determinando a ré que proceda ao recálculo das diferenças de todas as diárias já pagas/anotadas aos autores com base nos valores fixados nos termos do Comunicado n. 03/2008 e até o advento do Provimento n. 2.047/2013, tomando-se por base de apuração o valor decorrente da determinação do artigo 4º da LCE n. 234/80 – *à razão de um trigésimo do valor de referência aplicável aos cargos iniciais* (Referência I) – JUIZ SUBSTITUTO, nas datas dos respectivos deslocamentos, apostilando-se os títulos dos autores, bem como, condenando a ré ao pagamento das diferenças devidas, observada a prescrição quinquenal, devendo cada parcela ser atualizada pela correção monetária, acrescida de juros de mora de 0,5% ao mês, a partir da citação. Em razão da sucumbência, arcará a ré com o pagamento das custas, despesas processuais e verba honorária fixada em 10% sobre o valor da condenação.

Inconformada, apela a Fazenda do Estado de São Paulo requerendo o provimento do recurso a fim de reformar a r. sentença, julgando-se improcedente a presente ação.

Recurso recebido e processado em ambos os efeitos, inclusive com as contrarrazões, estando em termos para julgamento.

É o Relatório.

Totalmente aplicável, no caso, o disposto no artigo 252 do Novo Regimento Interno do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, que prevê

Acesso ao Sumário

que:

"**Nos recursos em geral, o relator poderá limitar-se a ratificar os fundamentos da decisão recorrida, quando, suficientemente motivada, houver de mantê-la**".

Os recursos não comportam provimento.

Trata-se de ação de cobrança proposta por Funcionários Públicos Estaduais (Juízes de Direito), objetivando o reconhecimento do direito aos valores de diárias fixados nos termos estabelecidos pelas LCE 234/80 e LCE 1.031/07, com a condenação da ré no pagamento das diferenças devidas.

A r. sentença julgou improcedente a ação sob o fundamento de que houve majoração dos vencimentos de parte dos juízes, notadamente aqueles que se encontravam nos primeiros degraus da carreira, como os juízes substitutos e de entrância inicial (antigas primeira e segunda entrâncias).

Em que pesem as razões expostas pela apelante, a r. sentença deve ser mantida pelos seus próprios e jurídicos fundamentos.

A Lei Orgânica da Magistratura Nacional, em seus artigos 65, IV, prevê o pagamento de diárias aos magistrados, sem indicação do valor a ser pago.

No âmbito Estadual, o art. 4º, da Lei Complementar Estadual nº 234/80, estabelece que, "*pelo exercício de funções fora do território da Comarca, aos magistrados e promotores públicos serão concedidas diárias, a razão de um trigésimo do valor da referência aplicável aos cargos iniciais (Referência I), além das despesas de transporte e, quando for o caso, da diferença de vencimentos.*"

O Conselho Superior da Magistratura, através do Comunicado nº 03/08, em virtude da edição da Lei Complementar Estadual nº 1.031/07, que implantou o subsídio mensal dos Membros do Poder Judiciário, dentre outras medidas, limitou o valor no pagamento das diárias por razões orçamentárias.

Nesse sentido, é a Jurisprudência desta Corte:

"APELAÇÃO CÍVEL – Magistrados – Diárias por trabalho em Comarca fora da sede – Provimento CSM 03/08 que estipulou o valor das diárias em valor inferior ao determinado na Lei Complementar 234/80 e a Lei 1031/07 – Pretensão de recebimento das diferenças – Admissibilidade – Decisão administrativa que não pode contrariar norma legal – Sentença que julgou improcedente a ação que será reformada – Recurso provido" ***(7ª Câmara de Direito Público, Ap nº 0033282-50.2012.8.26.0053, rel. Des. Eduardo Gouvêa, j. 07.10.13).***

No mesmo sentido: *v.g.* 11ª Câmara de Direito Público, Ap nº 0048530-90.2011.8.26.0053, ***rel. Des. Ricardo Dip, j. 22.10.12.***

Destaco que esta Corte editou o Provimento nº 2047/13 (DJE de 12.04.13), determinando o valor e o pagamento de diárias na forma da legislação vigente, após a decisão proferida pelo Conselho Nacional de Justiça, em 27.09.11, no

Acesso ao Sumário

Pedido de Providências nº 0002316-30.2011.2.00.0000 do Tribunal de Justiça do Espírito Santo, que reconheceu a ilegalidade da limitação de valor no pagamento das diárias dos magistrados.

Assim sendo, fica reconhecida a ilegalidade daqueles critérios adotados quando dos pagamentos, de modo que as diferenças pleiteadas na inicial são devidas.

Por derradeiro, considera-se prequestionada toda matéria infraconstitucional e constitucional, observando-se que é pacífico no Superior Tribunal de Justiça que, tratando-se de pré-questionamento, 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).

Ante o exposto, NEGA-SE provimento aos recursos.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação/Reexame Necessário nº 0274491-48.2010.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que são apelantes JOHNNY'S COMÉRCIO DE PRODUTOS ODONTOLÓGICOS LTDA. – ME (E OUTROS(AS)), JOHNNY ANTUNES YONEHARA, LUCY ANTUNES YONEHARA e JUÍZO *EX OFFICIO*, é apelada FAZENDA DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em 10ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento ao recurso oficial e negaram provimento à apelação dos embargantes. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 1649/14)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores TORRES DE CARVALHO (Presidente sem voto), TERESA RAMOS MARQUES e PAULO GALIZIA.

São Paulo, 28 de julho de 2014.

ANTONIO CELSO AGUILAR CORTEZ, Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: Embargos à execução fiscal. ICMS. Inexistência de nulidade da sentença. Prova de descumprimento da legislação pelos sócios-gerentes

da executada, com demonstração da prática de infração à lei (CTN, art. 135, III). Reinclusão dos sócios no polo passivo da demanda. Regularidade do auto de infração. Título executivo provido de liquidez e certeza. Recurso oficial provido e apelação dos embargantes não provida.

VOTO

VISTOS.

Contra sentença que julgou procedentes em parte embargos à execução fiscal para determinar a exclusão dos sócios do polo passivo da execução e o prosseguimento da execução em face da pessoa jurídica (fls. 254/260), ao recurso oficial somou-se apelação dessa executada e dos sócios alegando que, embora não realizada a prova pericial contábil, há documentos suficientes a demonstrar a situação fiscal de isenção da empresa; sustentaram ter havido cerceamento de defesa pelo indeferimento do benefício da justiça gratuita para realização da prova pericial; no mérito, disseram que há isenção do pagamento de ICMS e, portanto, não podem ser compelidos a recolher tal imposto; afirmaram que a cobrança de ICMS de 1991 mostra-se arbitrária porque deixou de cumprir uma única vez obrigação acessória; pediram também a nulidade do auto de infração quanto às penalidades aplicadas; e sustentaram que os juros de mora, correção monetária e multa elevaram excessivamente o valor do débito, o que se mostra inadmissível. Foram apresentadas contrarrazões defendendo a sentença.

É o relatório.

Não há nulidade a ser reconhecida. Os embargantes mantiveram-se silentes quanto à negativa de concessão dos benefícios da justiça gratuita e não se manifestaram oportunamente quanto à determinação de depósito dos honorários periciais (fls. 163, 168 e 195/196), o que afasta o alegado cerceamento de defesa. De qualquer modo, as provas constantes dos autos possibilitam pleno conhecimento do conflito de interesses e são suficientes para a composição dessa lide, sendo desnecessária a produção de prova pericial ou de outras além das já produzidas.

Trata-se de execução fiscal ajuizada em abril de 1997 de ICMS de abril, junho a dezembro de 1991 exigido por meio do AIIM n. 094710, série "U", lavrado em 21.09.1994, por prática das infrações de: a) atraso na entrega da Declaração de Microempresa – DEME; b) falta de escritura no Livro Fiscal de Registro de Entradas nº 1 de duas notas fiscais de fornecedores do mês de julho de 1990; c) erro na escrituração do Livro Fiscal de Registro de Entradas nº 1 em dezembro de 1991; d) apresentação de diferença de levantamento referente ao exercício de 1989 (fls. 103 e 131).

Acesso ao Sumário

Consta dos autos da execução, que a empresa foi citada via postal com aviso de recebimento em abril de 1997 (fls. 48/50). Em 06.04.1999, o oficial de justiça certificou nos autos a impossibilidade de cumprir o mandado de penhora por não encontrar a empresa no endereço indicado (fls. 52). Em 08.02.2000, houve pedido de inclusão dos sócios no polo passivo da demanda em decorrência de encerramento irregular ou transferência ilegal do estabelecimento sem a devida comunicação (fls. 16), o que foi deferido em 14.02.2000 (fls. 18). Os sócios foram citados em 21.09.2000 (fls. 27) e a penhora efetivada em 12.12.2001 (fls. 53).

Realmente o STJ já decidiu que o simples inadimplemento não caracteriza ilícito capaz de autorizar a inclusão dos sócios no polo passivo e que esta inclusão será possível ante a dissolução irregular da sociedade ou a prática de infração à lei (cf. EREsp 260107/RS, STJ, 1ª Seção, rel. Min. José Delgado, 10.03.04).

Nesta execução, porém, quando da tentativa de cumprimento do mandado de penhora em 06.04.1999 (fls. 52 dos autos da execução), o oficial de justiça foi informado que a empresa não mais existia naquele local e, segundo registros da JUCESP, a alteração de endereço foi comunicada posteriormente em 07.12.1999 (fls. 234), ou seja, depois da tentativa de localização de bens da empresa.

Assim, embora não haja indicação formal de dissolução irregular da empresa, ficou clara a administração tendente a frustrar a realização do crédito fiscal. O simples inadimplemento não caracteriza infração legal, mas o comportamento de não cumprimento das obrigações fiscais durante anos pode justificar a responsabilização dos sócios, por infração à lei, mesmo que mantenham a empresa formalmente aberta, porém sem condições de cumprimento de suas obrigações, exatamente com escudo de proteção para os sócios infratores que se beneficiaram da sonegação fiscal. Neste sentido se aplica o disposto no artigo 134, III e 135, III do CTN.

Embora os sócios-gerentes tenham sido encontrados para intimação, a pessoa jurídica, citada desde 1997, até agora não pagou o débito. Os documentos juntados mostram que no mínimo os aludidos representantes legais da empresa se furtam ao cumprimento da legislação e que a pessoa jurídica não detém bens capazes de satisfazer a execução, lembrando que foram penhorados os bens oferecidos pelos embargantes (duas linhas telefônicas e um microcomputador) por falta de outros de maior valor (v. fls. 53/54 dos autos da execução), tudo a apontar para uma conduta ilegal dos sócios, com infração à lei tributária.

Acesso ao Sumário

É possível a penhora de bens de responsável tributário (sócio ou gerente) por substituição, a teor do disposto no artigo 135, III do CTN, em caso de atuação com infração à lei. A dissolução irregular da sociedade e/ou a infração à lei praticada pelo dirigente, sócio-gerente, administrador, diretor ou equivalente implica sua responsabilidade tributária, por substituição, nos termos do aludido

artigo 135, III do CTN.

No caso concreto as informações constantes dos autos permitem aplicar também o artigo 134, III do CTN, uma vez que os representantes legais e administradores dos bens da pessoa jurídica se omitem em sua responsabilidade pelo cumprimento das obrigações tributárias da empresa.

Assim, justifica-se o prosseguimento da execução contra os sócios-gerentes Johnny e Lucy.

Com relação ao auto de infração, este foi regularmente lavrado, com menção aos dispositivos legais aplicados, com a devida notificação dos embargantes, o que possibilitou a apresentação de defesa administrativa, com observância do princípio do contraditório e da ampla defesa, demonstrando a regularidade de todo o procedimento administrativo (fls. 62/143).

De outro lado, os embargantes confirmam que houve descumprimento de obrigação acessória consistente na apresentação intempestiva da Declaração de Microempresa – DEME (fls. 09 e 42), porém, a justificativa de erro por parte do contador da empresa não afasta a prática infracional e suas consequências. Além disso, os apelantes não trouxeram elementos suficientes para comprovar qualquer irregularidade ou ilegalidade da autuação.

O título executivo permanece, portanto, formalmente perfeito, com todos os requisitos legais de certeza, liquidez e exigibilidade, conforme disposto nos artigos 142, 201, 202 e 204, do CTN e art. 2º e 3º, da Lei n. 6.830/80. Correta a menção à forma de atualização monetária, juros e aplicação da multa, nos termos da legislação indicada. Os cálculos têm critérios definidos em lei e são claros, possibilitando ampla verificação.

As multas, por sua vez, foram aplicadas corretamente, nos termos da legislação vigente, de modo a desestimular e coibir condutas contrárias à legislação tributária, sem caráter confiscatório.

O título exequendo é, portanto, formalmente perfeito e não perdeu suas características de liquidez, certeza e exigibilidade.

Em razão da improcedência dos embargos, ficam os embargantes condenados nas custas e despesas processuais, arbitrados os honorários advocatícios, à vista do trabalho desenvolvido e da singeleza da demanda, em 10% do valor da condenação, nos termos do art. 20, § 3º, do CPC.

Ante o exposto, dá-se provimento ao recurso oficial, para julgar improcedentes os embargos e determinar a inclusão dos sócios no polo passivo da demanda, e nega-se provimento à apelação dos embargantes, nos termos acima.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação/Reexame Necessário nº 0027139-11.2013.8.26.0053, da Comarca de São Paulo, em que são apelantes FAZENDA DO ESTADO DE SÃO PAULO e JUÍZO *EX OFFICIO*, é apelada ASSOCIAÇÃO KYOKUSHIN OYAMA DE MOGI DAS CRUZES.

ACORDAM, em 8ª 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. Gustavo Henrique Silva Bracco.", de conformidade com o voto da Relatora, que integra este acórdão. **(Voto nº 16440)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores JOÃO CARLOS GARCIA (Presidente) e PAULO DIMAS MASCARETTI.

São Paulo, 17 de setembro de 2014.

CRISTINA COTROFE, Relatora

Ementa: APELAÇÃO CÍVEL – Mandado de Segurança – Projeto esportivo "Centro de Treinamento de Remo Adaptável" – Captação de recursos – Liberação dos valores depositados pelos patrocinadores da conta bloqueio para a conta de livre movimentação – Admissibilidade – Verba captada dentro do prazo estabelecido no Decreto nº 55.636/10 – Recurso voluntário e reexame necessário desprovidos.

VOTO

Trata-se apelação interposta contra a respeitável sentença de fls. 259/261, que concedeu a segurança, a fim de condenar a ***Fazenda do Estado de São Paulo*** à imediata liberação dos recursos financeiros captados pela ***Associação Kyokushin Oyama de Mogi das Cruzes*** em relação a projeto de incentivo ao desporto.

Suscita a apelante, preliminarmente, perda do objeto. No mérito sustenta, em síntese, que a impetrante não observou os ditames do Decreto nº 55.636/10, de modo que não faz jus à liberação da verba captada (fls. 268/274).

Regularmente processado o recurso, foram apresentadas contrarrazões (fls. 285/295).

Parecer da Douta Procuradoria Geral de Justiça pelo desprovimento dos recursos (fls. 311/312).

Há reexame necessário, nos termos do artigo 14, § 1º, da Lei nº 12.016/09.

Acesso ao Sumário

É o relatório.

Os recursos não comportam provimento.

Inicialmente, afasto a preliminar de perda do objeto.

Isso porque o cerne da impetração é a liberação dos recursos obtidos junto aos patrocinadores para realização de projeto desportivo e não a execução do projeto em si.

No mérito, extrai-se dos autos que a impetrante, associação sem fins lucrativos, apresentou o "Projeto de Treinamento de Remo Adaptável", com duração de doze meses, o qual foi aprovado pela Secretaria de Esportes, Lazer e Juventude, para captação de recursos junto à iniciativa privada, que obteria do Estado incentivos fiscais como contrapartida aos recursos financeiros que destinasse ao projeto.

O Decreto nº 55.636/10, que regulamenta o artigo 16 da Lei nº 13.918, de 22 de dezembro de 2009, que autoriza o Poder Executivo a conceder crédito outorgado correspondente ao valor do Imposto sobre Operações Relativas à Circulação de Mercadorias e sobre Prestações de Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicação – ICMS destinado pelos respectivos contribuintes a projetos desportivos e paradesportivos credenciados pela Secretaria Estadual de Esporte, Lazer e Turismo de São Paulo, dispõe em seu artigo 14:

> "*Art. 14. O projeto destinado à obtenção de incentivo fiscal possuirá validade para captação de recursos até* ***180 (cento e oitenta) dias após o recebimento do Certificado de Incentivo ao Desporto.***
>
> *Parágrafo único. O prazo de validade citado no caput não será prorrogado*" (grifo nosso).

No caso em comento, verifica-se que a apelada teve seu projeto aprovado, oportunidade em que recebeu autorização para abertura das contas Bloqueio (destinada à captação dos recursos) e Livre Movimentação (fls. 64).

As providências administrativas foram tratadas com o Estado através de diversas comunicações por *e-mail*, dentre as quais se encontra a mensagem de 17 de fevereiro de 2012, com o seguinte teor:

> "*Segue em anexo o CID – Certificado de Incentivo ao Desporto da entidade.*
>
> *Autorizamos a partir de hoje o início da captação de recursos conforme estabelece o Decreto nº 55.636/10, no artigo 14.*" (fls. 70).

Destarte, depreende-se que a apelada possuía o prazo de 180 dias, a contar de 17 de fevereiro de 2012, para captar recursos para o projeto, o qual foi orçado em R$ 1.014.240,00 (fls. 62).

E do extrato bancário de fls. 85, constata-se que em 15 de agosto de 2012,

Acesso ao Sumário

ou seja, dentro do prazo de 180 dias, a apelada já havia arrecadado montante superior ao necessário para o desenvolvimento do projeto (R$ 1.031.349,93).

Por conseguinte, o direito líquido e certo para a liberação do valor amealhado restou amplamente demonstrado, nada havendo que se reparar na respeitável sentença de Primeiro Grau.

Ante o exposto, pelo meu voto, ***nega-se provimento*** ao recurso voluntário e ao reexame necessário.

Reexames Necessários

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação/Reexame Necessário nº 0274491-48.2010.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que são apelantes JOHNNY'S COMÉRCIO DE PRODUTOS ODONTOLÓGICOS LTDA. – ME (E OUTROS(AS)), JOHNNY ANTUNES YONEHARA, LUCY ANTUNES YONEHARA e JUÍZO *EX OFFICIO*, é apelada FAZENDA DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em 10ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento ao recurso oficial e negaram provimento à apelação dos embargantes. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 1649/14)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores TORRES DE CARVALHO (Presidente sem voto), TERESA RAMOS MARQUES e PAULO GALIZIA.

São Paulo, 28 de julho de 2014.

ANTONIO CELSO AGUILAR CORTEZ, Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: Embargos à execução fiscal. ICMS. Inexistência de nulidade da sentença. Prova de descumprimento da legislação pelos sócios-gerentes da executada, com demonstração da prática de infração à lei (CTN, art. 135, III). Reinclusão dos sócios no polo passivo da demanda. Regularidade do

auto de infração. Título executivo provido de liquidez e certeza. Recurso oficial provido e apelação dos embargantes não provida.

VOTO

VISTOS.

Contra sentença que julgou procedentes em parte embargos à execução fiscal para determinar a exclusão dos sócios do polo passivo da execução e o prosseguimento da execução em face da pessoa jurídica (fls. 254/260), ao recurso oficial somou-se apelação dessa executada e dos sócios alegando que, embora não realizada a prova pericial contábil, há documentos suficientes a demonstrar a situação fiscal de isenção da empresa; sustentaram ter havido cerceamento de defesa pelo indeferimento do benefício da justiça gratuita para realização da prova pericial; no mérito, disseram que há isenção do pagamento de ICMS e, portanto, não podem ser compelidos a recolher tal imposto; afirmaram que a cobrança de ICMS de 1991 mostra-se arbitrária porque deixou de cumprir uma única vez obrigação acessória; pediram também a nulidade do auto de infração quanto às penalidades aplicadas; e sustentaram que os juros de mora, correção monetária e multa elevaram excessivamente o valor do débito, o que se mostra inadmissível. Foram apresentadas contrarrazões defendendo a sentença.

É o relatório.

Não há nulidade a ser reconhecida. Os embargantes mantiveram-se silentes quanto à negativa de concessão dos benefícios da justiça gratuita e não se manifestaram oportunamente quanto à determinação de depósito dos honorários periciais (fls. 163, 168 e 195/196), o que afasta o alegado cerceamento de defesa. De qualquer modo, as provas constantes dos autos possibilitam pleno conhecimento do conflito de interesses e são suficientes para a composição dessa lide, sendo desnecessária a produção de prova pericial ou de outras além das já produzidas.

Trata-se de execução fiscal ajuizada em abril de 1997 de ICMS de abril, junho a dezembro de 1991 exigido por meio do AIIM n. 094710, série "U", lavrado em 21.09.1994, por prática das infrações de: a) atraso na entrega da Declaração de Microempresa – DEME; b) falta de escritura no Livro Fiscal de Registro de Entradas nº 1 de duas notas fiscais de fornecedores do mês de julho de 1990; c) erro na escrituração do Livro Fiscal de Registro de Entradas nº 1 em dezembro de 1991; d) apresentação de diferença de levantamento referente ao exercício de 1989 (fls. 103 e 131).

Consta dos autos da execução, que a empresa foi citada via postal com aviso de recebimento em abril de 1997 (fls. 48/50). Em 06.04.1999, o oficial de justiça certificou nos autos a impossibilidade de cumprir o mandado de penhora

Acesso ao Sumário

por não encontrar a empresa no endereço indicado (fls. 52). Em 08.02.2000, houve pedido de inclusão dos sócios no polo passivo da demanda em decorrência de encerramento irregular ou transferência ilegal do estabelecimento sem a devida comunicação (fls. 16), o que foi deferido em 14.02.2000 (fls. 18). Os sócios foram citados em 21.09.2000 (fls. 27) e a penhora efetivada em 12.12.2001 (fls. 53).

Realmente o STJ já decidiu que o simples inadimplemento não caracteriza ilícito capaz de autorizar a inclusão dos sócios no polo passivo e que esta inclusão será possível ante a dissolução irregular da sociedade ou a prática de infração à lei (cf. EREsp 260107/RS, STJ, 1ª Seção, rel. Min. José Delgado, 10.03.04).

Nesta execução, porém, quando da tentativa de cumprimento do mandado de penhora em 06.04.1999 (fls. 52 dos autos da execução), o oficial de justiça foi informado que a empresa não mais existia naquele local e, segundo registros da JUCESP, a alteração de endereço foi comunicada posteriormente em 07.12.1999 (fls. 234), ou seja, depois da tentativa de localização de bens da empresa.

Assim, embora não haja indicação formal de dissolução irregular da empresa, ficou clara a administração tendente a frustrar a realização do crédito fiscal. O simples inadimplemento não caracteriza infração legal, mas o comportamento de não cumprimento das obrigações fiscais durante anos pode justificar a responsabilização dos sócios, por infração à lei, mesmo que mantenham a empresa formalmente aberta, porém sem condições de cumprimento de suas obrigações, exatamente com escudo de proteção para os sócios infratores que se beneficiaram da sonegação fiscal. Neste sentido se aplica o disposto no artigo 134, III e 135, III do CTN.

Embora os sócios-gerentes tenham sido encontrados para intimação, a pessoa jurídica, citada desde 1997, até agora não pagou o débito. Os documentos juntados mostram que no mínimo os aludidos representantes legais da empresa se furtam ao cumprimento da legislação e que a pessoa jurídica não detém bens capazes de satisfazer a execução, lembrando que foram penhorados os bens oferecidos pelos embargantes (duas linhas telefônicas e um microcomputador) por falta de outros de maior valor (v. fls. 53/54 dos autos da execução), tudo a apontar para uma conduta ilegal dos sócios, com infração à lei tributária.

Acesso ao Sumário

É possível a penhora de bens de responsável tributário (sócio ou gerente) por substituição, a teor do disposto no artigo 135, III do CTN, em caso de atuação com infração à lei. A dissolução irregular da sociedade e/ou a infração à lei praticada pelo dirigente, sócio-gerente, administrador, diretor ou equivalente implica sua responsabilidade tributária, por substituição, nos termos do aludido artigo 135, III do CTN.

No caso concreto as informações constantes dos autos permitem aplicar também o artigo 134, III do CTN, uma vez que os representantes legais e

administradores dos bens da pessoa jurídica se omitem em sua responsabilidade pelo cumprimento das obrigações tributárias da empresa.

Assim, justifica-se o prosseguimento da execução contra os sócios-gerentes Johnny e Lucy.

Com relação ao auto de infração, este foi regularmente lavrado, com menção aos dispositivos legais aplicados, com a devida notificação dos embargantes, o que possibilitou a apresentação de defesa administrativa, com observância do princípio do contraditório e da ampla defesa, demonstrando a regularidade de todo o procedimento administrativo (fls. 62/143).

De outro lado, os embargantes confirmam que houve descumprimento de obrigação acessória consistente na apresentação intempestiva da Declaração de Microempresa – DEME (fls. 09 e 42), porém, a justificativa de erro por parte do contador da empresa não afasta a prática infracional e suas consequências. Além disso, os apelantes não trouxeram elementos suficientes para comprovar qualquer irregularidade ou ilegalidade da autuação.

O título executivo permanece, portanto, formalmente perfeito, com todos os requisitos legais de certeza, liquidez e exigibilidade, conforme disposto nos artigos 142, 201, 202 e 204, do CTN e art. 2º e 3º, da Lei n. 6.830/80. Correta a menção à forma de atualização monetária, juros e aplicação da multa, nos termos da legislação indicada. Os cálculos têm critérios definidos em lei e são claros, possibilitando ampla verificação.

As multas, por sua vez, foram aplicadas corretamente, nos termos da legislação vigente, de modo a desestimular e coibir condutas contrárias à legislação tributária, sem caráter confiscatório.

O título exequendo é, portanto, formalmente perfeito e não perdeu suas características de liquidez, certeza e exigibilidade.

Em razão da improcedência dos embargos, ficam os embargantes condenados nas custas e despesas processuais, arbitrados os honorários advocatícios, à vista do trabalho desenvolvido e da singeleza da demanda, em 10% do valor da condenação, nos termos do art. 20, § 3º, do CPC.

Ante o exposto, dá-se provimento ao recurso oficial, para julgar improcedentes os embargos e determinar a inclusão dos sócios no polo passivo da demanda, e nega-se provimento à apelação dos embargantes, nos termos acima.

Acesso ao Sumário

SEÇÃO DE DIREITO CRIMINAL

Agravos em Execução Penal

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Execução Penal nº 7001345-29.2014.8.26.0344, da Comarca de Marília, em que é agravante MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO, é agravado MERIS SOARES VELOSO.

ACORDAM, em 8ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento ao recurso, para: (i) cassar a r. decisão de fls. 14/15; (ii) determinar o retorno da agravada ao regime fechado; (iii) sua submissão a exame criminológico completo; e, ao final, (iv) a reapreciação do pedido de progressão. Comunique-se *incontinenti*. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 18.287)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores LOURI BARBIERO (Presidente) e GRASSI NETO.

São Paulo, 14 de agosto de 2014.

MOREIRA DA SILVA, Relator

Ementa: Agravo em Execução – Lesão corporal gravíssima, homicídio duplamente qualificado tentado e homicídio qualificado tentado – Progressão ao regime intermediário – Deferimento – Recurso ministerial objetivando o retorno ao regime fechado ou a realização de exame criminológico – Admissibilidade – Condenada por delitos gravíssimos, com violência contra pessoa, o que reclama detida perscrutação de sua personalidade – Necessidade de exame criminológico a fim de melhor avaliar o mérito – Recurso provido.

Acesso ao Sumário

VOTO

1. Trata-se de Agravo em Execução interposto pelo Ministério Público,

nos autos do processo de Execução Penal nº 641.980, cujo polo passivo é integrado por **Meris Soares Veloso** ou Meres Soares Veloso, contra a r. decisão da lavra da MMa. Juíza de Direito Dra. Renata Biagioni Belam, que outorgou à agravada o regime prisional semiaberto.

Alega o Ministério Público, em síntese, que a agravada cumpre pena por homicídio duplamente qualificado tentado e homicídio qualificado tentado, crimes considerados hediondos por lei, além de lesão corporal gravíssima, demonstrando tratar-se de pessoa extremamente perigosa e nociva à sociedade. Assinala que a agravada demonstra crueldade e completo desvalor para com a vida humana e sofrimento alheio, bem como possui mais de 12 (doze) anos de pena a cumprir. Pugna, pois, pelo provimento do agravo, determinando-se que volte a cumprir a sua reprimenda no regime fechado ou seja determinada a realização do exame criminológico a fim de se verificar o preenchimento do requisito subjetivo.

Processado e contra-arrazoado o recurso em que a agravada postula o improvimento, a MMa. Juíza *a quo* manteve a r. decisão impugnada e a d. Procuradoria Geral da Justiça manifesta-se pelo provimento do agravo.

É o relatório.

2. O recurso comporta provimento.

A agravada, indivíduo reincidente, cumpre pena de 22 anos, 04 meses e 14 dias de reclusão, em regime fechado, decorrente de condenação por lesão corporal gravíssima, homicídio duplamente qualificado tentado e homicídio qualificado tentado, estando o respectivo término previsto para 29/09/2026.

Considerado resignadamente satisfeito o requisito objetivo, insta saber se a reeducanda também preenche o requisito subjetivo ou se se faz necessária a realização do exame criminológico.

Com efeito, a alteração proporcionada pela Lei nº 10.792/03 ao artigo 112 da Lei nº 7.210/84 (Lei de Execução Penal) traz a perspectiva fenomenológica de que, para a progressão de regime prisional ou o alcançamento de qualquer outro benefício, basta que o condenado cumpra certa quantidade da pena e exiba bom comportamento carcerário, de cunho exclusivamente disciplinar, atestado pelo Diretor do Estabelecimento Penal.

Nada mais equivocado, contudo. Pode parecer, *prima facie*, que se estaria inaugurando uma nova era. Sim, no sentido de que se tornou desnecessário o requisito de ordem subjetiva para a benesse. Como se fora a era da desconstrução do princípio da individualização da pena.

Isto porque o legislador, certamente açodado em alterar a realidade e desatento para com a sorte da sociedade, deliberou que bastaria o atestado fornecido pelo Diretor do Presídio para que o condenado, após ter alcançado certo lapso temporal no cárcere, pudesse obter benefícios como, v.g., regime

Acesso ao Sumário

prisional mais brando etc.

Bem é de ver, entretanto, que o Direito Positivo ainda contempla a possibilidade da aferição do mérito do condenado para a obtenção de benefícios durante o cumprimento de sua pena privativa de liberdade, como se dessume do artigo 33, § 2º, do Código Penal, ao condicionar a pretensão à prévia avaliação do "mérito do condenado".

Convém ressaltar, nesse passo, que o "***mérito, por seu turno, não consiste, unicamente, na boa ou ótima conduta carcerária por um determinado período. O sentenciado deverá comprovar e convencer o Juízo da Execução que reúne as condições necessárias para usufruir um regime mais favorável...***", consoante pronunciamento deste Augusto Tribunal de Justiça.[1]

Demais disso, importa considerar que o regime semiaberto constitui estágio caracterizado, na atualidade, por significativo nível de recidiva, o que recomenda que não se despreze a avaliação de cunho subjetivo, com vistas a apontar o mérito ou demérito da candidata à progressão, mormente se condenada pelo cometimento de crimes praticados com dolo intenso, como se percebe pelo fato de jogar álcool e atear fogo em pessoa de sua convivência (fls. 55), e violência concreta, ao atingir duas vítimas com golpes de arma branca (fls. 56/59), como no caso em apreço, por força dos quais a agravada experimentou a pena total de 22 anos, 4 meses e 14 dias de reclusão (fls. 05), a denotar ser portadora de personalidade aparentemente violenta, distorcida.

De sorte que a exibição de comportamento compatível com a disciplina do cárcere, por si só, não se mostra suficiente à aferição do requisito subjetivo.

Desse modo, a não realização do exame criminológico tende a tornar duvidosa a possibilidade de a condenada ser reintegrada harmoniosamente à sociedade, como preconizado pela Lei de Execução Penal, em seu artigo 1º.

Portanto, havendo dúvida se a agravada pode ou não obter o benefício, há que ser resolvida em favor da sociedade. E a sociedade não está obrigada a conviver novamente com quem ainda tem pena a cumprir, a menos que haja segurança absoluta quanto à sua readaptação, permitindo, assim, que a condenada consiga o benefício, notadamente o regime semiaberto, por força do qual lhe é proporcionado passar parte do seu dia no convívio social.

Acesso ao Sumário

Não é sem razão que o Colendo Supremo Tribunal Federal recentemente assim se pronunciou:

> "***Reconhecimento da possibilidade de o juiz da execução ordenar, mediante decisão fundamentada, a realização de exame criminológico – Importância do mencionado exame na aferição da personalidade e do grau de periculosidade do sentenciado (RT***

1 – Agravo nº 267.398.3/4, Comarca de São Paulo, 2ª Câmara Criminal, Rel. Ângelo Gallucci, j. 14.12.1998.

613/278) – Edição da Lei nº 10.792/2003, que deu nova redação ao art. 112 da LEP – Diploma legislativo que, embora omitindo qualquer referência ao exame criminológico, não lhe veda a realização, sempre que julgada necessária pelo magistrado competente – Consequente legitimidade jurídica da adoção, pelo Poder Judiciário, do exame criminológico (RT 832/676 – RT 836/535 – RT 837/568) – Precedentes – 'Habeas corpus' deferido, em parte".[2]

Vale salientar que, se hoje o exame criminológico deixou de ser de todo obrigatório, a Lei nº 10.792/03, contudo, não retirou do juiz a possibilidade de determiná-lo e, até, de indeferir a progressão, com base no seu resultado, mormente em caso como o dos autos, em que a agravada cumpre pena por crimes gravíssimos, a denotar possível distúrbio de personalidade.

Bem por isso, o extinto Tribunal de Alçada Criminal de São Paulo decidiu:

"***Regime prisional – Progressão – Indeferimento com base no resultado desfavorável de exame criminológico – Possibilidade: – É possível o indeferimento de progressão de regime prisional com base no resultado desfavorável de exame criminológico, uma vez que a Lei nº 10.792/03 apenas eliminou a obrigatoriedade da realização do exame, mas não afastou a possibilidade de o Juiz determiná-lo, se e quando entender necessário***".[3]

Importante observar ainda, como bem salienta o eminente Prof. Cezar Roberto Bitencourt, que a "***realização do exame criminológico tem a finalidade exatamente de fornecer elementos, dados, condições, subsídios, sobre a personalidade do condenado, examinando-o sob os aspectos mental, biológico e social, para concretizar a individualização da pena por meio dessa classificação dos apenados***".[4]

Cumpre enfatizar, portanto, que a nova redação dada ao artigo 112 da Lei de Execução Penal expungiu a obrigatoriedade da realização do exame criminológico. Mas não retirou ao juiz o poder, o discernimento e a sensibilidade de determiná-lo quando esteja frente a pedido de agente, como na hipótese em tela, condenada por crimes gravíssimos, entendendo-o, pois, necessário para melhor e segura avaliação do requisito subjetivo. Sob pena de precipitar o reenvio à sociedade de indivíduos cuja terapêutica penal, por sua curta ou insuficiente duração, depois se mostre de todo ineficaz, com sério comprometimento da segurança pública.

Em suma, verifica-se quão imperioso, na espécie, perscrutar-se e aferir-se o mérito da condenada – a cujo respeito não há ainda elemento de convicção

Acesso ao Sumário

2 – HC 88052/DF – Distrito Federal – Relator: Min. Celso de Mello – Julgamento: 04/04/2006 – Órgão Julgador: Segunda Turma – Publicação: DJ 28-04-2006 PP-00047 Ement Vol-02230-03, pp-00488.

3 – TACRIMSP – HC 476.442/1 – 14ª Câmara – Rel. Renê Nunes – j. em 01.06.2004.

4 – Código Penal Comentado, São Paulo, Saraiva, 2002, p. 146.

suficiente e convincente – de modo a não deixar dúvida em torno da possibilidade de obter o regime semiaberto, sem acarretar qualquer risco à sociedade, donde ser de significativa utilidade a realização do exame criminológico completo.

3. Pelo exposto, **dá-se provimento** ao recurso, para: (i) cassar a r. decisão de fls. 14/15; (ii) determinar o retorno da agravada ao regime fechado; (iii) sua submissão a exame criminológico completo; e, ao final, (iv) a reapreciação do pedido de progressão. Comunique-se *incontinenti.*

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Execução Penal nº 0032936-93.2014.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é agravante MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO, é agravado KLEBER DOS SANTOS.

ACORDAM, em 4ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento ao recurso ministerial. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 23.504)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores EUVALDO CHAIB (Presidente sem voto), WILLIAN CAMPOS e EDISON BRANDÃO.

São Paulo, 26 de agosto de 2014.

IVAN SARTORI, Relator

Ementa: Agravo em execução – Falta disciplinar de natureza grave – Telefone celular e acessórios – Autoria e materialidade comprovadas – Prova segura com base na própria confissão do sentenciado – Atipicidade não configurada – Desnecessidade de o aparelho estar acompanhado de chip – Fato que, por si só, constitui infração disciplinar – Perda de 1/3 dos dias remidos – Art. 127 da LEP – Compatibilidade com as circunstâncias do caso concreto – Recurso ministerial provido.

Acesso ao Sumário

VOTO

Trata-se de agravo em execução interposto contra decisão do MM. Juízo da 1ª Vara das Execuções Criminais da Capital, que deixou de reconhecer falta

grave imputada ao sentenciado.

Processou-se o recurso regularmente, advindo contrariedade e sustentação (fls. 59/64 e 76).

A Procuradoria de Justiça é pelo provimento (fls. 80/2).

É o relatório.

Consistente o reclamo.

Consta dos autos que, em vistoria de rotina, no pavilhão IV, cela 6, foram encontrados, dentro de uma costura falsa na manta, 01 aparelho celular da marca Samsung, com bateria e sem chip, 01 carregador improvisado e 01 fone de ouvido. Indagados os presentes a quem pertenciam os objetos, o ora agravado admitiu a propriedade (fls. 21/2).

A comunicação de evento de fl. 09, o b.o. de fls. 11/4 e o auto de exibição e apreensão de fls. 15/6 retratam a materialidade da falta disciplinar, emergindo a autoria da própria confissão do sentenciado, quando inquirido no momento da descoberta do fato.

Entanto, Kleber, quando ouvido no procedimento disciplinar, negou tudo. Disse que assumiu a culpa para não prejudicar os outros detentos de sua cela, pois todos ficariam "na tranca" por 10 dias (fls. 21/2).

Mas, sua negativa não convence, diante do depoimento do agente de segurança Sérgio Arcanjo, também durante o procedimento administrativo. Ele contou que, em revista de rotina na cela do sentenciado, encontrou escondido dentro de uma costura falsa na manta os objetos relatados. Naquele momento, inquiriu os presos e Kleber assumiu a responsabilidade pelas peças.

Aliás, não se pode duvidar da palavra do agente penitenciário, em não havendo motivo para que acusasse o recorrente graciosamente, sem falar que seu testemunho foi prestado mediante compromisso.

Neste sentido:

"*Convém frisar, nesta oportunidade, que os depoimentos de agentes penitenciários, para efeito probatório, equiparam-se aos de policiais, não podendo ser desprezados somente porque eles são funcionários incumbidos da segurança dos presídios.*" (Agravo de Execução Penal nº 0209959-60.2013.8.26.0000, Rel. Des. Roberto Solimene, j. 03/04/2014).

E não há que se cogitar de atipicidade da conduta, dês que irrelevante esteja o telefone celular desacompanhado de chip.

Note-se que a Lei 7.210/84, no art. 50, VII, considera falta grave a posse, utilização ou fornecimento de aparelho telefônico, de rádio ou similar que permita a comunicação com outros presos ou com o ambiente externo.

Nesse conceito, estão inclusos, não só o aparelho celular em si, como todos os acessórios e dispositivos que permitam, diretamente, o seu funcionamento,

Acesso ao Sumário

tais como o chip, a bateria, o carregador, o circuito eletrônico, o teclado e o visor.

Isso porque, a existência isolada desses elementos facilita a inserção, a ocultação e a reposição de peças no interior das unidades prisionais.

Não fosse assim, o escopo da lei seria facilmente contornado, porquanto, como sabido, difícil a apreensão de todo o aparelho.

Por oportuno, anote-se que a posse, por si só, de aparelho de telefonia celular no interior de estabelecimento penitenciário, independentemente de seu efetivo uso, constitui falta grave.

Veja-se precedente desta Corte:

AGRAVO EM EXECUÇÃO PENAL – FALTA DISCIPLINAR – PRELIMINAR – PRESCRIÇÃO (...) FALTA DISCIPLINAR GRAVE – POSSE DE APARELHO CELULAR – ABSOLVIÇÃO – IMPOSSIBILIDADE – Infração disciplinar bem caracterizada pelas provas colhidas no procedimento apuratório – Prescindibilidade de realização de exame pericial no instrumento de comunicação – Tipicidade material caracterizada pela simples conduta de fazer ingressar aparelho celular para dentro da penitenciária – DETERMINAÇÃO DA PERDA DE 1/3 DOS DIAS REMIDOS – MANUTENÇÃO – Forçosa a decretação da perda dos dias remidos em seu patamar máximo, dada a gravidade da infração disciplinar – INTERRUPÇÃO DO PRAZO PARA CONCESSÃO DE NOVOS BENEFÍCIOS – Recálculo mantido no que diz respeito a eventual progressão de regime. REJEITADA A PRELIMINAR, NO MÉRITO, NEGA-SE PROVIMENTO AO RECURSO. (Agravo em Execução nº 0189590-45.2013.8.26.0000, 3ª Câmara de Direito Criminal, rel. Cesar Mecchi Morales, j. 11.02.14).

No mesmo sentido, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça:

EXECUÇÃO PENAL. HABEAS CORPUS. POSSE DE APARELHO CELULAR EM PENITENCIÁRIA. EXAME PERICIAL PARA ATESTAR A FUNCIONALIDADE. DESNECESSIDADE. ORDEM DENEGADA. 1. Pune-se como falta grave o simples fato de o condenado possuir, utilizar, ou fornecer aparelho telefônico, de rádio ou similar, que permita a comunicação com outros presos ou com o ambiente externo, não havendo regra legal que imponha a realização de exame pericial para comprovar a sua funcionalidade. 2. O fato de, no momento da apreensão, o aparelho celular ter sido encontrado em um balde com água não descaracteriza a falta disciplinar, uma vez que a lei de execução penal é expressa em vedar a simples posse do telefone dentro da penitenciária. 3. Ordem denegada. (HC nº 133.497/SP, 5ª Turma, rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, j. 13.10.09).

Acesso ao Sumário

Nesse contexto, o preso infringiu o art. 50, VII, da Lei 7.210/84, tratando-se, por certo, de falta grave.

Daí a incidência do art. 127 da citada lei, estabelecendo-se aqui a perda de 1/3 dos dias remidos anteriormente à data da falta, fixando-se esta como marco interruptivo do lapso temporal para fins de progressão de regime.

E a fração praticada mostra-se adequada, máxime porque a inserção do aparelho de telefonia celular nos presídios caracteriza intenção malévola por parte do sentenciado, sem falar na gravidade da conduta, a teor do art. 57 da Lei 7.210/84.

Outrossim, em uniformização de jurisprudência, o Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do EREsp 1.176.486/SP, pela Terceira Seção daquela Corte, passou a entender que a falta grave é marco interruptivo para a progressão de regime, salvo em relação ao livramento condicional e à comutação de penas.

Destarte, determina-se a anotação da falta grave na FA do reeducando, nos termos acima.

Dá-se provimento.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Execução Penal nº 0027169-74.2014.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é agravante CLEISER ALVES DE BARROS, é agravado MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em 8ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "NEGARAM PROVIMENTO ao presente agravo. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 354)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores LOURI BARBIERO (Presidente sem voto), MARCO ANTÔNIO COGAN e MOREIRA DA SILVA.

São Paulo, 28 de agosto de 2014.

ALCIDES MALOSSI JUNIOR, Relator

Ementa: Porte de drogas.

Execução. Procedimento administrativo que apurou drogas com a Agravante. Crime doloso. Falta grave reconhecida. Aplicação das sanções previstas na LEP. Uma vez constatada por prova idônea a presença de

Acesso ao Sumário

maconha na cela da Agravante, caracteriza-se o crime doloso. A imposição de perda de um terço dos dias remidos e a regressão ao regime fechado obedecem às finalidades estatuídas em lei, em vista dos fundamentos preventivo e ressocializador da sanção penal.

Pedido indeferido.

VOTO

Trata-se de "*AGRAVO DE EXECUÇÃO PENAL*", interposto pela Defensoria Pública, Dr. Gustavo Octaviano Diniz Junqueira, em favor da sentenciada **CLEISER ALVES DE BARROS**, contra decisão do *Juízo da Vara de Execuções Criminais da Capital Paulista*, presidida pela MM. Nidea Coltro Sorci (fls. 65/67).

Esclarecendo que a condenada se encontra recolhida na Penitenciária de São Miguel Paulista (matrícula nº 629.663), onde já cumpre pena por tráfico de drogas, pretende a Agravante que se cancele a anotação de falta grave em seus assentos, desclassificando-a para falta de natureza média (fls. 71/82) porque: **1**- os fatos retratariam caso de porte de droga para uso pessoal; **2**- o art. 28 da Lei nº 11.343/06 teria sido alvo de despenalização; **3**- a conduta da Agravante deve ser entendida como contravenção penal; **4**- a Lei nº 7.210/84 admite falta grave apenas na hipótese de *crimes* dolosos, excluídos os delitos liliputianos.

Contraminuta do Agravado a fls. 84/88.

Parecer da douta Procuradoria Geral de Justiça foi pelo não provimento do agravo em execução (fls. 98/101).

É o relatório.

Consta dos autos que a Agravante encontra-se reclusa no Centro de Progressão Penitenciária de São Miguel Paulista, onde cumpre pena de **07 anos e 02 meses de reclusão** (v. ficha qualitativa, fls. 05, 16) por tráfico de drogas. No dia 27/08/2013, durante revista de rotina, foram encontrados com a Agravante, 05 invólucros plásticos de 03 cm e outro, de 10 cm, todos contendo substância posteriormente confirmada como maconha (v. boletim de apreensão nº 004/2013 a fls. 17; v. laudo pericial nº 02/160/52.210-2013, a fls. 61/62). O Procedimento Disciplinar nº 059/2013 (fls. 14 e ss.) concluiu pela existência de falta grave, com espeque nos arts. 50, inc. III, e 52 da Lei nº 7.210/84, o que se reiterou perante o Juízo das Execuções Penais. Insurge-se a Agravante contra a regressão ao regime fechado e a perda da terça parte dos dias remidos.

O presente agravo não deve prosperar.

O procedimento disciplinar instaurado encontra-se em ordem e conforme os ditames legais, calcado em legítimas provas testemunhais colhidas pelo depoimento das agentes penitenciárias (fls. 26/28), assim como se oportunizou à

Agravante a devida oitiva para autodefesa. Além disso, os direitos da Agravante sempre estiveram à guarida da devida defesa técnica, inclusive durante a etapa não jurisdicional.

A decisão judicial vergastada merece acolhimento.

Com efeito, conforme oportunamente recuperado nas alegações em contraminuta do Ministério Público, já houve precedente paradigmático perante a Suprema Corte, na qual se rejeitou a tese da *abolitio criminis* quanto ao art. 28 da Lei de Drogas, de relatoria do Ministro Sepúlveda Pertence (STF, RE 430.105, j. 13.02.2007, fls. 85).

Deste modo, é irretorquível que o art. 28 da Lei nº 11.343/06 fixa um crime, de natureza dolosa, conquanto seu preceito secundário espelhe o viés despenalizante do abolicionismo fenomenológico baseado na doutrina de LOUK HULSMAN. Em adequação da norma à realidade brasileira, optou o legislador pátrio por conferir às penas previstas no dito dispositivo penal um caráter mais afinado com a problemática de saúde pública suscitada com o consumo pessoal de drogas.

Isto posto, ainda que a Agravante mantivesse maconha para uso exclusivamente pessoal, isso não altera as consequências penais, no prisma da execução. No caso em tela, não existe qualquer admissão explícita da Agravante em sua manifestação (fls. 29/30) quanto ao destino da droga, se para uso pessoal ou para mercancia. O que aduziu foi só o receio de prejudicar a si mesma ou a terceiros pela identificação de substância ilícita na cela, ainda mais diante da dura realidade prisional. Enfim, a oblíqua negativa de propriedade da droga não modifica o fato de tê-los ocultado em sua boca durante a inspeção disciplinar.

Fatos incontroversos, portanto. Reconhecida a natureza de crime quanto ao art. 28 (admitida tal hipótese), a falta grave urge ser reconhecida. Em qualquer hipótese, tráfico ou uso pessoal, trata-se da hipótese de crime doloso, não tendo havido a devida contraprova das teses contrárias. A execução penal orienta-se pelo primado do *in dubio pro societate*, de forma que a decisão do Juízo *a quo* é infensa a reparos.

Portanto, com base nos fatos, a aplicação das medidas previstas no art. 50 III, c/c art. 52 é de rigor.

Do mesmo modo, considerados os argumentos declinados, é inaceitável a desclassificação da conduta para falta de natureza média, nos termos do art. 45 da Lei nº 7.210/84.

Precedentes deste E. Tribunal nesse sentido:

AGRAVO EM EXECUÇÃO. Falta grave. Procedimento disciplinar. **Posse de entorpecentes. Conduta típica. Sentenciado que cumpria pena no regime semiaberto. Regressão** – Exegese do artigo 118, I, da LEP – Agravo improvido.

Acesso ao Sumário

(TJSP, AgEx 7005201-29.2013.8.26.0637, 16ª C., Rel. Des. Newton Neves, j. 17.07.2014).

Portanto, restando incontroversos os fatos e rechaçada a tese em relação à descriminalização do art. 28 da Lei de Drogas, a decisão judicial combatida deve prevalecer por seus fundamentos.

Do exposto, **NEGO PROVIMENTO** ao presente agravo.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Execução Penal nº 7001277-96.2013.8.26.0576, da Comarca de São José do Rio Preto, em que é agravante CARLOS ROBERTO DE OLIVEIRA, é agravado 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: "Deram provimento ao recurso para absolver o sentenciado da falta disciplinar de natureza grave, cancelando-se sua anotação e todos os seus consequentes efeitos. Comunique-se ao Juízo da VEC de São José do Rio Preto, também para fins de novo cálculo de penas. v.u.", de conformidade com o voto da Relatora, que integra este acórdão. **(Voto nº 18068)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores SALLES ABREU (Presidente) e XAVIER DE SOUZA.

São Paulo, 1 de outubro de 2014.

MARIA TEREZA DO AMARAL, Relatora

Ementa: AGRAVO EM EXECUÇÃO – FALTA GRAVE (PARTICIPAÇÃO DE MOVIMENTO, COM LIDERANÇA NEGATIVA NA POPULAÇÃO CARCERÁRIA) – AUSÊNCIA DE INDIVIDUALIZAÇÃO DA CONDUTA – PUNIÇÃO COLETIVA – IMPOSSIBILIDADE – ENTENDIMENTO DO ART. 45, § 3º, DA LEI Nº 7.210/84.

RECURSO PROVIDO.

VOTO

CARLOS ROBERTO DE OLIVEIRA agrava da respeitável decisão do Meritíssimo Juiz de Direito em exercício no Juízo da Vara das Execuções Criminais de São José do Rio Preto que, nos autos da execução nº 394.268,

reconheceu comunicação de fato em 23/05/2011 (participação de movimento para subversão à ordem) como falta disciplinar grave e determinou a anotação de falta grave, declarou a perda de 1/3 dos dias trabalhados e remidos anteriormente à data da referida falta, bem como o regrediu ao regime fechado e determinou a anotação da data da falta como marco inicial para aferição de possíveis progressões (fls. 67).

Sustenta o agravante que a acusação não demonstrou a sua participação em qualquer conduta que viesse a configurar liderança negativa na população carcerária, não cabendo a punição coletiva.

Requer o provimento do recurso para que seja absolvido por ausência de prova da autoria (fls. 87/90).

Contrariado o recurso (fls. 92/94) e mantida a respeitável decisão (fls. 95), a Douta Procuradoria Geral de Justiça manifestou-se pela conversão do julgamento em diligência (fls. 99/100).

É o relatório.

Respeitado o parecer da ilustre Procuradoria Geral de Justiça, desnecessária a conversão do julgamento em diligência, já que o recurso comporta provimento.

É dos autos que o agravante cumpria pena privativa de liberdade na Penitenciária II de Lavínia, quando, no dia 23/05/2011, os servidores Malvino André Alves Fahl, Cristiano José Pascoleto e Rogério de Almeida Servilha receberam informações de sentenciados habitantes na unidade, de que o agravante e outros detentos seriam membros de facção criminosa atuante no interior do presídio e seriam responsáveis por diversas atividades criminosas, dentre as quais controle de arrecadação de dinheiro para a facção, incluindo venda de entorpecentes, bebida alcoólica, rifas, jogos, cobrança de dívidas, ameaça a outros sentenciados dentre outras.

Também consta que os sentenciados envolvidos, dentre eles o ora agravante, estariam causando subversão à ordem, articulando ações que atentam contra a disciplina no interior da unidade, fazendo ameaças aos sentenciados não participantes da facção para que os mesmos participassem de movimentos com intuito de enfraquecer a segurança estabelecida na unidade (fls. 03/04).

Instaurada sindicância administrativa para apuração de falta disciplinar, ao final, foi reconhecida a falta grave em desfavor do recorrente (fls. 42/48).

Todavia, razão assiste ao agravante.

Com efeito, no procedimento apuratório, o sentenciado negou fazer parte de facção criminosa, bem como ter praticado qualquer conduta descrita no comunicado de evento (fls. 20).

A testemunha comunicante Malvino André Alves Fahl (fls. 25) – tal como constou na decisão administrativa (fls. 40/48) – alegou que ante as informações

Acesso ao Sumário

recebidas, foram mobilizados os servidores do setor de inteligência da unidade, que monitoraram as celas onde habitavam os envolvidos, sendo constatado, através de escutas e apreensões, a veracidade das informações.

Consta às fls. 41 que foram juntados aos autos, dentre outros, cópia de controle financeiro e de jogatinas apreendido no interior das celas dos Pavilhões habitacionais que comprovariam as ações de facção criminosa no interior da unidade.

Contudo, conforme se extrai, tal controle, não obstante comprovar a existência de facção criminosa no interior da unidade, não identifica seus membros.

Também não há qualquer menção de que os mencionados servidores da inteligência tenham sido ouvidos nos autos.

Tem-se, portanto, que em nenhum momento houve identificação de qualquer conduta do agravante que viesse a configurar as ações atribuídas no comunicado do evento.

Júlio Fabrinni Mirabete, em comentário ao artigo 45, § 3º, da Lei nº 7.210/84, que trata da aplicação das sanções disciplinares, leciona que "São vedadas pela lei as sanções coletivas (Art. 45, § 3º). Esse princípio decorre do preceito constitucional segundo o qual nenhuma pena passará da pessoa do delinqüente (art. 5º, XLV, da CF). Muitas vezes, a manutenção da ordem e da disciplina tem servido como justificativa para que se inflijam aos presos sanções coletivas, quando é princípio básico de justiça que não se deve aplicar qualquer sanção em caso de simples dúvida ou suspeita. Sabe-se que tem ocorrido comumente punição a todos os presos de uma cela, galeria ou pavilhão, quando a administração deseja castigar autores de uma infração disciplinar que não são conhecidos. Essa punição coletiva, além de atingir o interno em sua liberdade e dignidade, tem constado desabonadoramente, como qualquer outra, do boletim penitenciário, embasado no qual o preso pode ou não solicitar favores ou requerer benefícios. Diante da expressa disposição da lei, vige agora o princípio da culpabilidade individual" ("Execução Penal", 11ª ed., Ed. Atlas, 2004, págs. 136).

Acesso ao Sumário

Assim, não individualizada a conduta tida como infracional, impossível aplicar-se sanção de caráter genérico, imputando-se a todos os apontados a punição por infrações supostamente praticada por um ou por outros.

Destarte, sem prova cabal de sua participação, não se poderia atribuir ao agravante o reconhecimento da prática da falta disciplinar em questão, certo que o mero apontamento feito por detentos não identificados nos autos não pode levar à certeza de que o agravante participava das ações genericamente apontadas.

Outrossim, registre-se que solução idêntica foi dada nos autos do Agravo em Execução nº 0200347-98.2013.8.26.0000 interposto pelo sentenciado Ivan

Eduardo dos Santos, também acusado ***da mesma falta***, nos mesmos moldes que o ora agravante, conforme cópia do Acórdão que ora se junta.

Diante do exposto, dá-se provimento ao recurso para absolver o sentenciado da falta disciplinar de natureza grave, cancelando-se sua anotação e todos os seus consequentes efeitos.

Comunique-se ao Juízo da VEC de São José do Rio Preto, também para fins de novo cálculo de penas.

Apelações Criminais

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0000377-64.2013.8.26.0050, da Comarca de São Paulo, em que são apelantes DOUGLAS HENRIQUE DA SILVA e WELLINGTON OLIVEIRA DE SOUZA, 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, que integra este acórdão. **(Voto nº 23.620)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores SÉRGIO COELHO (Presidente sem voto), SOUZA NERY e ROBERTO MIDOLLA.

São Paulo, 14 de agosto de 2014.

ROBERTO SOLIMENE, Relator

Ementa: PORTE DE ARMA DE FOGO COM NUMERAÇÃO RASPADA – Confissão extrajudicial corroborada pelos demais elementos probatórios – Validade dos depoimentos dos policiais militares – Prova da materialidade e autoria do crime – Revólver localizado em poder de um dos réus, porém adquirido pelos dois acusados – Admissibilidade do porte compartilhado – Crime de perigo abstrato – Recurso ao qual se nega provimento.

Acesso ao Sumário

VOTO

Relatório

Cuida-se de recurso de apelação (fls. 133/138), interposto em face da r. sentença (fls. 118/121) que julgou procedente ação penal, para condenar Douglas Henrique da Silva e Wellington Oliveira de Souza ao cumprimento de pena de 3 anos de reclusão, com início em regime aberto, bem como 10 dias-multa, unidade no piso, pela prática do crime previsto no art. 16, p. único, inc. IV, da Lei nº 10.826/03, substituída a corporal por duas restritivas de direitos, consistentes em prestação de serviços à comunidade, por igual período, e pecuniária no valor de um salário mínimo, a critério do juízo da execução.

Irresignados, apelam os réus, buscando as suas absolvições, nos termos do art. 386, inc. III, do Cód. de Processo Penal. Douglas, ainda, pede a absolvição por insuficiência probatória.

Respondido o recurso (fls. 140/145), a D. Procuradoria Geral de Justiça emitiu parecer pelo desprovimento (fls. 147/149).

É o relatório.

Nego provimento ao recurso e justifico.

Conforme a imputação posta na denúncia, resumidamente, em 02/01/13, na Avenida Edgar Facó, na "Feira do Facó", São Paulo, os apelantes Douglas Henrique da Silva e Wellington Oliveira de Souza adquiriram, conjuntamente, um revólver INA, calibre 23, com numeração raspada, munido de quatro cartuchos. No mesmo dia, por volta das 22h20min, na Avenida Pereira de Magalhães, 5.459, nesta Capital, os réus portavam, possuíam, detinham e mantinham sob guarda o mesmo revólver, sem autorização legal ou regulamentar. Consta que policiais militares, em patrulhamento de rotina, avistaram os acusados em atitude suspeita, os quais, ao perceberem a aproximação da viatura, empreenderam fuga. Interceptados, o referido revólver foi localizado em poder de Wellington, sendo que, informalmente, os rapazes confessaram a aquisição e a posse conjuntas da arma, bem como disseram que pretendiam realizar um roubo com a mesma (fls. 1d/3d).

Acesso ao Sumário

A materialidade do fato infringente da lei restou demonstrada pelos elementos de prova seguintes: 1) auto de exibição e apreensão (fls. 25); 2) laudo pericial, constatando que o referido artefato se encontrava apto à realização de disparos (fls. 95/98).

Incontroversa também a prova da autoria no que toca aos réus apelantes.

Na fase inquisitiva, Douglas e Wellington admitiram a compra em conjunto do aludido revólver, pagando pelo mesmo R$ 500,00, tendo cada um pago o valor de R$ 250,00 (fls. 6 e 14). Depois, em juízo, apresentaram versões diversas. Wellington assumiu a propriedade do artefato, afirmando que Douglas não havia participado da compra. Alegou, ainda, que foram coagidos a

assinarem os interrogatórios na delegacia, sendo que os fatos ali retratados não são verdadeiros (fls. 110 e mídia juntada na contracapa dos autos).

No mesmo sentido, o interrogatório judicial de Douglas, acrescentando que desconhecia o fato de Wellington se encontrar armado (fls. 109 e mídia anexada na contracapa dos autos).

Observe-se que, na delegacia, os apelantes confessaram a prática delitiva com detalhes, retificando seus esclarecimentos em pretório, afirmando que teriam sido coagidos a assinarem o termo de interrogatório.

Vale frisar que Wellington tentou afastar a responsabilidade de Douglas, porém, é inegável o valor probatório da confissão policial entrosada com outros elementos de convicção (Cód. Proc. Pen., arts. 197 e 200).

Outro não é o entendimento esposado tanto pela doutrina como pela jurisprudência (Edgard Magalhães Noronha, Curso de Direito Processual Penal, 28ª ed., Saraiva, 2002, nº 65, pág. 144; José Frederico Marques, Elementos de Direito Processual Penal, 1ª ed., Bookseller, 1997, vol. II, nºs. 483-4, págs. 303-5; STF, 1ª T., HC 103.205/PR, rel. Min. Ricardo Lewandowski, DJe – 168, 10/09/10; STF, 1ª T., HC 91.654/PR, rel. Min. Carlos Britto, RTJ, 208/584; STJ, 6ª T., AgRg – AREsp 277.963/PE, relª Minª Assusete Magalhães, DJe, 07/05/13; RSTJ, 226/754; RTJ, 91/750, 93/131, 95/563, 127/293, 143/306 e 154/620; RT, 729/583, 742/605-700, 747/653, 752/632, 786/681, 811/540-642, 814/737 e 817/686; LexJTJ, 169/312, 204/270 e 228/324; RJDTACrim, 29/194, 30/188, 34/526, 35/218-497, 41/235, 44/431, 46/484, 48/218 e 50/110).

Deveras, "O valor da retratação... é relativo. Tanto na confissão como na retratação, o juiz tem absoluta liberdade de pôr em confronto a confissão ou retratação com os demais elementos de prova carreados para os autos a fim de constatar a sua veracidade" (**vide** Fernando da Costa Tourinho Filho, Código de Processo Penal Comentado, 13ª ed., Saraiva, 2010, art. 200, vol. 1, pág. 618).

Por sua vez, esclarece Júlio Fabbrini Mirabete que a confissão policial merece maior credibilidade que a sua retratação judicial, quando aquela tem algum amparo dos demais elementos de prova dos autos (cf. Código de Processo Penal Interpretado, 10ª ed., Atlas, 2003, nº 200.2, pág. 544).

Não discrepa a jurisprudência já consolidada, preservando o livre convencimento do juiz no exame global dos elementos de prova (cf., p. ex., RT, 729/583, 741/640, 789/663, 801/606, 802/561, 806/566-708, 811/642, 812/605, 814/737 e 817/686; RJTJESP, 99/498; JTACrim, 43/372, 49/398, 54/31, 58/165 e 65/371; RJDTACrim, 26/148, 35/497, 38/88 e 50/110).

Ora, isso é o que ocorre no presente caso, posto que a confissão extrajudicial dos réus restou corroborada pelos demais elementos probatórios. Se não, vejamos:

Com efeito, os policiais militares Leandro Joaquim de Oliveira e

Acesso ao Sumário

Leonardo Costa Carita relataram todo o ocorrido, conforme consta da peça inicial. Asseveram que os réus afirmaram que a arma foi comprada na feira do rolo e em conjunto pela importância de R$ 500,00 (fls. 107 e mídia referida).

Verifica-se que os depoimentos acima se mostram coerentes, harmônicos e verossimilhantes, que não demonstram o propósito de querer enganar. Como seu valor não se põe em dúvida, eles podem ser considerados fonte de convicção.

Convém notar, que os depoimentos das autoridades policiais e seus agentes não podem ser desprezados somente porque eles são funcionários incumbidos da segurança pública (CF, art. 144), especialmente quando os termos das inquirições revelam ser pessoas idôneas e insuspeitas.

Citando o exímio Eugenio Florian (Delle Prove Penali, ed. 1924, vol. II, nº 42, págs. 92-6, ou a tradução De las Pruebas Penales, 1ª ed., Temis, Bogotá, 1990, vol. II, nº 42, págs. 105-9), lembra o festejado Eduardo Espínola Filho, "Não importam o sexo, a idade juvenil ou avançada, as imperfeições físicas (cego, surdo, mudo, surdo-mudo, paralítico), as doenças mentais ou corporais, os estados contingentes de inconsciência (embriaguez, por exemplo) e assim por diante... Do mesmo modo, nem o estado social e a condição econômica das pessoas, nem a reputação ou a fama, nem a profissão religiosa acarretam restrições; nem da condenação penal decorrem indignidades, que formem obstáculo ao exercício do testemunho; com a perfeita conclusão: Essa amplíssima liberdade, que sustenta e vivifica a capacidade de testemunhar, encontra o seu fundamento na exigência da maior e mais larga investigação dos fatos, a qual é dominante no processo penal" (cf. Código de Processo Penal Brasileiro, 2ª ed., F. Bastos, 1945, vol. III, art. 202, nº 440, pág. 55).

Assim, a simples condição da testemunha ser policial não desqualifica o seu depoimento judicial, porquanto ele tem inquestionável eficácia probatória, conferida por lei (CPP, arts. 202 e 214, 1ª parte, combinados).

Segue tal diretriz a jurisprudência consolidada (cf., p. ex., STF, 2ª T., HC 74.522-9/AC, rel. Min. Maurício Corrêa, DJU, 13/12/96, pág. 50.167; STF, 1ª T., HC 74.608/SP, rel. Min. Celso de Mello, DJU, 11/04/97, pág. 12.189; STJ, 5ª T., AgRg – REsp 1.182.716/AL, rel. Min. Jorge Mussi, DJe, 21/03/12; STJ, 5ª T., HC 169.810/BA, relª Minª Laurita Vaz, DJe, 05/12/12; RTJ, 68/64, 159/608, 164/176, 168/199, 169/964, 173/899 e 176/759; RSTJ, 110/384 e 143/543; RT, 742/615, 752/589, 754/604, 771/566, 782/677, 802/560, 803/590, 805/612, 810/628, 816/549 e 820/617; LexJTJ, 238/331, 242/329, 244/327, 245/328, 246/314, 250/438, 255/422, 268/525 e 269/543).

De outra banda, os recorrentes não conseguiram produzir qualquer prova apta a elidir suas responsabilidades, uma vez que a testemunha arrolada pela defesa nada esclareceu sobre os fatos, limitando-se a enaltecer os bons antecedentes de Douglas. Ou seja, os acusados não apresentaram provas

Acesso ao Sumário

contrárias às da acusação, nos termos do **caput** do art. 156 do Código de Processo Penal.

Destaque-se que a prova contrária, também denominada contraprova ou prova **ex adverso**, é aquela trazida pela defesa para demonstrar o oposto do alegado pela acusação.

Outrossim, sem fundamento jurídico o argumento da ilustre defesa, no sentido de que o Estatuto do Desarmamento não se aplica a todos e que seus dispositivos não são "respeitados pelo Poder Judiciário", o que torna injusta a condenação dos apelantes.

Por oportuno, de acordo com a lição de Fernando Capez, "Não exigiu o legislador, para a consumação do crime, a demonstração concreta de que pessoa determinada tenha ficado, efetivamente, exposta a algum risco, optando por punir a mera conduta infracional, independentemente da comprovação da efetiva exposição a risco dessa ou daquela vítima... Aquele que carrega um artefato sem autorização realiza um comportamento potencialmente danoso, uma vez que tal instrumento, embora ainda não idôneo para matar ou ferir (de acordo com sua destinação originária, que é detonar projéteis), é perfeitamente capaz de intimidar pessoas. O interesse maior tutelado é a vida, a integridade corporal, a saúde, o patrimônio e, de uma maneira geral e mais abrangente, a segurança da coletividade, isto é, a tranqüilidade física e espiritual de um número indeterminado de pessoas" (cf. Estatuto do Desarmamento, 3ª ed., Saraiva, 2005, pág. 49).

Assim, por ser crime de mera conduta, suficiente para sua consumação o ato de portar, possuir, adquirir, etc. o armamento, sem autorização legal, independentemente da ocorrência de dano efetivo à sociedade.

De modo que tanto o mau uso da arma, como o perigo que representa, são presumidos.

A seu tempo, irrelevante o fato de o revólver ter sido localizado em poder de Wellington, pois, "Não se exigindo qualquer qualidade especial do sujeito ativo, não há dúvidas de que se admite o concurso de agentes no crime de porte ilegal de arma de fogo, não se revelando plausível o entendimento pelo qual apenas aquele que efetivamente porta a arma de fogo incorre nas penas do delito em comento. 3. Ainda que apenas um dos agentes esteja portando a arma de fogo, é possível que os demais tenham concorrido de qualquer forma para a prática delituosa, motivo pelo qual devem responder na medida de sua participação, nos termos do artigo 29 do Código Penal" (STJ, 5ª T., HC 198.186/RJ, rel. Min. Jorge Mussi, DJe de 05/02/14, grifei).

No mesmo teor vale citar outros arestos de nossa Corte Superior (STJ, 5ª T., HC 158.931/RJ, relª. Minª. Laurita Vaz, DJe de 05/09/12; STJ, 5ª T., HC 175.292/RJ, rel. Min. Gilson Dipp, DJe de 14/04/11).

Acesso ao Sumário

Concluindo, o conjunto probatório é suficiente para dar credibilidade à acusação, pela sua persuasão racional, impondo-se, portanto, a condenação dos apelantes pela prática do crime previsto no art. 16, p. único, inc. IV, da Lei 10.826/03.

A dosimetria das penas, por seu turno, não comporta qualquer reparo, inexistindo insurgência recursal sobre tal ponto.

Igualmente, o regime inicial de desconto de pena aberto é adequado à hipótese dos autos, mostrando-se pertinente a substituição da corporal por duas restritivas de direitos.

Ante o exposto, nego provimento ao recurso.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0025808-71.2009.8.26.0590, da Comarca de São Vicente, em que é apelante/apelado MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAUTO, é apelado/apelante MARCÍLIO EUZEBIO CINTRA.

ACORDAM, em 7ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso do MP e deram parcial provimento ao recurso defensivo, nos termos que constarão do acórdão. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 19.709)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores CAMILO LÉLLIS (Presidente) e AMARO THOMÉ.

São Paulo, 31 de julho de 2014.

J. MARTINS, Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: APELAÇÃO – TRÁFICO ILÍCITO DE DROGAS – APLICAÇÃO DO REDUTOR MÍNIMO COMO DETERMINADO NO E. STJ – Necessidade: Segundo determinado na Instância Superior, revisa-se a dosimetria para, com aplicação do redutor mínimo do art. 33, § 4º, da Lei 11.343/06, reduzir as penas em menor grau. Recurso defensivo parcialmente provido.

VOTO

MARCÍLIO EUZEBIO CINTRA foi denunciado, perante a Primeira Vara Criminal da Comarca de São Vicente (Ação Penal nº 1131/09), como incurso no

art. 33, ***caput***, da Lei 11.343/06, por fato praticado em 07 de dezembro de 2009.

Notificado (fls. 80/81), ofertou defesa preliminar (fls. 71/73), sendo a denúncia recebida em 10 de fevereiro de 2010 (fls. 77), seguindo-se a citação (fls. 82) e o interrogatório (fls. 83/86).

Encerrada a instrução sobreveio sentença que o condenou por infração ao art. 33, ***caput***, da Lei 11.343/06, a **05 (cinco) anos e 10 (dez) meses de reclusão, em regime inicial fechado, e ao pagamento de 583 (quinhentos e oitenta e três) dias-multa** (fls. 180/185).

Inconformadas, ambas as partes apelaram.

O Ministério Público objetivando o aumento da pena imposta ao réu (fls. 188/190) e a defesa, por seu turno, a absolvição com base no art. 386, inciso II, do Código de Processo Penal e, alternativamente, a desclassificação para o delito do art. 28 da Lei de Drogas ou a redução da pena imposta nos termos do art. 33, parágrafo 4º, da Lei 11.343/06 (fls. 208/236).

Ofertadas as contrarrazões (fls. 239/249), a douta Procuradoria Geral de Justiça, em seu parecer, opinou pelo desprovimento do recurso defensivo e o integral provimento do ministerial (fls. 252/256).

Levando o caso a julgamento, em acórdão proferido por esta Colenda Sétima Câmara de Direito Criminal em 02/06/2011, em votação unânime, foram rejeitadas as preliminares e negado provimento ao recurso ministerial, dando-se provimento parcial ao recurso do réu para aplicar a minorante do parágrafo 4º do art. 33 da Lei de Drogas (fls. 266/274).

Ainda inconformado, o representante do ***Parquet*** interpôs Recurso Especial ao Colendo Superior Tribunal de Justiça e, apontando contrariedade à Lei Federal e o dissídio jurisprudencial, buscou a reforma do v. acórdão para que fosse cassada a redução da pena aplicada ao acusado (fls. 278/308).

Ofertadas as contrarrazões (fls. 321/330) e admitido o Recurso Especial (fls. 333), o Colendo STJ deu parcial provimento ao recurso especial, afastando o grau de diminuição do art. 33, parágrafo 4º, da Lei de Drogas, determinando o retorno dos autos para o redimensionamento da pena, com aplicação do redutor no seu grau mínimo (fls. 350/354).

MARCÍLIO interpôs agravo regimental alegando que houve julgamento *extra petita* (fls. 361/364).

Por unanimidade, o Colendo STJ, em sua Quinta Turma, negou provimento ao agravo regimental (fls. 372/379) e, na sequência, rejeitou (fls. 396/400) os Embargos de declaração opostos pelo réu (fls. 383/385).

É O RELATÓRIO.

Afastado no E. STJ o índice aplicado por esta C. Sétima Câmara de Direito Criminal em voto conduzido pelo E. Desembargador Fernando Miranda,

Acesso ao Sumário

as reprimendas do apelante, reajustadas como determinado, alcançam 03 (três) anos, 10 (dez) meses e 20 (vinte) dias de reclusão, mais 388 (trezentos e oitenta e oito) dias-multa.

Diante do exposto, **NEGA-SE PROVIMENTO** ao recurso do MP e **DÁ-SE PARCIAL PROVIMENTO** ao recurso defensivo, para redução das penas a 03 (três) anos, 10 (dez) meses e 20 (vinte) dias de reclusão, mais 388 (trezentos e oitenta e oito) dias-multa, mantida no mais a r. decisão monocrática.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0002888-67.2012.8.26.0180, da Comarca de Espírito Santo do Pinhal, em que são apelantes F.R. e D.L., é apelado MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em 3ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento aos recursos. V.U. Sustentou oralmente o I. Defensor, Dr. F.H.C., e, usou da palavra, o Exmo. Procurador de Justiça, Dr. Mario de Magalhães Papaterra Limongi.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 5439)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores GERALDO WOHLERS (Presidente) e LUIZ ANTONIO CARDOSO.

São Paulo, 12 de agosto de 2014.

CESAR MECCHI MORALES, Relator

Ementa: TRÁFICO DE ENTORPECENTE E ASSOCIAÇÃO PARA TAL FIM – Apelos dos réus – Alegação de inépcia da denúncia, por falta de individualização da conduta dos recorrentes – Tese afastada – Inicial acusatória que bem descreveu a participação dos agentes, possibilitando-lhes amplo direito de defesa.

PRELIMINAR REJEITADA.

MÉRITO – Pretensão de absolvição por insuficiência de provas – Descabimento – Quadro probatório apto para alicerçar a condenação dos réus por tráfico e associação para o tráfico, em concurso material – Pleito de exclusão da causa de aumento prevista no artigo 40, inciso III, da Lei de Drogas, afastado – Comprovação

Acesso ao Sumário

nos autos de que os crimes eram cometidos nas imediações de sede de entidade recreativa e esportiva – Sentença integralmente mantida.

RECURSOS DESPROVIDOS.

VOTO

1. Ao relatório da r. sentença de fls. 242-255, acrescenta-se que **F.R.** e **D.L.** foram condenados ao cumprimento de 7 anos, 11 meses e 8 dias de reclusão, mais o pagamento de 793 dias-multa, no valor mínimo, por incursos no artigo 33, *caput*, da Lei de Drogas, e de 4 anos, 9 meses e 5 dias de reclusão, e 1.110 dias-multa, também no mínimo, por infração ao artigo 35, *caput*, da mesma lei, aplicada a regra do concurso material de infrações e reconhecida a causa de aumento prevista no artigo 40, inciso III, da lei específica. Finalmente, para ambos fixou-se o regime inicial fechado.

Irresignados, apelam os réus (fl. 267 e 280).

Preliminarmente, **F.** reclama que a denúncia seria inepta, por falta de descrição individualizada da conduta dos acusados. No mérito, busca desate absolutório por insuficiência de provas, afirmando, ainda, ser impossível a "*prática concomitante*" dos crimes previstos nos artigos 33 e 35 da Lei nº 11.343/06. Subsidiariamente, requer a exclusão da causa de aumento e a mitigação das penas (razões a fls. 268-278).

De outra parte, **D.** também pede absolvição por falta de provas. Em linha subsidiária, pugna pelo afastamento da causa de aumento (razões a fls. 281-287).

Os recursos foram respondidos (fls. 301-305).

A douta Procuradoria de Justiça, em parecer de lavra do Dr. Ruy Valente da Silva, manifestou-se pelo desprovimento dos apelos (fls. 322-326).

É a síntese do necessário.

2. A preliminar não se sustenta.

A denúncia descreveu clara e detalhadamente a conduta criminosa dos réus, possibilitando-lhes amplo exercício do direito de defesa. De todo modo, relevante frisar que, havendo concurso de pessoas, a jurisprudência tem dispensado a descrição pormenorizada da participação de cada um dos agentes, devendo este fato ser apurado posteriormente, no curso da instrução processual (RT 597/416).

3. No mérito, melhor sorte não se reserva aos recorrentes.

4. Narra a denúncia que, em 10 de junho de 2012, **F.R.** e **D.L.** foram surpreendidos por policiais civis mantendo em depósito, para fins de tráfico, duzentos e um gramas de *cocaína*. Consta também que os réus estavam associados para a prática da narcotraficância, nas imediações de sede de entidade

Acesso ao Sumário

recreativa e esportiva.

5. A materialidade veio atestada pelo auto de apreensão de fls. 59-60 e pelos laudos periciais de fls. 61 e 122.

6. Quanto à autoria, tampouco restam dúvidas, devendo os recorrentes ser responsabilizados pelos crimes.

Perante a autoridade policial ambos optaram pelo silêncio, abstendo-se de prestar esclarecimentos sobre o ocorrido (fls. 10 e 11).

Em Juízo **F.** negou o tráfico, afirmando ser mero usuário de entorpecentes. Admitiu, porém, que a *cocaína* foi encontrada em carro de sua propriedade e que somente ele fazia uso (fls. 190-191). Por sua vez, **D.** disse que "*não tinha conhecimento de que a droga descrita na denúncia estava escondida no interior do veículo*" (fls. 192).

Tais escusas não podem ser prestigiadas.

Afinal, *de forma coesa e com muita segurança*, os policiais civis R.D.A. e R.F.C. narraram ter recebido vários informes no sentido de que os apelantes estavam associados para o tráfico de drogas.

Então, por intermédio de monitoramento telefônico, constataram que as delações eram procedentes. Um dia antes da prisão, inclusive, captaram conversa envolvendo **D.** e um indivíduo (não identificado) da cidade de M.G., em que a corré negociava a aquisição de droga, a fim de fornecê-la durante uma festa.

Atentos a essa informação, os policiais detiveram os apelantes na estrada, no momento em que retornavam de M.G.. Após minuciosa revista ao veículo (M.P., de propriedade de **F.**), acabaram por apreender expressivo montante de *cocaína*. Depois, perante os investigadores, **F.** "*acabou dizendo que se a droga estava lá, então era dele*".

7. Ressalte-se que a lei não nega validade ao depoimento do policial, tanto que não o arrola entre os impedidos ou suspeitos, não o dispensa do compromisso de dizer apenas a verdade, nem o poupa dos inconvenientes do crime de falso testemunho, caso venha a sonegar a realidade dos acontecimentos. Ao julgador cumpre conferir, a tais declarações, o justo e merecido valor, cotejando-as e confrontando-as com os demais elementos de convicção, atribuindo-lhes, ou não, segundo seu livre convencimento, o merecido poder de persuasão.

Nesse sentido:

"*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*

Acesso ao Sumário

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" *(Habeas Corpus* nº 73518, rel. Min. Celso de Mello, Primeira Turma, j. 26/3/1996).

8. Ademais, da análise das conversas monitoradas e transcritas (linha telefônica nº 19-8142-9691, de titularidade de **F.R.**), constata-se o intenso envolvimento dos apelantes no comércio ilícito de narcóticos (vide relatório policial de fls. 79/81 e documentos de fls. 83-84), sendo que "*as encomendas realizadas por telefone eram bem frequentes*" (fls. 194 vº).

9. Enfim, diante de tais elementos robustos de prova, *e destacando que* ***D.*** *já registra condenação anterior e definitiva por tráfico de drogas,* conclui-se que a condenação dos apelantes por infração ao artigo 33, *caput*, da lei especial, era medida de rigor.

10. Igualmente, abundam elementos no sentido de que **F.** e **D.** estavam associados – de maneira estável e permanente – para a prática da narcotraficância. Em primeiro lugar, porque tanto as delações anônimas quanto as conversas monitoradas apontaram nesse sentido. Em segundo, porque eles mantinham caso amoroso e "*residiam juntos*", segundo informou o policial R. (fls. 194 vº). As fotografias de fls. 74 também dão conta da intimidade dos agentes.

Além disso, os acusados foram presos em poder de grande quantidade de *cocaína*, tudo a indicar que não se tratava de mera cooperação eventual – o que dá ensejo à caracterização do delito previsto no artigo 35, *caput*, da Lei 11.343/06.

11. Correto, pois, o desfecho condenatório, não se havendo cogitar de absolvição.

12. A tese de impossibilidade de condenação dos réus por tráfico e associação *concomitantemente* não procede. Trata-se de crimes autônomos e independentes, não havendo absorção de um pelo outro. A prática conjunta dos delitos dá ensejo ao concurso material de infrações, tal como reconhecido na sentença.

13. Outrossim, mantém-se a causa de aumento prevista no artigo 40, inciso III, da Lei de Drogas (infração cometida nas imediações de sede de entidade recreativa e esportiva). Consoante apurado, os réus exerciam o tráfico e moravam em imóvel situado nas proximidades do "*Clube (...)*", onde ocorriam "*eventos todos os finais de semana*" (cf. relato de fls. 194 vº). E a fotografia de fls. 104 também comprova que a residência dos agentes situava-se quase em frente ao referido clube.

14. Por fim, observa-se que as penas foram ligeiramente elevadas nas três etapas do procedimento dosimétrico (sempre na fração de 1/6) em razão

Acesso ao Sumário

da quantidade de entorpecente confiscada, da reincidência dos réus (a de **D.** específica) e da causa de aumento referida. Nenhum reparo deve ser feito.

15. Diante do exposto, pelo meu voto **rejeita-se a preliminar** e **nega-se provimento** aos recursos, mantendo-se integralmente a r. sentença de primeiro grau.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0004537-97.2011.8.26.0052, da Comarca de São Paulo, em que é apelante/apelado S.D. e Apelante/A.M.P. M.M.R.C., é apelado/apelante 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, quanto ao mérito, deram provimento aos recursos ministerial e da assistente de acusação, para afastar a circunstância atenuante da confissão, e deram parcial provimento ao recurso defensivo, para reduzir a pena-base em relação ao crime previsto no art. 121, § 2º, II, III e IV, do Cód. Penal, e, em consequência, reduz a pena de S.D., quanto a este crime, para 16 (dezesseis) anos de reclusão. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 28.140)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores RACHID VAZ DE ALMEIDA (Presidente) e CARLOS BUENO.

São Paulo, 25 de agosto de 2014.

NUEVO CAMPOS, Relator

Ementa: APELAÇÃO – HOMICÍDIO QUALIFICADO – MOTIVO FÚTIL, MEIO CRUEL E RECURSO QUE DIFICULTOU A DEFESA DA OFENDIDA – ESTUPRO – MATÉRIA PRELIMINAR – INOCORRÊNCIA DA EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE DO RÉU, EM RAZÃO DA DECADÊNCIA DO DIREITO DE REPRESENTAÇÃO – REPRESENTAÇÃO APRESENTADA – MATÉRIA PRELIMINAR REJEITADA – MÉRITO – MANUTENÇÃO DA SOLUÇÃO CONDENATÓRIA – ACOLHIMENTO DE RAZOÁVEL VERTENTE PROBATÓRIA –

Acesso ao Sumário

SOBERANIA DOS VEREDICTOS – REDUÇÃO DO AUMENTO OPERADO NA PENA-BASE EM RELAÇÃO AO CRIME DE HOMICÍDIO QUALIFICADO – CIRCUNSTÂNCIA ATENUANTE DA CONFISSÃO NÃO CARACTERIZADA – RECURSOS MINISTERIAL E DO ASSISTENTE DE ACUSAÇÃO PROVIDOS – RECURSO DEFENSIVO PARCIALMENTE PROVIDO.

VOTO

Vistos.

Trata-se de recursos interpostos pelo D. Representante do Ministério Público em primeiro grau de jurisdição, por M.M.R.C., Assistente de Acusação, e por S.D. contra a r. sentença monocrática de fls. 1.884/1.888, que, em função da solução do julgamento em plenário, condenou o acusado, em concurso material, como incurso no art. 121, § 2º, II, III e IV, do Cód. Penal, a 23 (vinte e três) anos de reclusão e no art. 213, *caput*, do Cód. Penal, a 8 (oito) anos de reclusão, negado o direito de recorrer em liberdade.

Foi fixado o regime fechado para o início do cumprimento das penas privativas de liberdade.

Houve aditamento à denúncia (fls. 752/757).

Pugnam a acusação e a assistente de acusação, em suma, pelo afastamento da circunstância atenuante da confissão, em relação ao crime de homicídio qualificado (fls. 1.909/1.918 e 1.937/1.948).

Pugna a defesa, preliminarmente, pela extinção da punibilidade do recorrente, em relação ao crime previsto no art. 213, *caput,* do Cód. Penal, pelo decurso do prazo decadencial para o exercício do direito de representação da ofendida (fls. 1.987/2.004).

Quanto ao mérito, pugna, em suma, pela anulação do julgamento em plenário, para que a outro seja submetido, sob o fundamento de que a solução condenatória é, manifestamente, contrária à prova dos autos.

Sustenta, a propósito, que o conjunto probatório é insuficiente para demonstrar as qualificadoras relativas ao motivo fútil e ao recurso que dificultou a defesa da ofendida, bem como a prática do crime de estupro.

Pleiteia, ainda, a redução das penas.

Contra-arrazoados os recursos (fls. 1.961/1.970, 2.006/2.023 e 2.029/2.039), manifestou-se a D. Procuradoria de Justiça pelo não provimento dos apelos (fls. 2.043/2.051).

É, em síntese, o relatório.

Acesso ao Sumário

A matéria preliminar não merece prosperar.

Inviável o acolhimento da tese defensiva no sentido de que seja julgada extinta a punibilidade do recorrente, em relação ao crime previsto no art. 213, *caput*, do Cód. Penal, pelo decurso do prazo decadencial para o exercício do direito de representação da ofendida, e por ilegitimidade ministerial para propor a ação penal, em virtude de descumprimento da regra prevista no art. 225, *caput*, do Cód. Penal.

Não há exigência legal de forma especial para a representação na hipótese de ação penal pública condicionada.

Assim sendo, não há dúvida de que foi apresentada no caso em tela.

Pelo que se verifica dos autos, em particular das declarações de M.M.R.C., genitora da ofendida, considerado o disposto no art. 24, § 1º, do Cód. de Proc. Penal, houve inequívoca manifestação no sentido de ver o acusado processado pelos fatos tratados na inicial.

A matéria preliminar, portanto, é rejeitada.

Quanto ao mérito, os apelos ministerial e da assistente de acusação procedem, para afastar a circunstância atenuante da confissão, e o recurso defensivo comporta parcial provimento, apenas para redução da pena-base em relação ao crime de homicídio qualificado.

Não se caracterizou *error in judicando*.

Importa anotar, neste aspecto, que a análise e valoração aprofundada da prova, em vista do princípio da soberania dos veredictos, é cabível, tão somente, no julgamento em plenário.

Em sede recursal, portanto, a análise da prova é limitada à verificação de eventual contrariedade entre a solução do julgamento em plenário com os elementos de prova colhidos ao longo da persecução penal.

Fixados estes parâmetros e considerados os elementos de prova colhidos durante a persecução penal, sob o foco da convicção íntima, princípio norteador da análise da prova no julgamento em plenário, constata-se a inocorrência de contraste entre a solução condenatória e a prova dos autos.

Reconheceu-se, no julgamento em plenário, que, nas condições de tempo e lugar referidas na inicial, o acusado S.D., por motivo fútil, mediante meio cruel e recurso que dificultou a defesa da vítima, mediante golpes e asfixia mecânica, deu causa à morte de B.R.C..

Reconheceu-se, no julgamento em plenário, ainda, que nas condições de tempo e lugar referidas na inicial, o acusado, mediante violência, constrangeu a vítima B.R.C., a praticar ato libidinoso diverso da conjunção carnal, consistente na introdução de agente contundente no ânus da vítima.

O acusado, que era cunhado da ofendida, ingressou na residência desta,

Acesso ao Sumário

sem seu consentimento, e tentou, com ela, satisfazer sua lascívia, porém, com a recusa da vítima, passou a agredi-la, tendo à força introduzido agente contundente em seu ânus.

Posteriormente, o acusado continuou as agressões e asfixiou a vítima, que faleceu no local.

A materialidade delitiva em relação ao crime de homicídio está demonstrada pela recognição visuográfica do local do crime (fls. 18/19), auto de arrecadação (fl. 22), laudos periciais (fls. 551/566, 574/584 e 711/716), laudo de exame necroscópico (fls. 612/615) e laudo de exame anatomopatológico (fl. 617).

Quanto ao crime de estupro, no âmbito da materialidade delitiva, a prova é complementada pelo parecer médico-legal de fls. 721/722, bem como pelo laudo de exame necroscópico (fls. 612/615).

As provas produzidas durante a persecução penal, por sua vez, não favorecem o acusado, razão pela qual não se constata ocorrência de contraste entre a solução condenatória e a prova dos autos.

O acusado, em plenário, embora tenha admitido a prática do crime de homicídio, negou o crime de estupro, tendo, ainda, articulado versão com o intuito de minimizar sua responsabilidade penal, ou seja, com o evidente propósito de caracterizar a forma privilegiada do crime de homicídio (fls. 1.842/1.875).

As demais versões exculpatórias sustentadas pelo acusado ao longo da persecução penal (fls. 23/24, 40/42 e 1.186/1.234), injustificadamente divergentes, não encontram suficiente apoio nos autos, de modo que seu não acolhimento não se presta a conferir contornos de impropriedade à solução condenatória.

Em sua terceira oitiva extrajudicial, o acusado permaneceu em silêncio (fls. 649/651).

A versão acolhida pelo D. Conselho de Sentença, ademais, encontra suporte nos depoimentos das testemunhas protegidas nos termos do Provimento CGJ 32/00, "Alpha" (fls. 132/133, 412/414), esta ouvida somente na fase extrajudicial da persecução penal, e "Beta" (fls. 415/418, 783/806), M.A.S. (fls. 63/64, 271/272 e 807/851) e A.L.S.P. (fls. 51/52, 419/420 e 900/922), que não foram ouvidas em plenário, M.M.R.C. (fls. 74/76, 852/899 e 1.711/1.737), genitora da ofendida, e D.R.C. (fls. 25/26, 77/79, 1.057/1.114 e 1.738/1.766), irmã da ofendida, bem como pelos depoimentos do investigador de polícia M.S.L.V. (fls. 992/1.023, 1.808/1.823) e das peritas criminais A.A. (fls. 1.024/1.036, 1.767/1.785) e A.C.P. (fls. 1.824/1.829).

Importa considerar, também, em desfavor do acusado, o laudo de lesão corporal de fl. 103, o auto de exibição e apreensão de fl. 147 e laudos periciais de fls. 592/597 e 621/632.

Acesso ao Sumário

A prova oral da defesa não se presta a alterar o panorama do conjunto probatório (fls. 38/39, 49/50, 96/97, 161/162, 429/431, 976/CD, 988/CD, 1.037/1.056, 1.115/1.127, 1.128/1.148, 1.175/1.185, 1.270/1.271, 1.786/1.807, 1.830/1.836 e 1.837/1.841).

Como se vê, a solução condenatória constitui acolhimento de vertente probatória razoável sobre o fato gerador do presente processo, com ressonância nos autos, inclusive no que tange ao *animus necandi* do acusado.

Importa considerar, quanto ao crime de estupro, o laudo de exame necroscópico de fls. 612/615 e o parecer médico-legal de fls. 721/722, bem como o conjunto probatório, que é constituído de indícios veementes em desfavor do acusado que, a teor do art. 239, do Cód. de Proc. Penal, não autorizam o afastamento da solução condenatória adotada em plenário.

Em relação às qualificadoras do crime de homicídio, por encontrarem nos autos suficientes elementos probatórios, devem prevalecer.

O reconhecimento em plenário da natureza fútil da motivação do acusado, por não ter conseguido manter relacionamento sexual com a vítima, em conformidade com os elementos de prova considerados para a solução condenatória, em atenção ao mandamento constitucional da soberania dos veredictos, apresenta-se como razoável.

A ofendida, analisada as circunstâncias, a dinâmica fática acolhida no julgamento em plenário e o laudo de exame necroscópico, faleceu em decorrência de asfixia mecânica, ou seja, o homicídio foi praticado por meio cruel, o que restou incontroverso.

No que concerne ao reconhecimento da qualificadora prevista no inc. IV do § 2º do art. 121 do Cód. Penal, é compatível com as circunstâncias do fato em tela reveladas pela prova colhida durante a persecução penal, em especial, por ter sido a ofendida surpreendida, sozinha, em sua residência, pelo acusado.

No que concerne à dosimetria das penas aplicadas, merece reparo.

O aumento operado nas penas-base, em razão das circunstâncias e consequências da prática ilícita em tela, em especial, a intensidade do dolo, a perversidade e a agressividade da conduta do acusado, que, à evidência, foram diferenciadas, deve prevalecer.

Importa considerar, ainda, o abalo emocional e psicológico gerado na família da ofendida.

Impõe-se, no entanto, a redução do índice de aumento adotado, em relação ao crime de homicídio qualificado, que se apresenta como exacerbado, para 1/3 (um terço), mesmo índice utilizado no tocante ao crime de estupro, adequado ao caso em tela.

Impõe-se, também, o acolhimento dos recursos ministerial e da assistente

Acesso ao Sumário

de acusação para afastar a circunstância atenuante da confissão.

Importa considerar, a propósito, que a confissão do acusado, em plenário, foi parcial, na medida em que negou a prática do estupro, bem como buscou articular versão exculpatória no sentido de sustentar a tese de homicídio privilegiado qualificado, e, portanto, não se presta ao reconhecimento da referida circunstância atenuante.

Quanto ao crime de homicídio qualificado, portanto, a pena perfaz 16 (dezesseis) anos de reclusão.

O regime fechado, estabelecido como inicial para a execução da pena privativa de liberdade em relação ao crime de homicídio qualificado, é o legal, em conformidade com o § 1º do art. 2º da Lei 8.072/90, e o compatível com as circunstâncias do caso concreto.

Em relação ao regime prisional fechado, fixado como inicial para o cumprimento da pena privativa de liberdade relativa ao crime previsto no art. 213, *caput*, do Cód. Penal, também se apresenta como adequado ao caso em tela, em vista do contexto em que foi cometido e do *quantum* da pena imposta ao acusado.

Face ao exposto, meu voto rejeita a matéria preliminar e, quanto ao mérito, dá provimento aos recursos ministerial e da assistente de acusação, para afastar a circunstância atenuante da confissão, e dá parcial provimento ao recurso defensivo, para reduzir a pena-base em relação ao crime previsto no art. 121, § 2º, II, III e IV, do Cód. Penal, e, em consequência, reduz a pena de S.D., quanto a este crime, para 16 (dezesseis) anos de reclusão, mantida, quanto ao mais, a r. decisão recorrida.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0001800-67.2012.8.26.0091, da Comarca de Mogi das Cruzes, em que é apelante JOSÉ RICARDO DE MOURA, 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: "Deram provimento ao recurso para absolver o réu das imputações que lhe foram feitas, assim o fazendo por força do artigo 386, VII, do Código de Processo Penal. V.U. Expeça-se alvará de soltura pelo processo.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 22724)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores OTÁVIO

Acesso ao Sumário

DE ALMEIDA TOLEDO (Presidente) e GUILHERME DE SOUZA NUCCI.

São Paulo, 26 de agosto de 2014.

NEWTON NEVES, Relator

Ementa: RECEPTAÇÃO – Aparelho de telefone celular – Alegação do réu de que o aparelho era de sua namorada – Objeto que, pela sua natureza, se adquire por simples transferência do aparelho – Posse do aparelho que, nessa circunstância, e por si só, não autoriza decreto condenatório – Ausência de provas quanto às circunstâncias do dolo do acusado – Insuficiência de provas – Absolvição decretada – Recurso provido, com expedição de alvará de soltura pelo processo.

VOTO

A r. sentença de fls. 116/122, com relatório adotado, julgou procedente a ação penal para condenar JOSÉ RICARDO DE MOURA ao cumprimento da pena corporal de 01 ano e 04 meses de reclusão, em regime inicial fechado, e ao pagamento de 13 dias-multa, no mínimo unitário legal, como incurso no art. 180, *caput*, do CP, decretada a prisão preventiva no corpo da r. sentença.

Apela a Defesa sustentando, por razões de fls. 138/141, a fragilidade da prova em busca da absolvição.

Recurso processado e respondido, com parecer do Ministério Público, em ambas as instâncias, pelo seu não provimento.

É o relatório.

O recurso comporta provimento.

Instaurado inquérito policial mediante portaria, concluído o feito, foi oferecida denúncia dando o paciente como incurso no art. 180, *caput*, do CP, porque em dia não esclarecido, entre os meses de outubro e novembro de 2011, recebeu em proveito próprio, de pessoa desconhecida, um aparelho de telefone celular, sem marca aparente, modelo E71, com câmera digital integrada, acompanhado de bateria recarregável, modelo TL-5B e de um "chip", que sabia ser produto de crime, em prejuízo da vítima Robson Santos de Almeida Ferreira.

Narra a denúncia que em 26/10/2011, por volta das 22h30min, dois indivíduos não identificados, portando armas de fogo e mediante grave ameaça, abordaram a vítima Robson e dela subtraíram o aparelho celular, fugindo em seguida.

Dez dias depois da consumação do roubo, no dia 05/11/2011, ao ser preso

Acesso ao Sumário

em flagrante pela prática de roubo, o apelante tinha em seu poder o referido aparelho celular.

Tanto na fase policial quanto em Juízo o recorrente disse que o celular era de sua namorada e que ela comprou "*de segunda mão*". Afirmou que foi abordado e trazia o aparelho consigo porque iria comprar o carregador para o aparelho (fls. 41 e 100/100v).

A vítima Robson relatou ter sido roubada e que depois, chamado na Delegacia, reconheceu o aparelho e o recuperou (fls. 98).

E o policial Renato Sponda disse que atendia ocorrência sobre crime de roubo de transeunte quando abordou o réu porque ele corria. "*Nós localizamos um celular. Eu me recordo que levamos o réu para reconhecimento. Uma vítima foi ao DP e reconheceu o réu como autor do roubo. Eu não me recordo sobre o celular. Indagado sobre o celular, não me recordo o que ele disse. Eu conhecia o réu de uma ocorrência anterior por tráfico...*" (fls. 99).

Nesse quadro, a prova trazida aos autos é frágil e insuficiente para justificar o decreto condenatório.

A versão trazida pela vítima e pela testemunha policial apenas aponta que o recorrente foi abordado e com ele apreendido o aparelho de telefone celular que fora anteriormente roubado.

Portanto, finda a instrução processual, e embora apontado o crime anterior de roubo, o que se credita ao depoimento da vítima, a prova com relação ao delito de receptação mostra-se frágil e apenas indiciária, o que se mostra insuficiente para o decreto condenatório, como bem sustentado pela douta defesa.

É certo que o aparelho foi apreendido em poder do apelante. Mas negou ele o crime que lhe foi imputado, informando que o aparelho era de sua namorada, o que não pode ser de plano refutado, pois diante da natureza e valor desse objeto, livre é a sua comercialização mesmo entre particulares.

Ademais, pela divisão do ônus probatório, competiria primeiro à acusação fazer a prova de sua responsabilidade para, se assim comprovado, exigir do réu a prova quanto ao álibi alegado (art. 156, CPP). A prévia ciência da origem não se presume, mas deve ser provada. E mera suspeita de ter o agente conhecimento quanto à origem ilícita não autoriza o decreto condenatório, se não há prova segura e cabal nesse sentido.

Assim, a posse do aparelho, nestas circunstâncias, e por si só, não se mostra suficiente para caracterizar o delito de receptação que exige, como previsto na lei, a demonstração do dolo próprio do tipo penal, qual seja, o conhecimento prévio quanto à origem ilícita do bem adquirido, o que aqui não se demonstrou.

Ante o exposto, dá-se provimento ao recurso para absolver o réu das imputações que lhe foram feitas, assim o fazendo por força do artigo 386, VII, do Código de Processo Penal.

Acesso ao Sumário

Expeça-se alvará de soltura pelo processo.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0001026-17.2012.8.26.0615, da Comarca de Tanabi, em que é apelante DIOMAR FRANCISCA CHAGAS, 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: "Pelo exposto, acolho a preliminar arguida pela douta Procuradoria Geral de Justiça, para declarar a nulidade da r. sentença condenatória, a fim de anular o processo desde o recebimento da denúncia, inclusive, e para que seja aberta vista ao Ministério Público de primeiro grau, para analisar eventual possibilidade de oferecimento de proposta de suspensão condicional do processo à ora apelante. v.u.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 15863)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores PAULO ROSSI (Presidente), VICO MAÑAS e ANGÉLICA DE ALMEIDA.

São Paulo, 27 de agosto de 2014.

PAULO ROSSI, Relator

Ementa: APELAÇÃO CRIMINAL. LESÃO CORPORAL. VIOLÊNCIA DOMÉSTICA. SENTENÇA CONDENATÓRIA. – RECURSO DA DEFESA. PRELIMINAR DE NULIDADE ARGUIDA PELA DOUTA PROCURADORIA GERAL DE JUSTIÇA – Nulidade da sentença. Não se tratando de violência de gênero. A incidência da Lei nº 11.340/2006 reclama situação de violência praticada contra mulher, em contexto caracterizado por relação de poder e submissão, praticada por homem ou mulher sobre mulher em situação de vulnerabilidade. Precedentes do E. STJ. Ausência de motivação de gênero. Precedentes da Câmara. Preliminar de nulidade acolhida para declarar nulo o processo, desde o recebimento da denúncia. Via de consequência, tratando-se de crimes cujas penas mínimas cominadas na lei são inferiores a 2 anos,

Acesso ao Sumário

mesmo que somadas, impõe-se a observância do artigo 89, da Lei 9.099/95, cuja análise deverá ser do Ministério Público de primeiro grau, importando na nulidade do processo.

VOTO

VISTOS

1 – Trata-se de apelação interposta em favor de Diomar Francisca Chagas, contra a r. sentença datada de 06 de março de 2014, proferida pelo MM. Juiz de Direito da 2ª Vara Judicial da Comarca de Tanabi que a condenou por infração ao artigo 129, § 9º, do Código Penal, à pena de 03 (três) meses de detenção, em regime aberto, concedida a suspensão condicional da pena pelo período de prova de dois anos (fls. 103/105).

Irresignada, pleiteia a d. Defesa a absolvição da apelante ante a ausência de prova do dolo. Subsidiariamente, postula a aplicação do princípio da insignificância (fls. 113/119).

Em contrarrazões, o Ministério Público sustentou o acerto da decisão e pugnou pelo não provimento do recurso (fls. 125/128).

A Douta Procuradoria de Justiça opinou, preliminarmente, pela nulidade do processo *ab initio* e, no mérito, pelo desprovimento do apelo (fls. 132/136).

É o relatório.

2 – Consta da denúncia, que no dia 18 de fevereiro de 2012, por volta das 14h40, na Rua Vitório Stachissini, nº 1544, no município de Cosmorama, Comarca de Tanabi, Diomar Francisco Chagas ofendeu a integridade corporal de sua filha Flávia Fernanda Chagas Machado, provocando-lhe lesões corporais de natureza leve.

Segundo se apurou, a ré é genitora da vítima. Em razão de Flávia estar com problemas de crédito a apelante adquiriu uma geladeira em seu nome, ficando combinado que Flávia pagaria as prestações. Entretanto, ela atrasou um dos pagamentos. Assim, no dia dos fatos, Diomar foi até a casa da vítima. Assim que chegou, passou a ofender Flávia, chamando-a de "vagabunda", além de dizer que ela não prestava. Na sequência, a ré se apoderou de uma cadeira e tentou arremessar contra a vítima, mas foi contida. Diomar, então, se apoderou de uma panela e desferiu um golpe contra o rosto da vítima, lesionando seu olho esquerdo. Ainda desferiu unhadas em Flávia e agrediu-a novamente com a panela, até que foi contida por Valter Lucio Dela Corte de Souza, amásio da ofendida.

A denúncia foi oferecida em 10 de janeiro de 2013 (fls. 01-D/02-D) e recebida em 29 de janeiro de 2013 (fls. 36).

Acesso ao Sumário

A ré foi citada e apresentou defesa preliminar (fls. 40/v. e 46/47).

A r. sentença foi publicada em 07 de março de 2014 (fls. 106) e transitou em julgado para o Ministério Público em 17 de março de 2014 (fls. 120).

Passo primeiramente a analisar a preliminar.

A douta Procuradoria Geral de Justiça alega a nulidade em virtude de a agressão corporal contra a vítima não guarda qualquer nexo com a violência de gênero (violência gerada pelo simples fato da vítima ser mulher).

Razão lhe assiste.

Inicialmente, observa-se que a Lei nº 11.340/2006, com o fito de concretizar o disposto no § 8º do art. 226 da Constituição Federal, instituiu mecanismos para coibir e prevenir a violência doméstica e familiar contra a mulher, a fim de resguardá-la de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão no contexto doméstico e familiar.

O *caput* do art. 5º da referida Lei definiu como 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 no âmbito da unidade doméstica, da família ou em qualquer relação íntima de afeto, na qual o agressor conviva ou tenha convivido com a ofendida, independentemente de coabitação. Assim, a proteção que emerge da mencionada lei abrange não só a violência praticada contra a mulher por companheiros e cônjuges, mas também aquela perpetrada por sogro, irmão, filho, cunhado, namorado e qualquer integrante do núcleo familiar, desde que ocorrida no contexto doméstico e familiar e desde que seja baseada no gênero.

Entretanto, no caso em tela, verifica-se que, a despeito de a agressão ter sido praticada contra a sua filha, no âmbito doméstico e familiar, não se pautou em questão de gênero. Vejamos:

Ouvida somente na fase inquisitiva, a apelante confessou a autoria e a imputação, afirmando que estava muito aborrecida com a filha Flávia, porque há muito tempo tem lhe ajudado e ela não agradecia seus favores. Descreveu vários empréstimos que fez à vítima sem receber nenhum e, na data dos fatos, foi até a casa dela para esclarecer se ela realmente havia pago a prestação de uma geladeira adquirida em seu nome e descobriu que Flávia havia mentido. Acabaram discutindo e Flávia bateu em seu peito e disse "some daqui, você tá louca, você não é minha mãe". Ficou nervosa, agarrou a vítima pelo cabelo, desferiu-lhe tapas, bem como, pegou uma panela e desferiu golpes com a panela na cabeça da vítima. Disse ter sido notificada das medidas protetivas aplicadas em favor da vítima e relatou que estava usando vários tipos de medicamentos por apresentar estado depressivo (fls. 17/18).

A vítima Flávia, nas duas oportunidades em que foi ouvida, confirmou de forma segura a agressão infligida pela ré, sua genitora. Disse que ela desferiu

Acesso ao Sumário

um golpe de panela em seu rosto e em razão disso seu olho ficou roxo. Depois disso, a apelante ainda a arranhou com as unhas. Contou que a ré lhe deu várias paneladas. Disse que devia uma geladeira no nome da apelante que estava vencida há dois ou três dias. A ré, então, chegou em sua casa descontrolada e em razão desses fatos a agrediu. Na casa também estava a testemunha Valter que presenciou os fatos. Afirmou que não xingou a ré (fls. 91).

No mesmo sentido o depoimento da testemunha presencial Valter. Disse que à época dos fatos era companheiro da vítima e estavam em casa, quando a ré chegou alterada em razão de uma dívida de geladeira e passou a alterar a voz e discutir com a vítima. A apelante disse que ia quebrar a cara da vítima e iniciou a agressão batendo no rosto da vítima com uma panela. A vítima não agrediu a ré (fls. 92).

Com efeito, a incidência da Lei nº 11.340/2006, com todas as restrições nela previstas, demanda que, a par de o crime ser cometido em âmbito doméstico e familiar, o agressor tenha em mente o gênero da pessoa ofendida, oprimindo-a em razão de ser ela do sexo feminino. Assim, o fato de a ofendida ser mulher, bem como a mera existência de vínculo familiar entre ela e o agente, como no caso, não atrai, por si só, a aplicabilidade da referida lei, que exige que a violência seja cometida com base no gênero.

Desse modo, não restou comprovada a hipótese de hipossuficiência moral, afetiva ou financeira da ofendida, porque não se demonstrou a condição de inferioridade dela em relação a ofendida. Percebe-se que o caso dos autos trata de uma contenda entre mãe e filha, e não de uma questão de opressão pelo gênero.

Nesse sentido já decidiu:

"*[...] CONFLITO DE JURISDIÇÃO. PRIMEIRO JUIZADO ESPECIAL CÍVEL E CRIMINAL VERSUS JUIZADO ESPECIAL E DE VIOLÊNCIA DOMÉSTICA E FAMILIAR CONTRA MULHER. CRIME DE AMEAÇA DE SOGRA CONTRA NORA. AUSÊNCIA DE VIOLÊNCIA OU AMEAÇA TÍPICA BASEADA EM GÊNERO DECORRENTE DE RELAÇÃO DE AFETO OU HIPOSSUFICIÊNCIA OU VULNERABILIDADE DA VÍTIMA EM RELAÇÃO À OFENSORA. COMPETÊNCIA DO JUIZADO ESPECIAL COMUM. 1. Sogra acusada de ameaçar reiteradamente a nora por mensagens de telefone celular. 2. A violência doméstica contra a mulher regulada pela Lei Maria da Penha é aquela baseada no gênero e decorrente de relação íntima de afeto, somente incidindo quando há situação de inferioridade ou vulnerabilidade da vítima em relação ao agressor. 3. Não compete ao Juizado Especial de Violência Doméstica e Familiar Contra a Mulher processar e julgar a denúncia por ameaças proferidas por sogra contra nora, que não caracterizam violência familiar doméstica baseada no gênero ou condição de hipossuficiência da vítima. Senão*

Acesso ao Sumário

ocorre situação de vulnerabilidade ou inferioridade entre partes que sequer moram sob o mesmo teto, inexiste a dependência econômica ou relação de afeto ou de consangüinidade capaz de atrair a incidência da Lei Maria da Penha. 4. Conflito de competência conhecido para declarar competente o Juízo do Juizado Especial Comum [...]" (Acórdão n. 647734, CCR 20120020266302, Relator: GEORGE LOPES LEITE, Câmara Criminal, Data de Julgamento: 14/01/2013, Publicado no DJE: 22/01/2013. Pág.: 43).

"*(...) Para a aplicação da Lei Maria da Penha, é necessária a demonstração da motivação de gênero ou situação de vulnerabilidade que caracterize situação de relação íntima. Precedentes.*" (HC 176196/RS, Relator: Min. Gilson Dipp, Quinta Turma, DJe 20/06/2012).

CONFLITO NEGATIVO DE JURISDIÇÃO. JUIZADO DE VIOLÊNCIA DOMÉSTICA E FAMILIAR CONTRA A MULHER VERSUS JUIZADO ESPECIAL CRIMINAL. CRIME DE LESÃO CORPORAL QUALIFICADA. ART. 129, § 9º, DO CP. CONFLITO ENTRE IRMÃOS. AUSÊNCIA DE VIOLÊNCIA DE GÊNERO. COMPETÊNCIA DE VARA CRIMINAL. 1. O fato de ser o agressor irmão da vítima não atrai, por si só, a competência do Juizado de Violência Doméstica e Familiar Contra a Mulher, haja vista que para a incidência da Lei Maria da Penha não basta que a vítima seja mulher, mas também que a agressão física seja praticada com base no gênero, visando a subjugar ou oprimir a vítima em situação de vulnerabilidade, no âmbito das relações domésticas e familiares. 2. Na espécie, o suposto delito de lesão corporal qualificada praticado pelo agressor contra sua irmã não caracterizou violência baseada no gênero, no sentido de oprimi-la por ser mulher. Ao contrário, a hipótese dos autos revela que a conduta do autor do fato decorreu de mero desentendimento ocorrido entre irmãos. 3. O fato de o delito não se amoldar às hipóteses previstas na Lei n. 11.340/06 não afasta seu enquadramento no art. 129, § 9º, do CP, já que presentes as elementares do referido tipo penal. Assim, por possuir o delito em comento pena máxima superior a 02 (dois) anos, o caso dos autos atrai a competência da Vara Criminal comum. 4. Conflito conhecido para afastar a jurisdição dos juízos suscitante e suscitado e declarar competente o juízo da Vara Criminal de Sobradinho-DF. (Acórdão n.640977, 20120020243093CCR, Relator: JESUINO RISSATO, Câmara Criminal, Data de Julgamento: 10/12/2012, Publicado no DJE: 13/12/2012. Pág.: 1057).

In casu, os elementos carreados aos autos, desde o Inquérito Policial, demonstram que as agressões em tese praticadas não foram motivadas pelo gênero da ofendida, **mas sim em razão de vítima não ter pago uma prestação de uma geladeira que a apelante adquiriu em seu próprio nome para a mesma.**

Efetivamente, a Lei Maria da Penha não é aplicável ao presente caso concreto.

Acesso ao Sumário

Não obstante, ser a ora apelante mãe da ofendida, as quais estão ligadas por laços de afinidade, não há indícios da ocorrência de violência cometida contra mulher, no âmbito familiar, enquanto gênero.

Nesse contexto, considerando que os crimes imputados à ora recorrente têm penas mínimas inferiores a 2 anos – o de lesão corporal, 3 meses de detenção, impõe-se aplicar, em tese, os ditames da Lei 9.099/95.

Caberá, evidentemente, ao Ministério Público de primeiro grau, analisar a situação do caso concreto para, se entender viável, oferecer proposta de suspensão à ré, nos termos do artigo 89, da referida Lei, tornando imperioso declarar a nulidade da sentença, para tal fim, ficando prejudicado a análise do mérito do recurso.

3 – Pelo exposto, acolho a preliminar arguida pela douta Procuradoria Geral de Justiça, para declarar a nulidade da r. sentença condenatória, a fim de anular o processo desde o recebimento da denúncia, inclusive, e para que seja aberta vista ao Ministério Público de primeiro grau, para analisar eventual possibilidade de oferecimento de proposta de suspensão condicional do processo à ora apelante.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 3003096-52.2013.8.26.0604, da Comarca de Sumaré, em que é apelante FERNANDO RODRIGUES GALVÃO, é apelado MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em 15ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento em parte ao recurso, nos termos que constarão do acórdão. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 62)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores WALTER DE ALMEIDA GUILHERME (Presidente) e POÇAS LEITÃO.

São Paulo, 28 de agosto de 2014.

RICARDO SALE JÚNIOR, Relator

Ementa: APELAÇÃO CRIMINAL – Furto triplamente qualificado tentado – Autoria e materialidade delitiva perfeitamente demonstradas – Prova robusta a admitir a condenação – Readequação das penas e do regime prisional – Recurso provido em

Acesso ao Sumário

parte.

VOTO

Trata-se de recurso de apelação interposto contra a r. sentença de fls. 107/109, cujo relatório se adota, que julgou procedente a ação penal para condenar **FERNANDO RODRIGUES GALVÃO** (qualificado às fls. 16), como incurso nas sanções do artigo 155, § 4º, incisos I, II e IV, c.c. o artigo 14, inciso II, todos do Código Penal, ao cumprimento de 02 (dois) anos e 08 (oito) meses de reclusão, no regime inicial fechado, e ao pagamento de 06 (seis) dias-multa, no valor unitário mínimo.

Pretende-se, com a presente interposição (fls. 140/142), a "tutela antecipada da progressão de regime", visto que o apelante já cumpriu mais de 1/6 da pena. No mérito, requer a reforma da r. sentença para que as penas-base sejam aplicadas no mínimo legal e a concessão do regime inicial aberto de cumprimento de pena.

Regularmente processado o recurso interposto, com o oferecimento das contrarrazões a fls. 147/149, vieram os autos a esta Instância, tendo a Douta Procuradoria Geral de Justiça, em parecer de lavra do Eminente Procurador de Justiça Antonio Lopes Monteiro, opinado pelo parcial provimento do apelo, somente para fixar-se o regime inicial semiaberto (fls. 153/157).

É o relatório.

O recurso merece parcial provimento.

O acusado foi condenado como incurso nas sanções do artigo 155, § 4º, incisos I, II e IV, c.c. o artigo 14, inciso II, todos do Código Penal, porque, nas circunstâncias descritas na denúncia, agindo em concurso de agentes com pessoa de identidade desconhecida, com unidade de desígnios e identidade de propósitos e mediante rompimento de obstáculo e escalada, tentaram subtrair para si um *rack* e um forno elétrico, pertencentes à "Igreja Pentecostal Aliança com Deus", somente não consumando o delito por circunstâncias alheias às suas vontades.

Acesso ao Sumário

O recurso merece apenas parcial provimento.

A r. sentença recorrida, suficientemente motivada no que diz respeito ao decreto condenatório, merece ser mantida por seus próprios fundamentos, nenhum reparo se lhe impondo quanto ao reconhecimento da ocorrência do fato, às qualificadoras do delito e à autoria ao réu atribuída, merecendo reparo apenas no *quantum* das penas aplicadas.

Entende-se que, na espécie, todos os elementos de prova amealhados nos autos formam conjunto coeso, merecendo total credibilidade, inclusive quanto às qualificadoras do concurso de pessoas, escalada e emprego de chave falsa, tudo comprovado pela prova oral, consistente nos firmes depoimentos do

representante da vítima (fls. 65/69), do policial militar que atendeu à ocorrência (fls. 70/72), pela confissão do apelante (fls. 73/76), e, ademais, pelo laudo pericial de fls. 89/91.

A tentativa ficou evidenciada pelo fato de que o apelante, após subtrair os objetos, somente não conseguiu escapar com a *res furtiva* porque foi detido por populares que estavam nas proximidades do local.

Conclui-se, portanto, que o contexto probatório é suficiente para provar que o apelante realmente foi o autor da tentativa de furto triplamente qualificado.

Mantida a condenação, passa-se à análise das penas.

Na primeira fase da dosimetria, as penas-base foram fixadas pela r. sentença acima do mínimo legal, levando-se em consideração a tripla qualificação do delito e os maus antecedentes. Quanto aos últimos, observa-se que foram utilizadas certidões de objeto e pé referentes a processos sem trânsito em julgado (fls. 45/46), o que constitui violação ao princípio constitucional da presunção de inocência. Dessa forma, nos termos do artigo 59 do Código Penal, e considerando-se as circunstâncias concretas do delito, entende-se adequada a exasperação das penas-base na fração de 1/4, fixando-as em 02 (dois) anos e 06 (seis) meses de reclusão, e 12 (doze) dias-multa.

Na segunda fase, bem reconhecida a atenuante da confissão judicial, reduzem-se as penas na fração de 1/6, resultando em 02 (dois) anos e 01 (um) mês de reclusão, e 10 (dez) dias-multa.

Já na derradeira fase da dosimetria, tratando-se de crime tentado, a redução na fração mínima de 1/3 (um terço) mostra-se razoável em decorrência do *iter criminis* percorrido, assim bem justificado na r. sentença: "*o agente efetuou a maior parte dos atos de execução, inclusive já tendo separado bens para a subtração, após escalar a parede do local e arrombar a porta do local, mas não logrou êxito em levá-los pela intervenção de terceiros*" (fls. 108).

A propósito:

> "*A redução, pelo reconhecimento da* conatus*, deve ser efetuada tendo como referencial as características da tentativa, vale dizer, do* iter criminis *realmente percorrido. Dessa maneira, deve-se levar em consideração as circunstâncias concretas e a proximidade da consumação do injusto. No caso concreto, mostrou-se adequada a redução de 1/3 (mínimo legal) pela tentativa, tendo em vista que fato delituoso aproximou-se concretamente de sua consumação*" (STJ, HC nº 143199, Rel. Min. Felix Fischer, DJE 12/04/2010).

Assim, chega-se às penas finais de 01 (um) ano, 04 (quatro) meses e 20 (vinte) dias de reclusão, e 06 (seis) dias-multa, no valor unitário mínimo.

Quanto ao regime inicial de cumprimento da pena privativa de liberdade, considerando-se o novo *quantum* estabelecido e os critérios de fixação

Acesso ao Sumário

estabelecidos no artigo 33, § 3º, do Código Penal, mostra-se proporcional fixar o desconto da reprimenda no regime inicial semiaberto. Destaca-se, como bem apontado no parecer de lavra do E. Procurador Antonio Lopes Monteiro, "*a impossibilidade da fixação do regime aberto, uma vez que, como já dito, as circunstâncias judiciais previstas no art. 59 do Código Penal são desfavoráveis ao acusado (...)* (fls. 156).

No mais, não há o que se prover em relação ao pedido da defesa quanto à progressão de regime prisional. Como é cediço, os temas relacionados ao regime de cumprimento da pena – progressão e regressão – são da alçada do Juízo das Execuções Criminais (Lei nº 7.210/84, art. 66, inciso III, alínea "b") e, assim, não podem por ora ser analisados.

Assim sendo, dá-se parcial provimento ao recurso, para readequar as penas a 01 (um) ano, 04 (quatro) meses e 20 (vinte) dias de reclusão, e 06 (seis) dias-multa, no valor unitário mínimo, e fixar o regime inicial semiaberto, mantendo-se, no mais, a r. sentença de primeiro grau.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0004733-45.2012.8.26.0242, da Comarca de Igarapava, em que são apelantes U.S.R., K.H.N.S., A.F.G., V.L.C., R.O.A., R.C.M., J.R.N., O.C.T. e C.C.S., é apelado MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em 5ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Prejudicado o exame das preliminares arguidas, deram provimento aos recursos para absolver os réus U.S.R., K.H.N.S., A.F.G., V.L.C., R.O.A., R.C.M., J.R.N., C.C.S. e O.C.T. de todas as imputações, com fulcro no artigo 386, inciso VII, do Código de Processo Penal. Comunique-se, com urgência, para a expedição de alvarás de soltura clausulados. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 21.487 (RL))**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores JUVENAL DUARTE (Presidente) e SÉRGIO RIBAS.

São Paulo, 4 de setembro de 2014.

TRISTÃO RIBEIRO, Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: TÓXICO. Tráfico e associação. Ausência de apreensão de entorpecentes. Falta de prova da materialidade que impõe a absolvição de todos os

acusados, apesar do teor das interceptações, que traz fortes indícios de tráfico e associação entre os réus que, porém, não foram suficientemente comprovados. Matéria preliminar prejudicada. Apelos providos para a absolvição dos réus, prejudicadas as preliminares.

VOTO

Vistos.

Trata-se de apelações interpostas por U.S.R., K.H.N.S., A.F.G., V.L.C., R.O.A., R.C.M., J.R.N., C.C.S. e O.C.T. de sentença que os condenou, nos seguintes termos:

a) V., K., A., C. e O., como incursos nos artigos 33, *caput*, e 35, ambos da Lei nº 11.343/06, individualmente, às penas de 08 (oito) anos de reclusão e 1.200 (mil e duzentos) dias-multa;

b) U., também por infração aos artigos 33, *caput*, e 35, ambos da Lei nº 11.343/06, às penas de 10 (dez) anos, 10 (dez) meses e 20 (vinte) dias de reclusão e 1.632 (mil, seiscentos e trinta e dois) dias-multa;

c) R. e R., somente por infração ao artigo 33, *caput*, da Lei nº 11.343/06, às penas, cada um deles, de 05 (cinco) anos de reclusão e 500 (quinhentos) dias-multa;

d) J., igualmente somente pela prática do delito previsto no artigo 33, *caput*, da Lei nº 11.343/06, às penas de 06 (seis) anos, 09 (nove) meses e 20 (vinte) dias de reclusão e 680 (seiscentos e oitenta) dias-multa.

Para todos os acusados acima mencionados foi fixado o regime fechado para o desconto das privativas de liberdade e o valor unitário mínimo quanto às penas pecuniárias, e os corréus W.C.O., J.H.P.A. e R.A.S. restaram absolvidos, nos termos do artigo 386, inciso VII, do Código de Processo Penal, ocorrendo o trânsito em julgado da sentença com relação a eles (fls. 1.196, 1.211 e 1.253).

K. e J. pedem somente a absolvição, por insuficiência probatória, enquanto A. e V., em razões comuns, assim como U., isoladamente, arguem, preliminarmente, a nulidade da sentença, por falta de análise de teses defensivas relativas à ilegalidade da interceptação telefônica e à ausência de provas produzidas na fase judicial, aptas a corroborar os indícios colhidos no inquérito, e no mérito postulam também a absolvição com fundamento na insuficiência da prova ou, subsidiariamente, a aplicação do redutor previsto no artigo 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06, e a substituição das respectivas penas privativas de liberdade por restritivas de direitos.

O., por sua vez, argui preliminarmente diversas nulidades: pela não realização do exame de dependência toxicológica; que a interceptação telefônica seria nula porque não foi transcrita por perito e as vozes não foram legalmente

Acesso ao Sumário

identificadas, além de o próprio investigador de polícia responsável pelas transcrições ter sido ouvido como testemunha do juízo; pela inexistência de auto de apreensão das drogas; por vício de motivação da sentença, por não ter sido justificada a ausência de aplicação do redutor previsto no artigo 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06, e, finalmente, também por ausência de apreciação de todas as teses defensivas, sem, contudo, especificar as que teriam sido ignoradas; no mérito, pede a absolvição, por atipicidade das condutas ou por falta de provas, notadamente quanto à permanência da associação, ou, subsidiariamente, o reconhecimento do princípio da insignificância, por não ter sido apreendida droga consigo, a desclassificação do fato delituoso para o crime previsto no artigo 28, da Lei nº 11.343/06, ou a aplicação do redutor previsto no artigo 33, § 4º, da mesma lei, com a mitigação do regime prisional e a substituição da sanção privativa de liberdade por restritivas de direitos.

C. pretende a absolvição ou a aplicação do redutor previsto no artigo 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06, e R. também pede a absolvição ou, subsidiariamente, a desclassificação do fato delituoso para o crime previsto no artigo 28, deste texto legal, ou a aplicação do mesmo redutor (art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06, com a substituição da corporal por restritivas de direitos.

R., por fim, argui, preliminarmente, a nulidade da interceptação telefônica, pois não era pessoa investigada no início das diligências, e por falta de identificação do autor das transcrições e ausência também da degravação integral de todos os diálogos interceptados e da juntada de CDs de áudio, o que prejudicaria a ampla defesa. No mérito, pede a absolvição com fundamento na insuficiência da prova ou, subsidiariamente, a desclassificação do fato delituoso para o crime previsto no artigo 28, da Lei nº 11.343/06, ou a aplicação do redutor previsto no artigo 33, § 4º, do mesmo diploma legal, com a mitigação de regime prisional e a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos.

Os recursos foram regularmente processados e, nesta instância, a douta Procuradoria Geral de Justiça manifestou-se pelo provimento das irresignações, para absolvição dos réus por insuficiência probatória.

É o relatório.

Os apelos comportam provimento, para a absolvição de todos os réus, por falta de provas da materialidade, nos termos do parecer do douto Procurador de Justiça, de modo que, por se tratar de solução mais favorável aos acusados do que o eventual reconhecimento de alguma nulidade, que levaria somente à repetição dos atos processuais, fica prejudicado o exame da matéria preliminar.

Com efeito, apesar da extensa investigação realizada pela polícia, com interceptações telefônicas por período considerável, não se logrou apreender qualquer substância entorpecente, e sem a apreensão de drogas, e a

Acesso ao Sumário

consequente realização de laudo de exame toxicológico comprovando se tratar efetivamente de substância proscrita, impossível a condenação pelo delito de tráfico, como já decidiu o Superior Tribunal de Justiça: "**HABEAS CORPUS *SUBSTITUTIVO. FALTA DE CABIMENTO. TRÁFICO ILÍCITO DE DROGAS. AUSÊNCIA DE APREENSÃO DA DROGA E DE LAUDO TOXICOLÓGICO. IMPOSSIBILIDADE DE COMPROVAR A MATERIALIDADE DELITIVA. ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. REUNIÃO ESTÁVEL E DURADOURA DE PELO MENOS DUAS PESSOAS. CRIME DE CONCURSO NECESSÁRIO. SOMENTE UMA PESSOA DENUNCIADA E CONDENADA. ILEGALIDADE MANIFESTA. 1. A comprovação da materialidade do crime de tráfico de drogas depende da apreensão do entorpecente e da realização de laudo toxicológico definitivo. Precedentes da Sexta Turma. 2. No caso, nem sequer houve a apreensão da droga pretensamente oferecida para compra. 3. Para a caracterização do crime de associação para o tráfico, dispensável tanto a apreensão da droga como o respectivo laudo. É exigível, porém, o concurso necessário de, ao menos, dois agentes e um elemento subjetivo do tipo específico, consistente no ânimo de associação, de caráter duradouro e estável. Precedentes. 4. Na espécie, somente uma pessoa foi denunciada e condenada por associação para o tráfico, o que é inviável. Além disso, não ficou efetivamente caracterizada a conduta delitiva. Constrangimento ilegal evidente. 5.* Habeas corpus *não conhecido. Ordem expedida de ofício para restabelecer a sentença*." (STJ, 6ª Turma, HC 137.535/RJ, Rel. Min. Sebastião Reis Júnior, DJe 07/08/2013).

Assim, embora os réus, em diversos momentos nas conversas captadas, mencionem transações que aparentemente envolvem drogas, impossível a condenação sem a apreensão delas, sendo certo que cabia à acusação, ainda mais com o auxílio do monitoramento que tinha à disposição, aguardar a ocasião ideal para realizar o flagrante, quando fosse ocorrer alguma entrega de entorpecentes, o que não se verificou.

Não se ignora que há entendimento segundo o qual é possível a condenação, ao menos pelo delito autônomo de associação para o tráfico, ainda que sem a apreensão de entorpecentes, com base em outras provas; porém, no caso em tela, mesmo o quadro probatório existente é insuficiente para comprovar o vínculo subjetivo entre os réus para o tráfico, ainda que não reiteradamente, havendo apenas indícios, que não restaram comprovados com a segurança necessária para a condenação, e baseados quase que exclusivamente no teor das interceptações telefônicas, tendo em conta que a prova oral produzida pela acusação também se resume à oitiva dos policiais responsáveis por esta investigação, detalhando as conversas que captaram.

Sequer é suficiente o depoimento de testemunhas que admitam terem comprado drogas de alguns dos acusados, pois a palavra de usuário de drogas, obviamente, não é suficiente para, por si só, levar à condenação de alguém,

Acesso ao Sumário

principalmente sem apreensão de substância comprovadamente proibida, amparada por outras provas.

Ante o exposto, prejudicado o exame das preliminares arguidas, dou provimento aos recursos para absolver os réus U.S.R., K.H.N.S., A.F.G., V.L.C., R.O.A., R.C.M., J.R.N., C.C.S. e O.C.T. de todas as imputações, com fulcro no artigo 386, inciso VII, do Código de Processo Penal. **Comunique-se, com urgência, para a expedição de alvarás de soltura clausulados.**

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0007287-94.2011.8.26.0368, da Comarca de Monte Alto, em que é apelante D.D., 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: "Deram provimento ao recurso, nos termos do v. acórdão. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 18.404)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores OTÁVIO DE ALMEIDA TOLEDO (Presidente), GUILHERME DE SOUZA NUCCI e ALBERTO MARIZ DE OLIVEIRA.

São Paulo, 9 de setembro de 2014.

OTÁVIO DE ALMEIDA TOLEDO, Relator

Ementa: Casa de prostituição (art. 229 do Código Penal). Preliminar rejeitada. Recurso com vistas à absolvição. Admissibilidade. Lei nº 12.015/09. *Abolitio criminis*. Configura-se atípica a manutenção de estabelecimento destinado a encontros libidinosos, mesmo programas sexuais, a menos que presente a elementar típica da "exploração sexual", acrescida ao dispositivo em comento após a reforma legislativa. Exploração sexual que deve ser interpretada a luz da tutela da dignidade sexual, com significado, portanto, relacionado às condutas marcadas pelo ardil, violência, grave ameaça, enfim, pelo prejuízo à vontade e dignidade da vítima prostituída. Ausente comprovação nos autos neste sentido, remanesce a mera mantença de uma casa que sediava programas,

Acesso ao Sumário

impondo-se a absolvição calcada no art. 386, III, CPP. Recurso provido.

VOTO

1. D.D. (RG nº (...)), conhecida como "D.M.", foi denunciada como incursa no art. 229 do Código Penal, porque, em (...), mas também em data anterior, na Rua (...), em Monte Alto, mantinha, por conta própria ou de terceiro, estabelecimento no qual ocorria a exploração sexual, com ou sem intuito de lucro, com mediação direta da proprietária.

Consta da denúncia que o estabelecimento agregava um bar e acomodações oferecidas para programas com prostitutas, remuneradas pelo pagamento direto dos clientes, atos que também revertiam em lucro para D. provindo da cobrança de aluguel pela utilização dos habitáculos, cerca de R$ 20,00 a suíte e R$ 10,00 o quarto simples, além dos valores oriundos do consumo de bebidas.

A sentença de fls. 165/169-v, cujo relatório adoto, julgou procedente a ação penal, para condenar a ré D. às penas de 02 anos de reclusão e 10 dias-multa, no piso, substituída a sanção privativa de liberdade por duas restritivas de direitos e fixado o regime aberto para hipótese de descumprimento.

Inconformada, interpôs apelação, por seu defensor, em busca da reversão do julgado (fls. 176). Em suas razões, alega que não se realizou sindicância capaz de provar a habitualidade exigida para a configuração do crime imputado, pelo que requer a anulação da sentença. No mais, por insuficiência probatória, espera a absolvição da ré (fls. 178/179).

Contrariado o apelo (fls. 181/183), a douta Procuradoria Geral de Justiça, em seu parecer (fls. 187/188), opinou pelo desprovimento.

É o relatório.

2. Dá-se provimento ao recurso.

Deduzida sob a roupagem de matéria preliminar, a alegação de que não se produziram provas da repetição de atos cuja somatória perfaz a habitualidade necessária para a tipificação do crime de casa de prostituição, em verdade, confunde-se com o mérito.

Não obstante, outro motivo, sem relação com o quesito habitualidade, torna imperiosa a absolvição.

As provas revelam que, conforme narra a denúncia, em uma casa mantida pela apelante era desenvolvida a prostituição por garotas, uma delas ouvida na etapa judicial. Ou seja, existia um prostíbulo. A despeito disso, porque não comprovado que, associada à atividade, promovesse a apelante a exploração das que a exerciam, não há crime.

Aliás, a aludida circunstância – a efetiva exploração – sequer lhe é

Acesso ao Sumário

imputada pela peça inicial acusatória, que crê no surgimento do crime pela mera prostituição, com o que, *data venia*, não concordo.

Os atos foram praticados já sob a vigência da Lei nº 12.015/09, que modificou o Título IV da Parte Especial do Código Penal, outrora batizada "***dos crimes contra os costumes***". A redação vigente, simétrica à modernização dos hábitos da sociedade, visa combater, *in litteris*, "***os crimes contra a dignidade social***".

Sob o enfoque da dignidade sexual, bem jurídico tutelado, determinadas condutas perderam sua relevância penal, *abolitio criminis* que nada mais significa senão o pareamento da legislação de regência à realidade moderna. A propósito, ensina Guilherme de Souza Nucci que: "*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*" (Código Penal Comentado, 13ª ed., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 961).

Observa-se que a *mens legis*, enfim, é punir a violência, a fraude, o tolhimento à liberdade com reflexos na seara da sexualidade humana. E tais noções, vale dizer, se ajustam perfeitamente ao delito dos autos, alocado no art. 229 do Código Penal, que lhe confere a nomenclatura de "Casa de Prostituição".

Pertinente transcrevê-lo com a redação atualizada: "*Art. 229. Manter, por conta própria ou de terceiro, estabelecimento em que ocorra exploração sexual, haja, ou não, intuito de lucro ou mediação direta do proprietário ou gerente*".

De acordo com a arquitetura típica revogada do art. 229, configurava o crime a mantença de casa ou lugar destinado a "***encontros libidinosos***". Esta elementar, enraizada no moralismo do legislador de 1940, não foi repetida após a Lei nº 12.015/09. Em seu lugar, presente a expressão "***estabelecimento em que ocorra exploração sexual***". Esta mudança não há de passar despercebida e convém lembrar que a hermenêutica proclama que a Lei não abriga palavras inúteis.

Acesso ao Sumário

Sem que exista exploração sexual, cuja conceituação será imprescindível, não há delito e sim fato atípico. E prostituição, isoladamente, não se confunde com exploração sexual, embora possam coincidir. Assim porque, discussões sobre moralidade à parte, a prostituição em si não é crime.

Fala-se na chamada exploração sexual, afinal, conforme precedente desta Colenda Câmara, "*quando a pessoa que está se prostituindo, que passa a ser vítima, não o faz por vontade própria, mas esteja sendo ludibriada sua vontade e boa-fé*" (Apelação Criminal nº 0057305-84.1999.8.26.0451, rel. Des. Lauro Mens de Mello, 12.03.13). Em complementação, a lição de Guilherme de Souza Nucci é no sentido de que "*É evidente ser necessária a punição do rufião, agressor e controlador da pessoa prostituída, atuando com violência ou grave*

ameaça" (Código Penal Comentado, 13ª ed., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 1010).

Não basta que entre as paredes de um local estejam confinados atos de natureza libidinosa, pelos quais os clientes pagam, porquanto esta atividade passa ao largo da exploração, assim compreendida como, em acréscimo à performance da prostituição, esta seja imposta de forma ardilosa ou violenta, quer física ou moral, ao indivíduo, em geral a mulher, cuja dignidade sexual é consequentemente violada.

Com o fito de identificar exemplos de exploração sexual, atente-se à exposição da brilhante Luiza Nagib Eluf, em artigo citado pelo preclaro Desembargador Newton Neves, membro desta Colenda Câmara, ao proferir voto nos autos 0008734-67.2007.8.26.0624: "*Explorar é colocar em situação análoga à de escravidão, impor a prática de sexo contra 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 crianças (...) A meu ver, com a recente alteração trazida pela nova lei, os processos que se encontram em tramitação pelo crime de 'casa de prostituição', se não envolverem exploração sexual, deverão resultar em absolvição, pois a conduta de manter casa para fins libidinosos, por si só, não mais configura crime...*".

Trazidas à tona estas premissas, passo a discorrer a respeito do caso dos autos.

A.L.A., policial militar, aduziu que esteve no local, que é conhecido como casa de prostituição, e encontrou lá a apelante e duas garotas. Uma delas, I., tinha entorpecentes em seu poder, destinados ao tráfico, e portava R$ 32,00 provenientes de programas sexuais que fazia. Havia no prédio pluralidade de quartos para meninas que lá moravam, aparentando ser uma pensão. Labora em Monte Alto desde (...) e teve contato com várias denúncias que apontam tal casa como ponto de prostituição (fls. 96).

Colega de profissão de A., C.J.S. também disse ter ciência da instalação de um prostíbulo no local sinalizado pela denúncia (mídia a fls. 144).

O policial civil F.C.C. informou que vários vizinhos da dita casa delatavam a prática de prostituição ali. O faziam, porém, anonimamente, por temer represálias pela mão do filho da acusada, J.D., preso envolvido com o narcotráfico. Pontuou ainda ser de seu conhecimento, em razão da experiência como policial naquela cidade desde (...) e de ter comparecido ao local várias vezes e visto prostitutas, que o imóvel mantido por D. sediava o comércio carnal (fls. 97/98).

A testemunha E.J.P. esclareceu que já esteve no local com conhecidos, para tomar cervejas e ver mulheres, e que notou a presença de quartos passíveis de locação para programas entre prostitutas e os que as procuram, ignorando

Acesso ao Sumário

qual o preço cobrado (fls. 99).

J.A.N., outra testemunha, depôs em sentido semelhante. Confirma que no local havia quartos para aluguel, à disposição de quem desejasse uma garota, além de outras distrações como bar e mesas de bilhar (fls. 100/101).

R.J.B, embora também tenha explicado na etapa investigativa que esteve no estabelecimento de D. e que tal comportasse ser definido como casa de prostituição, retratou-se em Juízo, dizendo, nesta segunda ocasião, que nada sabe sobre o local e sequer conhece a acusada (fls. 122/124).

Por fim, I.C.D. (mídia fls. 137) falou que realizava programas na casa capitaneada por D., e que outras moças lá trabalhavam fazendo o mesmo, além de acrescentar que pagavam à D. certa quantia, que não especificou, como aluguel pelo uso dos quartos do estabelecimento.

Aflora razoável certeza de que D. manteve uma casa que ofertava, dentre outras atrações, programas sexuais. Nada convincente a negativa por ela apresentada em interrogatório, amplamente desmentida por policiais, por frequentadores da casa e uma mulher que ali trabalhou (fls. 153/157).

Ocorre que isto não suficiente para escorar uma condenação.

A denúncia, alimentada pela etapa investigativa, noticia que, para remunerar a utilização dos dormitórios, cabia à apelante R$ 10,00 ou R$ 20,00 por cada programa realizado pelas garotas.

Assim, ainda que se assuma a cobrança desta módica importância, não se pode dizer que R$ 10,00 ou R$ 20,00, como contrapartida ao quarto efetivamente utilizado, traduz a exploração sexual de garotas que, segundo consta, jamais sofreram coerção, violência ou foram alvo de engodo.

Ausente prova em direção oposta, prostituiam-se por vontade própria. Bem possível que não por reflexo daquilo que almejavam para si, mas por contingências da vida que as fizeram ingressar na atividade. Mas as razões particulares, sejam elas quais forem, que as levaram à prostituição, não aniquilam a liberdade de escolha. Tratando-se de pessoas maiores e capazes, cujo trabalho gerava proveito indireto (aluguel de quartos) para a mantenedora da casa, cuja estrutura e permanência, atraindo clientes, a seu turno também favorecia as garotas, não há falar em crime do art. 229 do Código Penal. Ambas as partes obtinham vantagens da existência da casa de prostituição, que poderia, em casos como o dos autos, ser adjetivada de imoral, mas não criminosa, pois ausente a exploração sexual.

Frise-se que não se dispõe de provas que insinuem que a manifestação volitiva de exercer a prostituição sofria restrições deletérias, por fraude ou violência, da parte da apelante D., ou mesmo que ela se locupletaria do produto do trabalho das garotas.

Destarte, à míngua de comprovada “exploração”, elementar essencial ao

Acesso ao Sumário

tipo, o único fato que descortina a instrução consubstancia-se na mantença de sede para enlaces libidinosos, condutas atípicas, pois em relação a elas a Lei nº 12.015/09 operou *abolitio criminis*.

Mais não necessário para atrair o desate absolutório.

3. Diante do exposto, pelo meu voto, dou provimento ao apelo de D.D., para absolvê-la com fundamento no artigo 386, inciso III do Código de Processo Penal.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0006161-97.2012.8.26.0101, da Comarca de Caçapava, em que é apelante LUIZ FERNANDO NOGUEIRA MARCIANO, é apelado MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em 7ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Rejeitadas as preliminares, negaram provimento, nos termos que constarão do acórdão. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 720)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores ROBERTO MORTARI (Presidente sem voto), J. MARTINS e CAMILO LÉLLIS.

São Paulo, 4 de setembro de 2014.

AMARO THOMÉ, Relator

Ementa: APELAÇÃO CRIMINAL – RECEPTAÇÃO E PORTE ILEGAL DE ARMA DE FOGO COM NUMERAÇÃO SUPRIMIDA – PRELIMINARES DE CERCEAMENTO DE DEFESA E ILEGALIDADE DA DILIGÊNCIA POLICIAL NA RESIDÊNCIA SEM MANDADO JUDICIAL DE BUSCA – NÃO ACOLHIMENTO – TESTEMUNHAS ARROLADAS DEPOIS DE DECORRIDO O PRAZO LEGAL E A DILIGÊNCIA POLICIAL FOI LEGÍTIMA PORQUE CONFIGURADA HIPÓTESE DE FLAGRANTE DELITO – ABSOLVIÇÃO POR INSUFICIÊNCIA DA PROVA – INOCORRÊNCIA – PROVA SEGURA QUANTO À AUTORIA E MATERIALIDADE DELITIVAS – PLEITO DE MITIGAÇÃO DO

Acesso ao Sumário

REGIME INICIAL – DESCABIMENTO – QUANTIDADE DE PENA IMPEDE FIXAÇÃO DE REGIME INICIAL MENOS RIGOROSO QUE O SEMIABERTO FIXADO – PRELIMINARES REJEITADAS E RECURSO NÃO PROVIDO.

VOTO

Cuida-se de apelação interposta por **LUIZ FERNANDO NOGUEIRA MARCIANO** contra a r. sentença de fls. 155/158, que o condenou pela prática do crime previsto no artigo 180, §§ 1º e 2º do Código Penal, e artigo 16, parágrafo único, IV, da Lei nº 10.826/03, impondo-lhe a pena privativa de liberdade de 3 (três) anos de reclusão para cada uma das infrações, a ser cumprida inicialmente no regime semiaberto, além do pagamento de 10 (dez) dias-multa, com valor unitário mínimo, também para cada uma das infrações, observado o cúmulo material.

Inconformado, recorre (fls. 178/184), suscitando preliminares de cerceamento de defesa porque indeferida a oitiva de testemunhas que arrolou em caráter de imprescindibilidade, bem como ilegalidade da prisão em flagrante, uma vez que os policiais invadiram a residência do apelante não dispondo de mandado judicial para tanto; no mérito, pleiteia a absolvição, por alegada insuficiência probatória e roga a mitigação do regime inicial para o aberto ou substituição por pena pecuniária.

Recurso tempestivo e contrarrazoado (fls. 186/190).

A Douta Procuradoria-Geral de Justiça opina pela rejeição das preliminares e pelo não provimento ao apelo (fls. 196/200).

É o relatório.

Rejeito as preliminares e nego provimento ao apelo.

Ao que consta da denúncia (fls. 1-d/4-d), o apelante tinha em depósito, vendia ou de qualquer forma utilizava, em proveito próprio ou alheio, no exercício da atividade comercial clandestina, cerca de 3000 (três mil) correias dentadas de propriedade da empresa denominada General Motors do Brasil, vinte para-choques da empresa denominada Volkswagen, bem como possuía arma de fogo ostentando numeração suprimida, fazendo-o sem autorização e em desacordo com determinação legal ou regulamentar.

DAS PRELIMINARES

Não se exige a expedição de mandado judicial de busca e apreensão domiciliar quando se está diante da prática de crimes permanentes, no caso dos autos os crimes de receptação na modalidade manutenção, no exercício de atividade comercial clandestina, de número considerável de bens de origem ilícita, bem como no igualmente crime permanente de posse ilegal de arma de

Acesso ao Sumário

fogo com numeração suprimida.

Não se há falar em cerceamento de defesa, na medida em que o nobre defensor deixou de arrolar, no prazo estabelecido em lei, as testemunhas que pretendia ouvir, e sequer explicou no que consistia a imprescindibilidade de sua oitiva, sabendo-se que o art. 400, § 1º, do Código de Processo Penal, outorga ao Magistrado a faculdade de indeferir as provas que considerar irrelevantes, impertinentes ou meramente protelatórias.

NO MÉRITO

A materialidade delitiva restou demonstrada pelo auto de prisão em flagrante delito (fls. 02/09), autos de exibição e apreensão (fls. 16/17), e demais elementos probatórios constante nos autos.

A autoria delitiva, de igual modo, restou suficientemente comprovada pela parcial confissão do apelante, pelas declarações das vítimas e depoimentos dos policiais que efetuaram a prisão em flagrante.

Ao ser ouvido perante a autoridade policial, o apelante confessou apenas a posse da arma com a numeração suprimida, afirmando tê-la adquirido de um caminhoneiro, pagando por ela R$ 1.500,00 (um mil e quinhentos reais). Quanto às peças automotivas, disse que o referido caminhoneiro, a quem conhecia apenas por Marcelo dos Santos, as deixava lá em sua residência, mas desconhecia a origem de tais bens.

Essa desculpa, entretanto, vem desmentida pelo depoimento do policial Richardson (fl. 104).

Disse este policial que havia recebido notícia de que uma pessoa conhecida por Luis estava na iminência de receber grande carregamento de drogas naquele dia. Abordou o apelante, e ele negou qualquer envolvimento com tráfico, tendo permitido, naquele mesmo instante, o ingresso dos policiais em sua residência para as buscas necessárias. Localizaram no interior do veículo do acusado a arma de fogo. Localizaram também um caderno contendo anotações de contabilidade referente a vendas de peças automotivas, cheques, e várias peças, algumas novas e outras usadas, como portas de veículos, cinzeiros, correias dentadas.

A respeito da posse das peças, "*o réu alegou que pegava as peças de caminhoneiro que desviavam das montadoras e revendia para lojas de Caçapava e Taubaté*". Eram tantas as peças, que a operação de apreensão se estendeu por mais de quatro horas.

Não há qualquer circunstância que autoriza suscitar dúvidas quanto ao aproveitamento da prova testemunhal, mesmo porque o policial e o apelante nada disseram sobre terem tido qualquer contato anterior, e, portanto, não se há cogitar de qualquer possibilidade de vingança ou de qualquer atitude tendente a incriminar pessoas inocentes.

É dever do apelante, se tem versão exculpante, apontar-lhe todos os dados,

Acesso ao Sumário

de modo a convencer da ausência de responsabilidade. Contudo, nenhuma prova indica estivessem os agentes envolvidos em conspiração para prejudicar inocente e a jurisprudência admite o depoimento policial como prova.

O Col. Supremo Tribunal Federal pacificou entendimento nesse sentido ao decidir que "*(...) o valor do depoimento testemunhal de servidores policiais – especialmente quando prestados 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 este 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*" (HC nº. 74.608-0/SP, rel. Min. Celso de Mello).

No mesmo sentido: Apelação n. 0005334-56.2010.8.26.0457 – Rel. Des. Alexandre Almeida – 4ª Câm. Extraordinária Criminal – J. 05.12.2013; Apelação n. 0028812-87.2009.8.26.0050 – Rel. Des. Mauricio Valala – Câm. Extraordinária Criminal – J. 28.11.2013; Apelação n. 0000270- 95.2010.8.26.0447 – Rel. Des. Edison Brandão – 4ª Câm. de Direito Criminal – J. 12.11.2013; Apelação n. 0094913-04.2012.8.26.0050 – Rel. Des. Francisco Bruno – 10ª Câm. de Direito Criminal – J. 07.11.2013; Apelação n. 0009973-69.2012.8.26.0224 – Rel. Des. França Carvalho – 13ª Câm. de Direito Criminal – J. 07.11.2013.

A propósito, também já decidiu nesse sentido o Col. STJ:

> "HABEAS CORPUS. PENAL. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. TESE DE FRAGILIDADE DA PROVA PARA SUSTENTAR A ACUSAÇÃO. VIA IMPRÓPRIA. NECESSIDADE DE EXAME APROFUNDADO DO CONJUNTO PROBATÓRIO. DEPOIMENTO DE POLICIAIS. VALIDADE PROBATÓRIA. *1. O exame da tese de fragilidade da prova para sustentar a condenação, por demandar, inevitavelmente, profundo reexame do material cognitivo produzido nos autos, não se coaduna com a via estreita do writ. Precedentes. 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*." (*Habeas Corpus* nº 115.516/SP, 5ª Turma, Ministra Relatora Laurita Vaz, 03/02/2009).

Pacífico o entendimento também no sentido de que no crime de receptação "*a apreensão da coisa subtraída em poder do agente gera presunção de sua responsabilidade, invertendo-se o ônus da prova, impondo-se justificativa inequívoca, assim, se esta for dúbia e inverossímil, transmuda-se a presunção em certeza, autorizando, assim, a condenação*" (TACRSP – RT 746/629).

Acesso ao Sumário

Ademais, o próprio apelante declinou que reside no local dos fatos (fl. 09, 26 e 107), mas alegou que eram de responsabilidade do caminhoneiro, a quem alugava aquele mesmo imóvel. Alegação estranha, mesmo porque fazia poucos meses que o apelante havia alugado aquele mesmo imóvel para morar com sua companheira Daiane (cf. contrato de locação a fls. 18/20 do apenso de pedido de liberdade provisória).

DA FIXAÇÃO DA PENA

Na **primeira etapa**, as penas-base foram fixadas no patamar mínimo, isto é, 03 (três) anos de reclusão e 10 (dez) dias-multa, no valor unitário mínimo, para cada crime.

Na **segunda e terceira etapa**, nenhuma alteração sofreram as penas, tornando-se definitivas.

DO REGIME PRISIONAL INICIAL

Ao fixar o regime prisional, não pode o magistrado se limitar ao *quantum* da pena aplicada, devendo considerar ainda a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social e a personalidade do agente, assim como as circunstâncias e consequências do crime.

Ademais, conforme já decidido pelo C. Supremo Tribunal Federal:

"*O Poder Judiciário não pode ficar alheio à gravidade do problema de segurança que atormenta os moradores das cidades. E se o Juiz é, como deve ser, homem de seu tempo, atento à realidade dos fatos e ao momento que atravessa, não pode deixar de considerar a importância de suas decisões na contenção da onda de violência que se vem alastrando e de maneira quase incontornável, alarmando a população e intranquilizando as famílias.*" (RTJ 123/547).

"*A norma do art. 33, § 2º, b, do Código Penal, deve ser interpretada como faculdade conferida ao juiz para aplicar ou não o regime semiaberto.*" (HC nº 72.373-SP, 2ª Turma, Rel. Min. Maurício Corrêa, v.u.).

Considerada a quantidade de pena a ser cumprida, de 06 (seis) anos, 3 (três) para cada uma das infrações penais pelas quais foi condenado, fica mantido o regime intermediário, único compatível.

Ante o exposto, rejeito as preliminares e **NEGO PROVIMENTO** ao recurso.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0001501-16.2013.8.26.0266, da Comarca de Itanhaém, em que é apelante WELLINGTON CARMO DE SOUZA, 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, que integra este acórdão. **(Voto nº 30.438)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores SÉRGIO COELHO (Presidente) e ROBERTO SOLIMENE.

São Paulo, 11 de setembro de 2014.

OTÁVIO HENRIQUE, Relator

Ementa: APELAÇÃO. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. AUTORIA E MATERIALIDADE COMPROVADAS. PENAS E REGIME PRISIONAL MANTIDOS. IMPROVIMENTO DO APELO DEFENSIVO.

VOTO

Ao relatório da r. sentença de fls. 86 verso/88, proferida pelo Ilustre Magistrado JAMIL CHAIM ALVES, acrescenta-se que WELLINGTON CARMO DE SOUZA foi declarado incurso na norma do artigo 33, da Lei nº 11.343/06 e condenado a cumprir, no regime fechado, as penas de **TRÊS (03) ANOS DE RECLUSÃO** e pagamento de **TREZENTOS (300) DIAS-MULTA** mínimos.

Inconformado, apelou pretendendo, em síntese, a sua absolvição por falta de provas. Em tese subsidiária, pleiteou redução de penas e substituição da carcerária por restritivas de direitos (fls. 98/107).

O recurso foi bem processado, vindo para os autos a contrariedade de fls. 109/114, onde é demonstrada a necessidade da manutenção da r. sentença recorrida.

A Douta **PROCURADORIA GERAL DE JUSTIÇA**, no Parecer de fls. 124/130, opinou pelo improvimento do recurso.

É o relatório.

A r. sentença recorrida deve ser mantida.

No interrogatório judicial, WELLINGTON negou o seu envolvimento nos fatos denunciados, atestando que se dirigiu àquele local a fim de adquirir entorpecentes para seu próprio consumo (fls. 90/verso).

O militar THIAGO, perante o Juízo, declarou que recebeu denúncia anônima dando conta da traficância no local mencionado na Denúncia. Para lá se dirigiram e avistaram o RECORRENTE agachado, mexendo no mato. Ao

perceber a aproximação da viatura, o APELANTE demonstrou nervosismo, colocou uma sacola perto de um arbusto e saiu conduzindo sua bicicleta. Conseguiu detê-lo enquanto o outro policial apreendeu a sacola que havia sido deixada contendo maconha, "crack" e cocaína (fls. 89).

As substâncias apreendidas foram objetos de laudo de constatação provisória (fls. 13/14) e de exame químico-toxicológico (fls. 64), atestando os Srs. Peritos que consistem em 128g de maconha acondicionada em trinta e sete porções, 5,3g de cocaína distribuída em doze tubos e 3,5g de "crack" em dezenove pedras.

Diante deste quadro probatório, correta a condenação do APELANTE, porquanto demonstrado, pelos relatos firmes e coerentes dos policiais militares que fizeram a abordagem, que trazia consigo e tinha em depósito substâncias entorpecentes, cuja destinação era a entrega a consumo de terceiros.

A negativa do APELANTE não merece credibilidade, porque infirmada pelo robusto conjunto probatório.

A variedade, quantidade e forma de acondicionamento dos entorpecentes, assim como as circunstâncias de sua apreensão, são reveladoras do tráfico.

Através de denúncia anônima, o RECORRENTE foi visto em um terreno, de onde fugiu ao notar a aproximação policial, e no local foi apreendida grande quantidade de substâncias entorpecentes. Tal circunstância é indicativa de que as drogas localizadas no terreno lhe pertenciam e seriam destinadas ao comércio ilícito.

Convém lembrar que a configuração do tráfico de entorpecentes sequer depende da visualização de atos de mercancia, bastando, tão somente, a constatação de uma das múltiplas ações previstas no tipo penal, informadas com o escopo de entrega da droga a consumo alheio, objetivo que o juiz deve extrair dos fatos e circunstâncias, utilizando-se do raciocínio lógico e das regras de experiência comum.

Na realidade, pode ser o APELANTE rotulado usuário-traficante, ou seja, para manter o uso esporádico da droga, realiza o tráfico, prevalecendo esta última conduta criminal como a mais nociva à Sociedade.

Com relação aos depoimentos de policiais, os entendimentos jurisprudenciais têm convergido na direção de que são eles válidos e aptos ao suporte de uma condenação, pois aqueles agentes da autoridade prestam os seus esclarecimentos sob o compromisso da verdade como qualquer testemunha e as suas narrativas devem ser entendidas como verdadeiras até a produção de provas em contrário, com demonstração da presença de falácia, recaindo o ônus da produção destas na esfera da defesa, situação que inocorreu nos autos.

Pequenas divergências encontradas no cotejo dos depoimentos prestados pelos policiais, sem atingirem o âmago da questão, devem ser desprezadas,

Acesso ao Sumário

posto que podem ser produto do posicionamento dos mesmos quando da diligência efetuada e das tarefas de cada um deles naquele momento, além do entrelaçamento de situações diante do elevado número de ocorrências que tais policiais atendem no dia a dia, sem o comprometimento daquilo que narraram.

Efetivamente, "*o valor de depoimento testemunhal de servidores policiais – especialmente quando prestados em juízo, sob 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 demonstrar – tal como ocorre com as demais testemunhas – que as suas declarações não encontram suporte e nem se harmonizam com os outros elementos probatórios idôneos*." (STF – HC nº 73.518-5, Rel. Ministro CELSO DE MELLO, DJU de 18.10.96, pág. 39.846).

As penas foram corretamente fixadas e devem ser mantidas. Partindo-se das bases mínimas, a elas reduziu-se 2/5 por aplicação do § 4º, do artigo 33, da Lei de Tóxicos, totalizando três anos de reclusão e quitação de trezentos dias-multa mínimos.

Tal redução sequer poderia ser aqui adotada, ante a elevada quantidade e diversidade de drogas apreendidas com o RECORRENTE, devendo prevalecer o previsto no artigo 42, da citada Lei.

O regime prisional é o inicial fechado, em se tratando de crime equiparado a hediondo.

A substituição da pena corporal por restritivas de direitos não se mostra cabível, suficiente e socialmente recomendável ante a natureza do delito, ainda equiparado a hediondo, além do regime prisional imposto (inicial fechado), que impede a execução da aludida substituição.

Tal posicionamento em nada fere recente decisão do Excelso Pretório amparando a substituição, visto que a mesma foi tomada por maioria apertada (6x4).

Acesso ao Sumário

De forma idêntica, a Resolução nº 05/12, do Senado Federal, também não obsta aquele posicionamento, visto que o artigo 44, "**caput**", da Lei de Tóxicos permanece íntegro.

No mesmo sentido, como bem colocado pelo Ilustre Desembargador Souza Nery: "*inviável a aplicação da pena alternativa. Não só pela própria hediondez do crime, que recomenda maior rigor no escarmento, mas também porque a Lei nº 11.343/06 expressamente veda a benesse aos traficantes, nos precisos termos do que dispõe o seu artigo 44, caput. Tal dispositivo legal foi editado pelos poderes competentes, goza de presunção de constitucionalidade e não parece ofender a Constituição de República de modo franco e direto*.

Não desconheço que foi reconhecida a inconstitucionalidade desse dispositivo pelo Excelso Pretório (HC 97.256) no ano de 2010, mas essa decisão foi tomada por maioria apertada (6x4) e valeu somente para o processo julgado (incidenter tantum).

Nesse sentido, magistério de Guilherme de Souza Nucci:

Não é possível a substituição da pena privativa de liberdade, nos casos apontados no art. 44, caput, desta Lei [Lei nº 11.343/2006], por restritiva de direitos. Nenhuma inconstitucionalidade existe, pois não fere a individualização da pena. Cuida-se de política criminal do Estado, buscando dar tratamento mais rigoroso ao traficante, mas sem padronização de penas. Porém, há uma ressalva: é norma penal prejudicial ao réu, razão pela qual somente pode ser aplicável aos fatos cometidos após a entrada em vigor da Lei nº 11.343/2006.

A recente edição da Resolução nº 5, de 2012, pelo Senado Federal, que suspendeu a execução da expressão 'vedada a conversão em penas restritivas de direitos' do § 4º, do artigo 33, da Lei de Tóxicos, em nada altera, no meu entender, a solução aqui proposta, posto que o crime, como se sabe, equipara-se aos hediondos e a aplicação de pena vicariante não reprovaria a contento a prática de tão grave crime. Ademais, por opção do legislador, o artigo 44, caput, referido resta íntegro, aplicando-se, por isso, in totum o argumento acima exposto.

Anoto, apenas para esclarecer minha convicção a respeito da hediondez do delito, que o chamado 'tráfico privilegiado' (art. 33, § 4º, da Lei de Tóxicos) continua equiparando-se aos crimes hediondos, na esteira de julgados como estes, os quais transcrevo a seguir:

O caput do art. 2º da Lei 8.072/1990 equipara aos crimes hediondos 'o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins', sem qualquer ressalva aos casos em que foi reconhecida a causa de diminuição de pena prevista no § 4º do art. 33 da Lei 11.343/2006.

I. O tráfico de drogas, segundo expressa disposição constitucional (art. 5º, inciso XLIII), é considerado figura típica equiparada aos crimes hediondos definidos em lei, sujeitando-se, por consequência, ao tratamento dispensado a tais delitos, sendo que a Lei nº 8.072/90 não fez qualquer ressalva em sentido contrário.

II. A incidência da causa de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06 não descaracteriza o caráter hediondo do crime. Precedentes.

III. A redução da pena, em razão do reconhecimento da causa especial de diminuição, não implica desconsiderar as razões que levaram o legislador constituinte a prever um tratamento mais rigoroso ao tráfico de drogas.

IV. Ordem denegada, nos termos do voto do Relator.

(...) a aplicação da causa de diminuição de pena disposta no art. 33, § 4º,

Acesso ao Sumário

da Lei nº 11.343/2006, interfere na quantidade de pena, mas não na qualificação ou natureza do crime de tráfico de drogas, já que as circunstâncias levadas em consideração para diminuir a pena não têm o condão de mitigar o juízo de reprovação incidente sobre a conduta de traficar." (**in** apelação criminal nº 0000346-09.2012.8.26.0655).

Assim, nega-se provimento ao recurso do APTE., confirmando-se a r. sentença recorrida em todos os seus termos.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0019914-46.2012.8.26.0320, da Comarca de Limeira, em que é apelante MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO e Apelante/A.M.P. C.R.S., é apelado H.A.S..

ACORDAM, em 14ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento aos recursos, para o fim de condenar H.A.S. como incurso no art. 217-A, c.c. o art. 71 e art. 225, parágrafo único, todos do Código Penal, na pena de 09 (nove) anos e 04 (quatro) meses de reclusão, em regime inicial fechado, expedindo-se mandado de prisão após o trânsito em julgado. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 20197)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores HERMANN HERSCHANDER (Presidente) e WALTER DA SILVA.

São Paulo, 11 de setembro de 2014.

MIGUEL MARQUES E SILVA, Relator

Ementa: APELAÇÃO CRIMINAL – Estupro de vulnerável – Materialidade e autoria comprovadas – Consentimento da vítima – Irrelevante para a configuração do crime – Condenação de rigor – Recursos providos.

Acesso ao Sumário

VOTO

H.A.S. foi denunciado como incurso no art. 217-A, c.c. o art. 71 e art. 225, parágrafo único, todos do Código Penal. Devidamente processado, foi absolvido da imputação, com fundamento no art. 386, inciso III, do Código de Processo Penal (fls. 85/90).

Irresignados apelaram o Ministério Público e o Assistente da Acusação,

pleiteando a condenação nos exatos termos da denúncia (fls. 95/97 e 101/105).

Recursos tempestivos, bem processados, contrariados (fls. 107/113), com parecer da Procuradoria de Justiça pelo provimento do reclamo (fls. 119/128).

É o relatório, adotado, no mais, o da sentença.

Os recursos merecem prosperar.

Com efeito, tanto a materialidade (fls. 15/16) quanto a autoria restaram devidamente comprovadas, tendo esta sido amparada nas declarações da vítima L.H.P.S., a qual narrou que manteve relações sexuais com o acusado, tendo as mesmas sido consentidas. Declarou, ainda, que ele tinha conhecimento de sua idade, ou seja, treze anos (mídia de fls. 91).

O réu, por sua vez, confirmou que manteve relações sexuais com a vítima. Alegou, entretanto, que não sabia de sua idade real, a qual acreditava ser quinze anos (mídia de fls. 91).

A autoria, portanto, é inconteste, como, aliás, devidamente reconhecida na r. sentença de primeiro grau.

O cerne da questão diz respeito à tipicidade da conduta imputada ao réu, uma vez que as relações sexuais foram consentidas pela ofendida.

Típica a conduta.

Isto porque é tido por juridicamente inexistente eventual consentimento da vítima, já que em se tratando de menores de catorze anos integral é a proteção consagrada na Magna Carta (art. 227), recentemente reforçada com a edição da Lei 12.015/09, que cuidou de estabelecer tipo penal próprio para a espécie, apenando com maior intensidade tais situações.

A legislação pátria, aliás, reflete novo paradigma no trato do abuso sexual de vulnerável, a demonstrar alinhamento com importantes compromissos internacionais assumidos em nosso país quanto ao tema, a exemplo da Convenção sobre os Direitos da Criança, do Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos e da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher.

Como assentado pelo Colendo Superior Tribunal de Justiça:

"*PENAL E PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. NEGATIVA DE VIGÊNCIA AO ART. 217-A DO CP. OCORRÊNCIA. ESTUPRO DE VULNERÁVEL. VÍTIMA MENOR DE 14 ANOS. CONSENTIMENTO. IRRELEVÂNCIA. AGRAVO REGIMENTAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO. 1. Pacificou-se a jurisprudência deste Superior Tribunal de Justiça no sentido de que, segundo o sistema normativo em vigor após a edição da Lei n.º 12.015/09, a conjunção carnal ou outro ato libidinoso com menor de 14 (catorze) anos configura o crime do artigo 217-A do Código Penal independentemente de grave ameaça ou violência (real ou presumida), razão pela qual tornou-se irrelevante eventual consentimento ou autodeterminação*

Acesso ao Sumário

da vítima para a configuração do delito. 2. Agravo regimental a que se nega provimento" (AgRg no REsp 1363531/MG – Ministra Maria Thereza de Assis Moura – Dje 04.08.2014).

A chancela do *liquet,* portanto, é de rigor.

À época dos fatos o acusado era primário e não registrava antecedentes criminais.

Assim, em atenção ao disposto no art. 59, do Código Penal, é aplicada a pena-base em 08 (oito) anos de reclusão.

Foram praticadas de quatro a seis relações sexuais. Desta forma, presente a continuidade delitiva (art. 71, CP), exaspera-se em 1/6 (um sexto), o que perfaz a reprimenda final de 09 (nove) anos e 04 (quatro) meses de reclusão.

Nos termos do art. 33, § 2º, alínea "a", do Código Penal, é fixado o regime inicial fechado.

Isto posto, dá-se provimento aos recursos, para o fim de condenar H.A.S. como incurso no art. 217-A, c.c. o art. 71 e art. 225, parágrafo único, todos do Código Penal, na pena de 09 (nove) anos e 04 (quatro) meses de reclusão, em regime inicial fechado, expedindo-se mandado de prisão após o trânsito em julgado.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0002231-36.2012.8.26.0145, da Comarca de Conchas, em que é apelante J.E.S., é apelado MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em 3ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram parcial provimento ao apelo do réu para, reconhecida a atenuante genérica da menoridade relativa e afastada a causa de aumento descrita no art. 40, inciso III, da Lei de Drogas, reduzir o castigo corporal imposto para 9 anos e 2 meses de reclusão, mais o pagamento de 1.200 dias-multa, no piso legal, mantidos, no mais, os termos da r. sentença. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 5869)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores GERALDO WOHLERS (Presidente) e LUIZ ANTONIO CARDOSO.

São Paulo, 16 de setembro de 2014.

CESAR MECCHI MORALES, Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: TRÁFICO DE ENTORPECENTES, ASSOCIAÇÃO PARA TAL FIM e CORRUPÇÃO DE MENORES – Apelo do réu – Absolvição – Impossibilidade – Quadro probatório apto a ensejar a condenação – Acusado flagrado com expressiva quantidade de estupefaciente, em local conhecido como ponto de narcotráfico – Réu que, em juízo, admitiu contar com a ajuda do adolescente para a venda da droga – Versão corroborada pelos relatos dos policiais responsáveis pelo flagrante – Vínculo estável e permanente evidenciado pelo acordo firmado entre o agente e o menor infrator – Afastada genérica tese de parcialidade dos testemunhos dos milicianos – Condenação mantida – DOSIMETRIA DA PENA – Pena-base fixada acima do mínimo legal – Incidência da atenuante da confissão espontânea que deve ensejar o retorno da reprimenda ao piso – Causa de aumento descrita no art. 40, inciso III, da Lei de Drogas não indicada na denúncia – Impossibilidade de aplicação dessa majorante – Observância da regra de correlação entre acusação e sentença (art. 383 do CPP) – Sentença reformada quanto a tais aspectos.

RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.

VOTO

1. Ao relatório da r. sentença de fls. 115-121, acrescenta-se que **J.E.S.** foi condenado ao cumprimento de 12 anos e 20 dias reclusão, em regime inicial fechado, mais o pagamento de 1.401 dias-multa, fixados no valor unitário mínimo, como incurso nos artigos 33, "caput", e 35, "caput", ambos da Lei n.º 11.343/2006, bem como no artigo 244-B da Lei 8.069/1990, aplicada a regra do concurso material de infrações.

Apela o réu, postulando desate absolutório ao argumento de insuficiência de provas (razões fls. 148-152).

O recurso foi respondido (fls. 154-157).

A douta Procuradoria de Justiça manifestou-se pelo parcial provimento do apelo, propugnando a aplicação da atenuante da confissão espontânea e o afastamento da incidência da causa de aumento prevista no art. 40, inciso III, da Lei de Drogas (fls. 169-173).

É a síntese do necessário.

2. O reclamo comporta parcial provimento.

Acesso ao Sumário

3. Narra a denúncia que, em 10 de agosto de 2012, na esquina das ruas Pará e Mato Grosso, Centro, no município de Conchas, **J.E.S.**, juntamente com os adolescentes *J.H.V.* e *S.A.S.*, trazia consigo, para fins de tráfico, 100 porções de cocaína, sem autorização e em desacordo com determinação legal e regulamentar, além de R$ 107,65, em espécie.

Consta, ainda, que, nas mesmas circunstâncias, **J.** associou-se com os menores *J.H.V* e *S.A.S.*, para com eles praticar o crime descrito no art. 33, "caput", da Lei 11.343/2006.

Também narra a inicial que **J.** corrompeu mencionados adolescentes, menores de 18 anos à época dos fatos, com eles cometendo tráfico ilícito de entorpecentes.

4. A materialidade delitiva ficou comprovada pelo auto de prisão em flagrante (fls. 2), pelo auto de exibição e apreensão (fls. 19-21), pelo laudo de constatação preliminar (fls. 23-24) e pelo exame químico toxicológico de fls. 44-49.

5. Tampouco restam dúvidas quanto à autoria.

Interrogado em sede inquisitiva, **J.** admitiu a propriedade da droga apreendida, refutando a participação dos menores infratores no cometimento do crime (fls. 13). Em juízo, confessou os fatos a ele imputados, esclarecendo que o entorpecente havia sido consignado por outro rapaz não identificado, mediante sistema de "porcentagem". Informou que contava com a ajuda do adolescente *J.H.V.*, vulgo (...), para comercializar o narcótico. Explicou, ainda, que ele e *J.* pretendiam vender a droga na praça, no decorrer daquela semana (mídia de fls. 108).

Sua confissão é corroborada pelos depoimentos dos milicianos responsáveis pelo flagrante.

Os agentes públicos narraram que estavam em patrulhamento de rotina pelo local dos fatos, notadamente conhecido como ponto de narcotráfico, quando presenciaram **J.** dispensando uma sacola. Abordado e revistado, com o réu foram apreendidas 20 porções de cocaína escondidas em um maço de cigarros e a quantia de R$ 35,00, em notas fracionadas. No interior do saco plástico por ele jogado ao chão, ainda foram encontrados mais 50 invólucros plásticos dessa mesma substância. Em poder do menor *J.H.*, foram apanhados 20 invólucros de cocaína e o montante de R$ 74,65 e, com o adolescente *S.*, 10 porções da mesma droga (fls. 6-8 e mídia de fls. 108).

As testemunhas de defesa, por sua vez, nada acrescentaram sobre os fatos dos autos (mídia de fls. 108).

6. Ressalte-se que a lei não nega validade ao depoimento do policial, tanto que não o arrola entre os impedidos ou suspeitos, não o dispensa do compromisso de dizer apenas a verdade, nem o poupa dos inconvenientes do crime de falso

Acesso ao Sumário

testemunho, caso venha a sonegar a realidade dos acontecimentos. Ao julgador cumpre conferir, a tais declarações, o justo e merecido valor, cotejando-as e confrontando-as com os demais elementos de convicção, atribuindo-lhes, ou não, segundo seu livre convencimento, o merecido poder de persuasão.

Nesse sentido:

"*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*" (HC nº 73518, rel. Min. Celso de Mello, 1ª T., j. 26/3/1996).

No caso em apreço, inexiste motivo capaz de macular mencionados testemunhos, razão pela qual não deve prosperar a obsoleta tese de parcialidade genérica imputada aos agentes públicos.

7. Igualmente, o conjunto de provas coligido aos autos demonstrou a prática do crime descrito no art. 35, "caput", da Lei de Drogas.

Conforme fundamentado pela ilustre Magistrada de primeiro grau, Dra. Thaís Galvão Camilher: "*Dos mesmos relatos policiais e do próprio interrogatório judicial do acusado é possível vislumbrar que este último se associou, ao menos ao adolescente J., visando praticar, de forma reiterada ou não, o delito previsto no art. 33, 'caput', da Lei de Drogas. Com efeito, dos aludidos elementos de prova é possível vislumbrar que* ***J.*** *conseguiu a droga por intermédio de rapaz não identificado e conferiu parte dela ao menor J., que então o auxiliaria no comércio nefasto*." (fls. 116-verso).

E, também, como bem assinalado em parecer subscrito pelo Dr. Rodrigo Canellas Dias: "*Do mesmo modo, a prova produzida em juízo demonstra a associação ocorrida entre o apelante e o adolescente J.H.V., visando à realização do tráfico ilícito naquela cidade. O próprio apelante confessa a existência dessa associação, ao dizer que havia combinado com o adolescente de venderem a droga naquele local, no decorrer da semana, demonstrando a estabilidade necessária para a configuração do crime previsto no artigo 35 da Lei de Drogas*" (fls. 171).

8. Enfim, diante desse expressivo conjunto probatório, a condenação do recorrente era mesmo de rigor.

9. É certo que **J.** valia-se de adolescente para a prática da mercancia espúria.

Acesso ao Sumário

Respeitado o entendimento da MM. Juíza sentenciante, a hipótese seria de incidência da causa especial de aumento prevista no art. 40, inciso VI, da Lei de Drogas, e não da configuração do crime autônomo descrito no art. 244-B da Lei 8.069/1990, tendo em vista que a norma específica deve se sobrepor à geral, em observância ao princípio da especialidade.

Esse, aliás, tem sido o entendimento perfilhado por esta Colenda Câmara Criminal (Apel. nº 0001177-04.2011.8.26.0102, rel. Des. Luiz Antonio Cardoso, j. 22.10.2013, v.u.; Apel. nº 0001688-28.2011.8.26.0449, rel. Des. Geraldo Wohlers, j. 19.3.2013, v.u.).

Frise-se que a nova capitulação jurídica respeitaria os critérios estabelecidos no art. 383 do Código de Processo Penal para a "*emendatio libelli*", uma vez mantida a descrição fática contida na inicial.

Ocorre que a exasperação das reprimendas para cada delito, nesses termos, ainda que aplicado o patamar mínimo, resultaria um acréscimo de 1 ano e 4 meses de reclusão, superior, portanto, à própria reprimenda imposta ao crime autônomo (de 1 ano e 2 meses de reclusão). Fora isso, ensejaria aplicação de nova pena pecuniária, que não é cominada para o delito de corrupção de menores.

Dessa forma, em respeito à proibição da "*reformatio in pejus*", preserva-se o reconhecimento do crime autônomo, eis que mais benéfico ao réu no caso dos autos.

10. A dosimetria das penas quanto aos crimes de tráfico e associação, contudo, merece reparos.

As penas-base desses delitos foram fixadas em 5 anos e 10 meses (tráfico) e 3 anos e 6 meses de reclusão (associação), ou seja, 1/6 acima do mínimo legal.

Na fase seguinte, a MM. Juíza sentenciante afastou a incidência da atenuante da confissão espontânea, sob o fundamento da impossibilidade de redução aquém do mínimo, nos termos da Súmula nº 231 do STJ.

Ocorre que, tendo sido definidas acima do piso legal, a mitigação pela mencionada circunstância deve ensejar o retorno das penas ao mínimo: 5 anos de reclusão, para o delito de tráfico, e 3 anos de reclusão para o crime de associação.

Ressalte-se que inexiste previsão legal quanto ao patamar aplicado para tal redução, devendo-se observar os critérios de razoabilidade dentro do caso concreto.

E mais. Deve ser afastada a aplicação da causa especial de aumento prevista no art. 40, inciso III, da Lei 11.343/2006, em observância à regra de correlação entre acusação e sentença, uma vez que tal majorante não constou na peça acusatória.

Acesso ao Sumário

A propósito, preleciona Guilherme de Souza Nucci:

"*(...) o fato imputado ao réu, na peça inicial acusatória, deve guardar perfeita correspondência com o fato conhecido pelo juiz, na sentença, sob pena de grave violação aos princípios do contraditório e da ampla defesa, consequentemente, ao devido processo legal*." (Código de Processo Penal Comentado, Rio de Janeiro, Forense, 13ª ed., 2014, p. 783).

Assim, resultam as penas para esses delitos em: **5 anos de reclusão**, mais o pagamento de 500 dias-multa (tráfico) e **3 anos de reclusão**, mais o pagamento de 700 dias-multa (associação).

11. Tendo em vista a reprimenda total imposta, superior a 4 anos, impossível se falar em substituição por restritivas de direitos (artigo 44, inciso I, do Código Penal).

12. Acertada a estipulação do regime inicial fechado, não só em razão da quantidade de pena aplicada, como também em face do que estabelece o artigo 2º, § 1º, da Lei 8.072/90 (com redação dada pela Lei nº 11.464/07).

13. Nos termos expostos, pelo meu voto **dá-se parcial provimento** ao apelo do réu para, reconhecida a atenuante genérica da menoridade relativa e afastada a causa de aumento descrita no art. 40, inciso III, da Lei de Drogas, reduzir o castigo corporal imposto para **9 anos e 2 meses de reclusão, mais o pagamento de 1.200 dias-multa**, no piso legal, mantidos, no mais, os termos da r. sentença.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0089453-60.2010.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que são apelantes/apelados CLÁUDIO SANTANA CERQUEIRA e ADRIANA AFONSO DA SILVA, é apelado/apelante 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: "Mantiveram o v. acórdão de fls. 233/242. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 18.305)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores LOURI BARBIERO (Presidente) e MARCO ANTÔNIO COGAN.

São Paulo, 11 de setembro de 2014.

MOREIRA DA SILVA, Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: Reexame do artigo 543-C, § 7º, II, do CPC – Acórdão que afastou a compensação da reincidência com a confissão espontânea – Interposição de Recurso Especial – Reexame da matéria em cumprimento ao disposto no artigo 543-C, parágrafo 7º, inciso II, do Código de Processo Civil – Descabimento – Reconhecimento da preponderância da reincidência sobre a confissão espontânea – Entendimento em consonância com a melhor orientação jurisprudencial, inclusive da Suprema Corte. Manutenção do v. julgado desta Colenda Câmara.

VOTO

1. Trata-se de Reexame previsto no artigo 543-C, parágrafo 7º, inciso II, do Código de Processo Civil, no âmbito do Recurso Especial interposto por **Cláudio Santana Cerqueira** e **Adriana Afonso da Silva**, nos autos da Apelação Criminal nº 0089453-60.2010.8.26.0000, contra o v. acórdão que, por votação unânime, deu provimento ao recurso do Ministério Público para elevar as penas de Cláudio Santana Cerqueira para 6 (seis) anos e 5 (cinco) meses de reclusão, e 16 (dezesseis) dias-multa, e as penas de Adriana Afonso da Silva para 5 (cinco) anos e 6 (seis) meses de reclusão, e 13 (treze) dias-multa, e negou provimento ao apelo dos réus.

Inconformados, os réus interpuseram recurso especial objetivando, dentre outros pleitos, a possibilidade da compensação da agravante da reincidência com a atenuante da confissão espontânea (fls. 257/267).

Processado e contra-arrazoado o recurso, a Egrégia Presidência da Seção Criminal determinou a remessa dos autos a esta douta Turma Julgadora para o cumprimento ao disposto no artigo 543-C, parágrafo 7º, inciso II, do Código de Processo Civil (fls. 284).

É o relatório.

2. Vale observar, de início, que o caso dos autos reclama a manutenção do v. acórdão proferido, por votação unânime, pela douta Turma Julgadora, malgrado os fundamentos explicitados no Recurso Especial nº 1.341.370/MT.

Sim, porque a respeito do tema objeto de divergência o v. aresto guerreado assim se pronunciou:

> "***De outra banda, assiste razão ao Ministério Público. Isto porque deveria ter sido observada a regra do artigo 67 do Código Penal, segundo a qual entre as circunstâncias detectadas nestes autos – agravante da reincidência (cf. fls. 82) e atenuante da confissão espontânea – há de prevalecer a primeira.***"

Acesso ao Sumário

Fê-lo, como consabido, em consonância com a melhor orientação jurisprudencial, até mesmo de sorte a reverenciar o princípio da segurança jurídica.

Nesse sentido, já se pronunciou o Colendo Superior Tribunal de Justiça:

"***Habeas corpus. Lesão corporal grave. Dosimetria da pena. Revisão criminal. Atenuante compensada na sentença. Manutenção da reincidência e da confissão espontânea. Preponderância da agravante. Peso diferenciado. Possibilidade. Ordem denegada. I – É pacífica a jurisprudência desta Corte no sentido de que, nos termos do que dispõe o artigo 67 do Código Penal, a reincidência é causa que prepondera sobre a confissão, devendo, no momento da escolha da resposta penal, receber maior valoração, ou seja, a pena-base deve ser agravada em maior proporção do que atenuada. II – Ordem denegada***".[1]

Oportuno anotar que, em igual sentido, decidiu recentemente o Pretório Excelso:

"***RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS – PENAL – PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA – NÃO INCIDÊNCIA NO CASO – CONTUMÁCIA DELITIVA – REPROVABILIDADE DA CONDUTA – DOSIMETRIA – CONCURSO ENTRE ATENUANTE E AGRAVANTE – ART. 67 DO CP – PREPONDERÂNCIA DA REINCIDÊNCIA SOBRE A CONFISSÃO ESPONTÂNEA – FIXAÇÃO DA PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL – MATÉRIA NÃO DEBATIDA NO TRIBUNAL LOCAL NEM NO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA – DUPLA SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA – RECURSO PARCIALMENTE CONHECIDO E IMPROVIDO. 1. (...) 5. A teor do disposto no art. 67 do Código Penal, a circunstância agravante da reincidência, como preponderante, prevalece sobre a confissão. Precedentes. (...)***" (Recurso Ordinário em *Habeas Corpus* nº 118.107/MG, Rel. Min. Teori Zavascki, Segunda Turma, j. 18.02.2014) (g.n.).

Destarte, por não se observar incompatibilidade entre o v. *decisum* desta Egrégia Câmara Criminal e a orientação emanada das Cortes Superiores de Justiça, a reclamar a efetividade de um juízo de retratação, há que se reafirmar o descabimento da compensação entre a agravante da reincidência e a atenuante da confissão espontânea, em conformidade com o preceito do artigo 67 do Código Penal, preservando-se o julgado ora objeto do reexame.

3. Pelo exposto, **mantém-se o v. acórdão de fls. 233/242**.

1 JSTJ 196/182 e 197/327.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0007081-97.2010.8.26.0309, da Comarca de Jundiaí, em que é apelante ELSON DE ANGELIS, é apelado MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em 3ª 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 23594)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores GERALDO WOHLERS (Presidente) e CESAR MECCHI MORALES.

São Paulo, 23 de setembro de 2014.

RUY ALBERTO LEME CAVALHEIRO, Relator

Ementa: APELAÇÃO CRIMINAL – DESACATO – Alegação de inocência e pedido subsidiário de redução da pena – IMPOSSIBILIDADE – Prática do delito comprovada, com o encaminhamento da carta às vítimas, com o fim de espezinhá-las, faltando com o respeito, configurando o delito de desacatado – Desnecessária a presença física do autor dos fatos – Penas devidamente fixadas de acordo com a previsão legal.

NEGADO PROVIMENTO AO RECURSO.

VOTO

Não se conformando com a R. decisão de fls. 150/152 dos autos, contra ela apresenta recurso de apelação ELSON DE ANGELIS, pedindo sua reforma. O apelante foi condenado por fato de 26 de maio de 2008 e 07 de dezembro de 2009, como incurso no artigo 331, c.c. artigo 69, ambos do CÓDIGO PENAL, à pena de dois anos de detenção, em regime inicial aberto e substituída, e multa.

Nega cometimento do crime ou intenção de o praticar quanto as vítimas. Insurge-se contra o volume das penas.

Recurso tempestivo, arrazoado, respondido. Manifestando-se nos autos neste Grau o Procurador de Justiça, por seu membro oficiante nestes autos, se posicionou pelo acolhimento do pleito, alterando a sentença em seus termos e extensão. Tal posicionamento decorre do entendimento de que o desacato exige o confronto, a presença física das partes.

É O RELATÓRIO.

Acesso ao Sumário

A posição adotada pelo Procurador de Justiça oficiante, seguindo a doutrina assente, é da atipicidade da conduta posto que seria necessário, para o tipo penal de desacato, haver a presença física, o face a face entre os envolvidos. Como no caso em tela tal não se deu, de acordo com o trazido pela Defesa Apelante, é colocado o pedido de absolvição.

Realmente, assim tem sido o entendimento genérico da doutrina, mas o caso em tela revela nuances tão próprias que a visão estritamente técnica, despojada de interesse sobre o ocorrido e a origem do delito desviam da avaliação que deve sempre se fazer presente em manifestação Judicial.

Assim, "*cremos que a origem do delito se encontra no fato de se considerarem qualificadas as injúrias e ofensas para certa categoria de pessoas, como acontecia em Roma, quando as respectivas penas eram majoradas se cometidas contra magistrados*", na lição de E. Magalhães Noronha[1].

Prossegue o Insigne Professor dizendo da evolução, atualização, visão do desacato no Direito, mormente na Europa, variando a denominação inclusive para "*ultraje*". Assim chega à Argentina.

Mais à frente, tratando da ação física, "*desacatar é o verbo empregado. Exprime a ação de ofender, humilhar, espezinhar, agredir, etc. o funcionário, com o que se ofendem a dignidade, o prestígio e o decoro da função. Consiste em palavras, gritos, gestos, escritos (presente o funcionário), vias de fato e lesões corporais. Em suma, por todos os modos por que se pode ofender uma pessoa, o desacato, atendidas as exigências que se verão, pode ser praticado. Não é mister que o servidor público se sinta ofendido, basta que insultuoso seja o fato: palavrões atirados, gestos obscenos, vaia, ameaça, esputação, empurrões, bofetada, soco, agressão, etc., tudo isso dispensa a indagação se o funcionário se sentiu ofendido*"[2].

Prosseguindo e tratando especificamente da presença física entre as partes, leciona o Mestre "*não há desacato sem a presença do funcionário. É mister, entretanto, que se compreenda o que se deve entender como tal, pois o que se quer dizer não é que o ofendido e ofensor estejam frente a frente. Em regra, basta que o injuriado veja ou ouça a injúria, estando no local. Não haverá, dessarte, o crime na ofensa contida numa carta enviada ao destinatário, ou feita pelo telefone, rádio, televisão, etc., pois se a pessoa vê ou ouve a ofensa, não está, entretanto, presente*"[3]. A seguir, fala do entendimento diverso na legislação italiana.

Mas o entendimento se expande: "*tenha-se em atenção, entretanto, que também não se quer dizer que a ofensa deve ser atirada face a face do*

Acesso ao Sumário

1 Direito Penal, vol. IV, Editora Saraiva, 20ª. Ed., pg. 305.

2 Idem, pg. 308.

3 Idem. pg. 309.

funcionário. Se, v.g., numa repartição, alguém chama ladrão ao diretor que se encontra na sala contígua de porta aberta, há desacato ainda que a ofensa não tenha sido lançada vis-à-vis.

Ainda: sustenta-se perfeitamente em doutrina não ser indispensável que o ofendido veja ou ouça a injúria, bastando que esteja presente (n. 359): "A presença importa que a ofensa se verifique no mesmo lugar onde o funcionário público se encontra, de modo que ele possa ter conhecimento; não é necessário, porém, que ele veja ou possa ver o ofensor, já que a presença não é aspecto (cospetto) de que fala o art. 342"[4].

Dentro da evolução das formas de desacato, a quem se dirigia e sua extensão inclusive na interpretação, tudo como exposto acima, de se passar para o que seja manifestação em processo. É o encaminhamento dos pleitos, decisões adotadas, enfim, a comunicação com o Magistrado que preside aqueles autos. As partes, funcionários dos Cartórios onde tramitam as ações, peritos e demais relacionados com os processos se dirigem, se posicionam ao Juízo dessa forma: por escrito.

O apelante assim se dirigiu e o fez em razão do processo, tanto que as cartas são dirigidas "ao Juízo". Com instrução, inclusive, de como protocolar e envelope próprio para encaminhamento.

Assim, tenho que o apelante se apresentou perante o Juízo e se não o fez de forma física, presente, foi algum motivo que foge a qualquer prova produzida nestes autos. Optou pela correspondência, mas no intuito de espezinhar as vítimas, isso não há como negar.

As expressões utilizadas, o modo de expor o seu ponto de vista, são agressivos, aquilo que não era de se aguardar de alguém. Ademais, não é o apelante pessoa de baixo nível intelectual: se apresentou para interrogatório como comerciante o que leva à inarredável certeza de que no comércio pessoas sabem como tratar umas às outras. Não é crível que algum comerciante pretendendo ter sucesso em seu empreendimento menospreze qualquer cliente.

Nesse panorama, pretendeu e atingiu a honra das vítimas, neste caso, o Poder Público. Juízas atuantes em processo de interesse dele, sabedor disso, se dirigiu a elas com o objetivo de faltar ao respeito que a função exigia. A análise do palavreado exposto, o colocar das frases, encaminha para essa conclusão segura. Rejeito todas as ponderações da Defesa Apelante que sejam contrárias ao reconhecimento agora exposto.

A pena foi fundamentada na forma do artigo 59, do CÓDIGO PENAL e o regime prisional tem previsão legal. Rejeito todas as ponderações da Defesa Apelante que sejam contrárias ao reconhecimento agora exposto.

ISTO POSTO e o que mais dos autos consta, conhecendo do apelo

Acesso ao Sumário

4 Idem. pg. 309/310.

apresentado por ELSON DE ANGELIS, é **NEGADO PROVIMENTO AO RECURSO**.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0004776-12.2009.8.26.0363, da Comarca de Mogi Mirim, em que é apelante FREDERICO HEYDEN BELLOTTI, é apelado MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em 7ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "DERAM PARCIAL PROVIMENTO ao apelo defensivo, tão somente, para redução da suspensão da habilitação para condução de veículo automotor, cujo lapso é fixado no mínimo legal, ou seja, 02 (dois) meses, ficando mantida, no mais, a r. sentença. Com o trânsito em julgado comunique-se a autoridade de trânsito. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 20.300)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores ROBERTO MORTARI (Presidente sem voto), CAMILO LÉLLIS e AMARO THOMÉ.

São Paulo, 18 de setembro de 2014.

J. MARTINS, Relator

Ementa: APELAÇÃO – ART. 306 CTB – REALIZAÇÃO DE EXAMES PARA VERIFICAÇÃO DA EMBRIAGUEZ – ANUÊNCIA DO AGENTE – ALEGAÇÃO DE VIOLAÇÃO AO ART. 5º, LXII, DA CF – INOCORRÊNCIA – PROVA MATERIAL VÁLIDA – ENTENDIMENTO: Inexiste a arguida violação da garantia constitucional, que propicia ao acusado o direito de não produzir prova contra si mesmo (*nemo tenetur se detegere*), inerente ao preceito insculpido no artigo 5º, LXIII, da Carta Magna, quando não há discordância do acusado quanto à realização dos exames a que foi submetido, sendo irrelevante e dispensável constar ter sido ele avisado que não seria obrigado a fazer prova contra si.

PENA ACESSÓRIA – ART. 293 CTB – SUSPENSÃO DA HABILITAÇÃO – FIXAÇÃO – CRITÉRIO: O

Acesso ao Sumário

art. 293 do Código de Trânsito fixa a pena de suspensão ou proibição de se obter permissão ou a habilitação para dirigir veículo automotor num prazo de 02 (dois) meses a 05 (cinco) anos, devendo ser ela fixada levando-se em consideração os mesmos critérios que culminaram com o *quantum* da reprimenda corporal.

VOTO

FREDERICO HEYDEN BELLOTTI foi denunciado, perante a Terceira Vara Judicial da Comarca de Mogi Mirim (Ação Penal nº 244/09), como incurso no art. 306 da Lei 9.503/97, por fato praticado em 16 de novembro de 2008.

A denúncia foi recebida em 23 de setembro de 2009 (fls. 26), sendo o apelante citado (fls. 36/v.) com oferecimento de defesa preliminar, pugnando a concessão da suspensão condicional do processo (fls. 40).

Realizada a audiência para os fins do art. 89 da Lei nº 9099/95, aceitou o apelante a proposta feita pelo Ministério Público, que foi homologada com a suspensão do processo em 07 de junho de 2010 (fls. 65/66). Aos 06 de junho de 2012, por não ter o apelante cumprido as condições impostas, foi revogado o benefício (fls. 93/94), seguindo-se a instrução e o interrogatório (fls. 128 – mídia digital CD).

Sobreveio sentença, aos 15 de julho de 2013, que condenou FREDERICO, por infração ao art. 306 do Código de Trânsito Brasileiro, a **06 (seis) meses de detenção, em regime aberto, e ao pagamento de 10 (dez) dias-multa, cumulada com suspensão da habilitação para dirigir veículo automotor pelo prazo de 06 (seis) meses, sendo substituída a pena corporal por uma pena restritiva de direitos consistente na prestação de serviços à comunidade** (fls. 145/150).

Inconformada apelou a defesa. Busca a absolvição sob a alegação de que são imprestáveis as provas materiais carreadas aos autos, pois o apelante não foi advertido de seu direito de não produzir prova contra si mesmo, violando-se, assim, o art. 5º, LXIII, da Constituição Federal, razão pela qual a provas obtidas por meio de teste do etilômetro, bem como pelo exame toxicológico do sangue são ilícitas (fls. 169/180).

O Ministério Público ofereceu as contrarrazões (fls. 185/191) e a douta Procuradoria Geral de Justiça, em seu parecer, opinou pelo improvimento do recurso (fls. 196/200).

É O RELATÓRIO.

Narra a inicial acusatória que, em 16 de novembro de 2008, o apelante conduziu veículo automotor em via pública sob influência de álcool, expondo a dano potencial a incolumidade de outrem, tendo, inclusive, perdido a direção e

Acesso ao Sumário

atolado em um canteiro central (fls. 01d/02d).

A absolvição tal como pleiteada pela combativa defesa não merece prosperar.

Diversamente do sustentado, a materialidade delitiva está demonstrada pelo resultado do exame do teste de alcoolemia, constante de fls. 11, realizado por intermédio de etilômetro, popularmente conhecido como "bafômetro", que se encontrava dentro do prazo de validade de sua última verificação anual pelo INMETRO, que constatou ter sido o limite legal superado.

Não bastasse isso, o laudo pericial de dosagem alcoólica no sangue também concluiu que o denunciado tinha concentração de 2,3 decigramas de álcool etílico por litro (fls. 10).

E a realização desses exames ocorreu com a anuência do apelante o que se constata através de sua assinatura na tira emitida pelo bafômetro (fls. 11), pela autorização escrita em sede policial para a coleta de sangue (fls. 04) e por suas declarações nos autos.

Na fase policial confessou a prática do crime, narrando que no dia dos fatos estava em uma festa e deixou o local conduzindo seu veículo e que, na Rodovia SP 147, perdeu o controle do mesmo caindo no canteiro central. Disse que ingeriu bebida alcoólica na festa e que o policial lhe submeteu ao teste do bafômetro que acusou embriaguez. Acrescentou que foi conduzido à delegacia onde autorizou a coleta de sangue (fls. 17/v.).

Interrogado em Juízo, ratificou tranquilamente a versão dada em sede policial, confirmando ter conduzido veículo automotor alcoolizado, e que se submeteu a exame para atestar a embriaguez (fls. 128 – mídia digital CD).

O Policial Militar Alessandro, em suas declarações judiciais, disse que encontrou o veículo do apelante atolado no canteiro central da rodovia e ao abordá-lo, percebeu que ele estava totalmente embriagado, esclarecendo que foi ele submetido a exames para a constatação de seu estado (fls. 100 – mídia digital CD).

Não existem ilegalidades nas provas obtidas.

Inexiste, no caso em tela, a arguida violação da garantia constitucional, que propicia ao acusado o direito de não produzir prova contra si (***nemo tenetur se detegere***), inerente ao preceito insculpido no artigo 5º, LXIII, da Carta Magna, uma vez que não houve nenhum dissenso do acusado quanto à realização dos exames a que foi submetido, sendo irrelevante e dispensável, constar ter sido ele avisado que não seria obrigado a fazer prova contra si.

Tudo quanto carreado aos autos é suficiente para a configuração do crime previsto no art. 306 da Lei 9.503/97.

Inviável, portanto, sua absolvição, até porque sua responsabilidade

Acesso ao Sumário

criminal ficou bem demonstrada.

Primário, teve a pena acertadamente mantida no mínimo legal e, corretamente, substituída por pena restritiva de direitos.

No entanto, pequeno reparo merece a pena acessória de suspensão da CNH.

O art. 293 do Código de Trânsito fixa a pena de suspensão ou proibição de se obter permissão ou a habilitação para dirigir veículo automotor num prazo de 02 (dois) meses a 05 (cinco) anos, devendo ser ela fixada levando-se em consideração os mesmos critérios que culminaram com o ***quantum*** da reprimenda corporal.

No caso presente, portanto, adotados os mesmos critérios da fixação da pena privativa de liberdade, a suspensão deve ser mantida em 02 (dois) meses, no mínimo legal.

Nada mais há para ser modificado.

Diante do exposto, **DÁ-SE PARCIAL PROVIMENTO** ao apelo defensivo, tão somente, para redução da suspensão da habilitação para condução de veículo automotor, cujo lapso é fixado no mínimo legal, ou seja, 02 (dois) meses, ficando mantida, no mais, a r. sentença. Com o trânsito em julgado comunique-se a autoridade de trânsito.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0001411-20.2012.8.26.0435, da Comarca de Pedreira, em que é apelante MARCELO DE SOUZA LIMA, 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 16073)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores EUVALDO CHAIB (Presidente) e LUIS SOARES DE MELLO.

São Paulo, 30 de setembro de 2014.

EDISON BRANDÃO, Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: APELAÇÃO – USO DE DOCUMENTO FALSO – Absolvição – Autoria e materialidade delitiva devidamente comprovadas – Laudo para

constatação da falsidade que é prescindível diante da apresentação do próprio histórico escolar falsificado e da declaração da escola, no sentido que o acusado não cursou naquele local, além da confissão do acusado – Condenação que é medida de rigor – Inviabilidade de reconhecimento do arrependimento posterior, uma vez que não se trata de delito patrimonial ou com efeitos patrimoniais, além do acusado somente ter sido descoberto pela investigação social – Sentença que bem analisou o quadro probatório, devendo ser mantida por seus próprios fundamentos, pois ausentes fatos novos em razão da reiteração das alegações finais – Penas criteriosamente fixadas – Condenação era de rigor – Sentença mantida – Recurso defensório desprovido.

VOTO

Cuida-se de recurso de apelação interposto por **MARCELO DE SOUZA LIMA** contra a r. sentença (fls. 128/129) que o condenou como incurso nas sanções do art. 304 c.c. art. 297, ambos do Código Penal, à pena de 2 (dois) anos de reclusão e mais 10 (dez) dias-multa fixados no mínimo legal, concedendo-lhe a substituição da pena privativa de liberdade por pena restritiva de direitos, nos termos do art. 44 do Código Penal, consistente na prestação de serviços comunitários, pelo mesmo período da pena privativa de liberdade originalmente aplicada e outros 10 (dez) dias-multa.

Irresignada, a Defesa apelou buscando a absolvição, uma vez que o magistrado de primeiro grau dispensou a realização de laudo pericial, sendo este imprescindível para a comprovação da materialidade. Subsidiariamente, busca a diminuição das penas pelo arrependimento posterior (fls. 139/147).

Contrarrazoado o recurso (fls. 149/151), a douta Procuradoria Geral de Justiça manifestou-se pelo improvimento do apelo (fls. 155/158).

Relatei.

O recurso não comporta provimento.

A imputação é a de que, no dia 16.03.2012, em horário incerto, nas dependências da Prefeitura Municipal de Pedreira, situada na praça Epitácio Pessoa, nº 03, Centro, naquela Cidade e Comarca de Pedreira, o acusado fez uso de documento público falsificado, qual seja, histórico escolar a que se refere o art. 297 do Código Penal.

Segundo a denúncia, após ser aprovado em concurso público promovido pela Prefeitura de Pedreira, para preenchimento de vaga de Guarda Municipal,

Acesso ao Sumário

o acusado deveria comprovar a conclusão do ensino médio para assunção do cargo. Por conseguinte o acusado adquiriu, pela quantia de R$ 50,00 (cinquenta reais), na cidade de São Paulo, um histórico escolar da Escola Estadual Professor Colombo de Almeida, fornecendo, para a confecção do documento, seus dados pessoais. Em seguida, o réu apresentou o documento falso na Secretaria de Segurança e Cidadania de Pedreira. Ocorre que, em procedimento de investigação social, realizado na referida Secretaria, foi contatada a Escola Estadual Professor Colombo de Almeida, verificando-se a falsidade do histórico escolar, pois o agente não estudou em tal instituição.

A materialidade e a autoria do crime são incontestes, conforme documentação juntada aos autos, a saber, determinação de instauração de inquérito policial (fls. 02), Ofício da Prefeitura, encaminhando a documentação oriunda da Secretaria de Segurança de Pedreira, para providências legais cabíveis quanto ao noticiado por aquela secretaria, de apresentação de Certificado de Conclusão falsificado em concurso público (fls. 02/20), cópia do edital de abertura do concurso (fls. 22/40), ofício da E. E. Professor Colombo de Almeida, informando que o acusado não foi aluno daquela Unidade Escolar, e que o RM 8712 pertence a outro aluno e o Secretário e Diretor não foram daquela Unidade Escolar (fls. 55), documentos (fls. 56/71), e declarações prestadas na delegacia e em juízo (fls. 43, 73/74, 112).

A defesa, contudo, não trouxe qualquer fato novo, nulidade, linha de raciocínio ou mesmo argumentação diversos daqueles já ofertados antes da r. sentença de 1º grau.

Seus apelos limitam-se a reproduzir os mesmos fundamentos e argumentações das alegações finais, já rechaçados acuradamente pelo MM. Juiz *a quo*.

De outro lado, a r. sentença examinou toda a matéria posta, em profundidade, afastando as alegações esposadas de insuficiência probatória e o pleito de diminuição das penas ante o arrependimento posterior, valorando toda a prova de forma profunda e técnica.

Acesso ao Sumário

Com efeito, não obstante a ausência de laudo pericial, as provas trazidas aos autos são robustas a comprovar a materialidade do delito.

Em juízo, o acusado confessou a prática do crime. Afirmou que fez a prova do Enem e segundo informações que recebeu só tiraria seu diploma depois de um ano e meio. Depois, consultou a Delegacia de Ensino e disseram que em trinta dias sairia seu diploma. Esclareceu, ainda, que não cursou o ensino médio. Diante da divergência de informações e do prazo para retirar o histórico, resolveu vir a São Paulo, conversou com um homem que lhe disse que providenciaria o documento mediante o pagamento de R$ 50,00 (cinquenta reais). Estava nervoso e acabou aceitando, pagando metade na hora e a outra

metade ao retirar o documento. Quando entregou o documento na Prefeitura de Pedreira lhe foi indagado se havia estudado naquela escola e de pronto afirmou que não. (grifei).

Assim, o acusado confirmou que não cursou o ensino médio e que adquiriu o aludido atestado escolar por R$ 50,00 (cinquenta reais) em São Paulo.

Igualmente, o ofício da Escola Estadual Professor Colombo de Almeida, constou que o acusado não foi aluno daquela Unidade Escolar, e que o RM 8712 pertence a outro aluno e o Secretário e Diretor não foram integrantes daquela Unidade Escolar (fls. 55).

Igualmente, há o edital de abertura do concurso contendo como exigência para o cargo ao qual o acusado se inscreveu, ter cursado o ensino médio completo (fls. 22/10 (sic)).

Foram juntadas as documentações apresentadas pelo acusado para tomar posse no cargo, estando o histórico escolar falsificado (fls. 56/57v), ficha de investigação social preenchida pelo acusado (fls. 62/69), e declaração subscrita pelo acusado, informando que as declarações eram verdadeiras (fls. 70).

Assim, não obstante a ausência do laudo pericial, há vários outros documentos que comprovam a materialidade do delito, além da confissão do acusado, dentre eles o próprio histórico escolar falsificado e o ofício da escola informando que o acusado não estudou naquele local.

Quando o art. 158 do Código de Processo Penal dispõe sob a imprescindibilidade de laudo pericial quando a infração deixa vestígios, não podendo ser suprido pela confissão, tal dispositivo não determina que tal laudo seja realizado, ainda quando tal providência é supérflua, como nos autos, em que há nos autos o próprio documento falsificado, e outros pontos que comprovam a falsificação, não se necessitando de conhecimento técnico para tal constatação.

Destarte, no presente caso, não há qualquer ilegalidade na não realização do corpo de delito, porquanto a materialidade do delito encontra-se vastamente comprovada. Nesse sentido:

> "PROCESSUAL PENAL. *HABEAS CORPUS*. USO DE DOCUMENTO FALSO. ALEGADA AUSÊNCIA DE MATERIALIDADE DO DELITO PELA NÃO-REALIZAÇÃO DO EXAME DE CORPO DE DELITO. PRESCINDIBILIDADE. CONTRAFAÇÃO EVIDENTE. DOCUMENTO ENCARTADO NOS AUTOS. CONFISSÃO DO RÉU. TERCEIRO QUE CONFIRMA QUE NÃO FOI AUTOR DAS DECLARAÇÕES. ORDEM DENEGADA. 1. Não há ilegalidade na não-realização do exame de corpo de delito quando a existência material do crime encontra-se comprovada, tornando, assim, inútil a realização da perícia. 2. No caso, o documento falsificado encontra-se encartado nos autos, o réu confessou a prática do ilícito e o ex-empregador declarou não ser o autor das declarações. 3. Ordem denegada." (HC 141.821/RS, Rel. Ministro Arnaldo Esteves

Acesso ao Sumário

Lima, Quinta Turma, j. 15/12/2009).

Por outro lado, não há que se cogitar o reconhecimento do arrependimento posterior. Primeiramente porque nos termos do art. 16 do Código Penal, tal benesse se aplica a crimes patrimoniais ou com efeitos patrimoniais, o que não é o caso do crime em tela. Nessa toada:

> "PENAL E PROCESSO PENAL. *HABEAS CORPUS*. SENTENÇA CONDENATÓRIA. EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA. POSSIBILIDADE. SÚMULA 267/STJ. CONSTRANGIMENTO ILEGAL INEXISTENTE. CRIME DE USO DE DOCUMENTO FALSO. APRESENTAÇÃO POR EXIGÊNCIA DE AUTORIDADE POLICIAL. IRRELEVÂNCIA. CRIME IMPOSSÍVEL. NÃO-OCORRÊNCIA. ARREPENDIMENTO POSTERIOR. CRIME PATRIMONIAL OU COM EFEITO PATRIMONIAL. AUSÊNCIA DE INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA. NÃO-OCORRÊNCIA. REVALORAÇÃO DE CADA UMA DAS CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS. EXAME DO CONTEXTO FÁTICO-PROBATÓRIO INCABÍVEL NA VIA ELEITA. AFASTAMENTO DE CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS. RECURSO EXCLUSIVO DA DEFESA. MANUTENÇÃO DA PENA-BASE. *REFORMATIO IN PEJUS*. ORDEM PARCIALMENTE CONCEDIDA. 1. Tendo em vista que os recursos de caráter excepcional não possuem efeito suspensivo, a execução provisória do acórdão condenatório constitui efeito natural do exaurimento das vias recursais ordinárias, não importando em violação ao princípio constitucional da presunção de inocência. 2. A interposição de recurso, sem efeito suspensivo, contra decisão condenatória não obsta a expedição de mandado de prisão (Súmula 267 deste Tribunal). 3. Para a caracterização do crime de uso de documento falso, é irrelevante que o agente o use por espontânea vontade ou por exigência de autoridade policial. 4. O crime impossível somente se caracteriza quando o agente, após a prática do fato, jamais poderia consumar o crime pela ineficácia absoluta do meio empregado ou pela absoluta impropriedade do objeto material, nos termos do art. 17 do Código Penal. 5. No caso, o delito de uso de documento falso restou consumado com a apresentação do documento ao policial, não restando caracterizada a hipótese de crime impossível. 6. Para a aplicação da causa de diminuição de pena prevista no art. 16 do Código Penal, exige-se que o crime praticado seja patrimonial ou possua efeitos patrimoniais, sendo incabível na hipótese de crime de uso de documento falso. 7. Não constitui ofensa ao princípio da individualização da pena a decisão que, para fins de cominação da reprimenda, destaca tanto as circunstâncias que diferenciam os réus entre si quanto as que os igualam. 8. A valoração de cada uma das circunstâncias judiciais previstas no art. 59 do Código Penal demanda aprofundado exame do contexto fático-probatório, o que é inviável na via eleita. 9. Incorre em *reformatio in pejus* o acórdão que, em recurso exclusivo da defesa, desconsidera duas circunstâncias

Acesso ao Sumário

judiciais e, mesmo assim, mantém a pena-base no mesmo patamar fixado na sentença condenatória. 10. Ordem parcialmente concedida para que o Tribunal de origem, relativamente ao delito de estelionato, proceda, como entender de direito, ao recálculo da pena-base fixada, levando em consideração as circunstâncias judiciais desfavoráveis por ele retiradas." (HC 47.922/PR, Rel. Ministro Arnaldo Esteves Lima, Quinta Turma, j. 25/10/2007).

Também porque no presente caso a falsidade de documento somente foi descoberta quando da investigação social realizada para a posse, sendo que o acusado já havia entregado os documentos e inclusive assinado uma declaração confirmando que todas as informações prestadas eram verdadeiras (fls. 70).

Assim, somente depois da escola confirmar que o acusado não havia estudado lá, é que foi indagado e o apelante confirmou que não havia cursado o ensino médio, de modo que, ainda que o art. 16 do Código Penal possibilitasse tal reconhecimento, não seria o caso, porque não houve qualquer espontaneidade.

Portanto, a condenação do acusado nos moldes da denúncia é medida de rigor, devendo prevalecer.

Não há assim qualquer fato novo a ser examinado, ou nulidade a ser declarada, ou ainda irregularidade a ser suprida.

Neste passo temos que a r. sentença é de ser mantida por seus próprios e jurídicos fundamentos posto que examinou toda a matéria deduzida em juízo, e o fez bem, de forma técnica concluindo por desfecho que indubitavelmente é de ser mantido.

Nada mais quanto ao mérito, passo à análise da pena.

As penas e o regime inicial de cumprimento de penas já foram devidamente fixadas, da forma mais benéfica ao acusado, no mínimo legal, em 2 (dois) anos de reclusão, em regime inicial aberto, e mais 10 (dez) dias-multa.

Substituiu-se a pena privativa de liberdade por uma restritiva de direitos, no caso a prestação de serviços comunitários, pelo mesmo prazo de pena de prisão a serem designados pelo juízo da execução, e outros dez dias-multa (art. 44, § 2º, CP).

Nada há, pois, a ser modificado.

Posto isto, **NEGO PROVIMENTO** a apelação interposta, mantendo-se a r. sentença tal qual foi lançada.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0000821-

38.2012.8.26.0275, da Comarca de Itaporanga, em que é apelante/apelado MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO, é apelado/apelante LUIZ TORRES GARCIA JÚNIOR.

ACORDAM, em 9ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso defensivo e deram provimento ao recurso do Ministério Público para condenar o réu Luiz Torres Garcia Júnior como incurso no artigo 33, *caput*, c.c. o seu § 4º e c.c. o art. 40, inciso III, ambos da Lei nº 11.343/06, às penas de 01 (um) ano, 11 (onze) meses e 10 (dez) dias de reclusão, em regime inicial fechado, e pagamento de 194 (cento e noventa e quatro) dias-multa, no piso legal. Com o trânsito em julgado, expeça-se mandado de prisão. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 22968)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores SÉRGIO COELHO (Presidente), ROBERTO SOLIMENE e ROBERTO MIDOLLA.

São Paulo, 25 de setembro de 2014.

SÉRGIO COELHO, Relator

Ementa: Apelação. Tráfico de drogas. Sentença que condenou o réu à pena de advertência por infração ao artigo 28, da Lei nº 11.343/06. Recurso defensivo que pleiteia a absolvição por insuficiência de provas. Impossibilidade. Tese subsidiária que requer a transação penal. Afastamento. Apelo Ministerial para condenar Luiz como incurso no crime de tráfico. Acolhimento. Autoria e materialidade comprovadas. Existência de amplo conjunto probatório, suficiente para condenar o réu por tráfico de drogas. Recurso defensivo não provido, com acolhimento da irresignação ministerial.

Acesso ao Sumário

VOTO

Pela r. sentença de fls. 100/102, cujo relatório fica adotado, Luiz Torres Garcia Júnior, qualificado nos autos, foi condenado por infração ao artigo 28, da Lei 11.343/06, à pena de advertência. Anoto que a denúncia imputava ao réu o crime de tráfico de drogas (art. 33, *caput*, c.c. o artigo 40, inciso III, ambos da Lei 11.343/06).

Inconformadas, apelam ambas as partes.

A digna Defesa do réu busca a absolvição por insuficiência probatória, nos termos do artigo 386, inciso VI, do Código de Processo Penal e, subsidiariamente,

entende cabível o instituto da transação penal (fls. 108/112).

Por sua vez, o membro do Ministério Público postula pela condenação do réu nos termos da denúncia (fls. 122/129).

Os recursos foram regularmente processados, com contrarrazões (fls. 120/121 e 132/139), manifestando-se a douta Procuradoria Geral de Justiça pelo não provimento do apelo defensivo, com acolhimento do recurso ministerial (fls. 144/147).

Este é o relatório.

Malgrado o respeitável entendimento do d. Magistrado sentenciante, o provimento do recurso ministerial efetivamente se impõe, não podendo subsistir a desclassificação operada em Primeira Instância. Ora, as provas constantes dos autos eram, como efetivamente são, mais do que suficientes para embasar uma condenação por tráfico.

Realmente, ficou bem comprovado que nas circunstâncias de tempo e lugar descritas na peça acusatória, o acusado Luiz Torres Garcia Júnior, vulgarmente conhecido como "*Giraia*", expunha à venda, tinha em depósito, guardava, trazia consigo e fornecia, para o consumo alheio, droga consistente em *cocaína*, tratando-se de 05 (cinco) papelotes embalados em papel alumínio, com peso bruto de 2,7g.

Segundo o apurado, os milicianos estavam em patrulhamento de rotina, quando observaram movimentação suspeita no interior do banheiro do "Recinto de Festas do CDHU – I", oportunidade em que surpreenderam o acusado Luiz oferecendo certa substância a dois indivíduos que o acompanhavam. Ao vislumbrar os policiais, Luiz dispensou algo no chão do banheiro, o que os policiais militares constataram se tratar de 05 (cinco) papelotes de *cocaína*, embalados em papel alumínio, prontos para o comércio e, ainda, no *shorts* do réu, encontraram a quantia em dinheiro no valor de R$ 160,00 (cento e sessenta reais).

Assim, pelos testemunhos dos policiais, bem como pela forma como estavam embalados os papelotes de *cocaína*, além das circunstâncias em que se deu a prisão do acusado, tratando-se de crime perpetrado em local de atividade recreativa, recinto onde se realizavam espetáculos e diversões públicas, não há dúvida de que a droga apreendida se destinava à traficância (fls. 02-d/03-d).

Importa assinalar que o acusado Luiz, na fase preparatória da ação penal, disse que o policial militar o abordou dentro do banheiro sanitário da festa em que se encontrava, bem como o algemou e o levou para a delegacia. Acrescentou que foi apreendida a quantia de, aproximadamente, R$ 152,00 (cento e cinquenta e dois reais), que estava em seu bolso. Negou a prática do tráfico e disse que não portava nenhuma droga (fls. 09). Em Juízo, também negou a prática do ilícito e afirmou que é somente usuário. No dia do ocorrido, contou que estava próximo

Acesso ao Sumário

ao banheiro e comprou uma porção de *cocaína* por R$ 50,00 (cinquenta reais) e quando foi usar o entorpecente foi abordado por policiais (fls. 103-CD).

As versões apresentadas pelo acusado, todavia, são frágeis e estão dissociadas do conjunto probatório existente nos autos. Além disso, se mostraram contraditórias, pois na delegacia afirmou que não trazia nenhuma droga, ao passo que em Juízo alegou que a droga encontrada com ele era para o seu uso próprio.

Ora, os informes prestados pelos policiais militares que procederam à prisão em flagrante do réu (fls. 04, 06 e 103 – CD), acrescidos do auto de exibição e apreensão (fls. 18/20), do auto de constatação preliminar de substância entorpecente (fls. 22) e do laudo de exame químico-toxicológico (fls. 29), servem como prova cabal da materialidade delitiva e também se constituem em importantes elementos de prova para a definição da autoria e formação do juízo de culpabilidade.

De fato, os policiais militares Aniel Tonon Garcia e Claudenilson José de Almeida, ouvidos sob o crivo do contraditório, deram plena conta do ocorrido, confirmando os fatos acima reproduzidos e, consequentemente, o quadro de tráfico de drogas envolvendo o réu. Anote-se que tanto em solo policial quanto em pretório, os milicianos, em depoimentos coerentes e harmônicos, disseram que realizavam patrulhamento de rotina pelo local da festa, quando viram uma movimentação estranha em direção ao banheiro. Afirmaram que receberam várias denúncias anônimas da ocorrência do tráfico de drogas envolvendo o réu. Diante de tais fatos, se dirigiram até o referido banheiro, quando surpreenderam o acusado oferecendo algo a dois indivíduos que o acompanhavam. Ao avistar os policiais, o réu dispensou 05 (cinco) papelotes de um pó branco, semelhante à *cocaína*, envolto em papel alumínio pronto para o comércio e, ainda, em seu bolso os policiais localizaram a quantia de R$ 160,00 (cento e sessenta reais) em dinheiro (fls. 04, 06 e 103 – CD).

Registre-se que não há razão para se duvidar da veracidade dos relatos dos agentes policiais, que merecem fé até prova em contrário, assim como o de qualquer pessoa idônea. A presunção *juris tantum* de que agiram 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, quanto aos atos de diligência, prisão e apreensão, 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.

Acesso ao Sumário

Nem se deve esquecer, outrossim, que na rotina judiciária é muito comum a prova ficar restrita aos informes prestados pelos agentes policiais. Aliás, não raras vezes, as pessoas que presenciam a abordagem policial pedem para que

não sejam arroladas como testemunhas, ou, quando não, tratam de se afastar rapidamente do local, com receio de represálias.

Por sua vez, Pablo Raman Caetano e Rodinei de Oliveira disseram que estavam no banheiro da festa de "Peão do Boiadeiro", quando o réu chegou ao local e perguntou se eles tinham dinheiro para comprar cerveja, mas, neste momento, chegaram os policiais militares, oportunidade em que o réu dispensou algo no chão. Acrescentaram que são usuários de drogas (fls. 07 e 08). Contudo, em Juízo Pablo modificou sua versão e disse que estava no local dos fatos com o réu, se juntaram para comprar drogas e foram ao banheiro para usá-las, ocasião em que foram abordados (fls. 103 – CD).

Anoto, por oportuno, que os depoimentos de Pablo e Rodinei são contraditórios e não têm o condão de desautorizar as palavras dos policiais, que, conforme já mencionado, possuem credibilidade, máxime porque se harmonizam com o conjunto probatório.

Cumpre não olvidar, por outro lado, em consonância com o melhor entendimento jurisprudencial, que o crime de tráfico de drogas, além de ser de mera conduta, é de ação múltipla e conteúdo variado, não havendo que se falar na prática de atos de mercancia para a sua configuração. Neste sentido: "*Não é indispensável a prova efetiva do tráfico para a formação de um juízo de certeza, pois tal convencimento pode resultar satisfatoriamente comprovado pelo conjunto de indícios e circunstâncias que cercam o agente envolvido.*" (RT 729/542). "*Para a caracterização do tráfico de entorpecente, irrelevante se torna o fato de que o infrator não foi colhido no próprio ato da venda da mercadoria proibida. Ademais, esse delito é de caráter permanente, consumando-se com a detenção do tóxico pelo agente para comercialização".* (RT 714/357). "*O crime de tráfico de entorpecentes é configurado ainda que não haja venda de tóxico, mas evidenciada somente a posse do produto destinado a consumo de outrem. Configurando crime de perigo abstrato, o tráfico não exige efetiva oferta da droga a terceiro, pois o bem jurídico tutelado é a saúde pública. É condenável a simples possibilidade de distribuição (gratuita ou onerosa) do entorpecente*". (RT 776/663).

Nessa conjuntura, é bem de ver que a condenação do réu como incurso no art. 33, *caput*, da Lei 11.343/06, é medida que se impõe. De fato, as circunstâncias da apreensão, bem esclarecidas nos seguros relatos dos policiais militares, acrescidas das contradições existentes nos depoimentos dos amigos do réu e, ainda, do fato de Luiz ser conhecido no meio policial, não deixam dúvida de que o acusado estava efetivamente envolvido com o tráfico de drogas, não havendo que se falar, portanto, em absolvição ou em desclassificação da conduta para a prevista no artigo 28 da Lei 11.343/06.

Consigne-se, ainda, por relevante, que o fato de Luiz ser usuário de droga não afasta a condição de traficante, na medida em que os usuários,

Acesso ao Sumário

frequentemente, também passam a comercializar entorpecentes, justamente para obter dinheiro e garantir o vício e o próprio sustento, acrescentando-se, por oportuno, que uma conduta não exclui a outra.

Sendo assim, passo à dosimetria das penas.

Em atenção às circunstâncias judiciais previstas no artigo 59, do Código Penal, fixo a básica no mínimo legal, ou seja, 05 (cinco) anos de reclusão e pagamento de 500 (quinhentos) dias-multa, no unitário mínimo legal.

Na segunda fase, as penas permaneceram inalteradas ante a ausência de circunstâncias agravantes e atenuantes.

Na terceira etapa, aumento as penas em 1/6 pela causa especial de aumento de pena prevista no inciso III, do art. 40, da *Lei de Drogas*, pois o crime se deu em local recreativo da cidade, onde se realizava uma festa, o que foi até mesmo confirmado pelo réu. Na sequência do cálculo dosimétrico, entendo que o réu preenche todos os requisitos previstos no § 4º, do artigo 33, da Lei nº 11.343/06, e, além disso, ressalto que o peso líquido da droga apreendida não é tão expressivo. Ademais, as testemunhas de defesa, quando questionadas pelo nobre Magistrado sentenciante, confirmaram que o réu trabalhava em uma fábrica. Assim, reduzo as penas na fração de 2/3 (dois terços), tornando-as definitivas em 01 (um) ano, 11 (onze) meses e 10 (dez) dias de reclusão, e ao pagamento de 194 (cento e noventa e quatro) dias-multa, no piso legal.

Cumpre ponderar, ademais, que a gravidade do crime, informada pelas circunstâncias do fato, bem esclarecidas nos relatos dos policiais, recomenda a fixação do regime fechado para início de cumprimento da pena privativa de liberdade, como resposta adequada à reprovação e prevenção da conduta praticada pelo réu (art. 33, § 3º, do Código Penal). Anoto, neste passo, que o fato de se reconhecer o tráfico privilegiado não afasta o caráter hediondo da conduta imputada ao apelante. Nesse diapasão, tem decidido o Col. Superior Tribunal de Justiça: "1. *Embora o legislador tenha previsto a possibilidade de reduzir as sanções do agente primário, de bons antecedentes, que não se dedica a atividades criminosas e nem integra organização criminosa (art. 33, parágrafo 4º, da Lei n° 11.343/2006), as razões que o levaram a qualificar o tráfico ilícito de entorpecentes como equiparado a hediondo subsistem em sua integralidade, vez que os critérios que permitem a diminuição da pena não têm o condão de mitigar o juízo de reprovação incidente sobre a conduta delituosa em si mesma, que continua sendo a de tráfico ilícito de drogas. 2. Porque evidenciada a hediondez da figura insculpida no parágrafo 4º do art. 33, da Nova Lei de Drogas, não há que se falar em afastamento da Lei n° 11.464/2007 nessas hipóteses. 3. A Lei n° 11.464/2007, introduzindo nova redação ao art. 2°, parágrafo 1º, da Lei 8.072/90, estabeleceu o regime inicial fechado para o resgate da reprimenda firmada em relação aos mencionados delitos*" (STJ – HC 143361-SP, Rel. Min. JORGE MUSSI, em 23/02/2010).

Acesso ao Sumário

Ademais, convém salientar que, malgrado a recente decisão do Pretório Excelso, as circunstâncias da apreensão bem como a natureza do entorpecente apreendido – cocaína, droga de maior incidência, atualmente, causadora de dependência química rápida e danos irreversíveis –, também tornam impossível a concessão de penas alternativas no caso concreto dos autos.

Por fim, descabe o instituto de transação penal, o que se afigura impossível em caso de condenação por tráfico de drogas, crime hediondo, cuja sanção abstratamente prevista não permite a aplicação de nenhum dos institutos despenalizadores.

Ante o exposto, **a)** nego provimento ao recurso defensivo; **b)** dou provimento ao recurso do Ministério Público para condenar o réu Luiz Torres Garcia Júnior como incurso no artigo 33, *caput*, c.c. o seu § 4º e c.c. o art. 40, inciso III, ambos da Lei nº 11.343/06, às penas de 01 (um) ano, 11 (onze) meses e 10 (dez) dias de reclusão, em regime inicial fechado, e pagamento de 194 (cento e noventa e quatro) dias-multa, no piso legal. Com o trânsito em julgado, expeça-se mandado de prisão.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0054804-47.2012.8.26.0114, da Comarca de Campinas, em que são apelantes L.A.C.S., F.N.S.O. e J.H.P., é apelado MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em 5ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento aos recursos defensórios de L.A.C.S. e F.N.S.O., afastando-se, *ex officio*, suas penas de multa cominadas por infração ao art. 159, § 1º do Código Penal, e deram parcial provimento ao recurso do réu J.H.P., para reconhecer a causa especial de diminuição de pena prevista no § 4º do art. 159 do Código Penal, reduzindo sua pena por infração ao art. 159, § 1º, do Código Penal, a 09 anos e 04 meses de reclusão, mantida no mais a r. sentença. Comunique-se. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 23455)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores JUVENAL DUARTE (Presidente sem voto), TRISTÃO RIBEIRO e SÉRGIO RIBAS.

São Paulo, 9 de outubro de 2014.

JOSÉ DAMIÃO PINHEIRO MACHADO COGAN, Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: Apelação criminal. Extorsão mediante sequestro e roubo qualificado. Preliminar de nulidade. Rejeitada. Pretensão de absolvição ao argumento de insuficiência probatória. Pedidos subsidiários visando a redução das reprimendas e fixação de regimes mais benéficos. Conjunto probatório robusto a sustentar a condenação. Penas e regime bem aplicados. Reconhecimento da delação premiada para o corréu J. que com sua informação sobre o local do cativeiro abreviou a localização da vítima. Recursos improvidos e provido parcialmente o recurso de J..

VOTO

L.A.C.S. foi condenado por infração ao artigo 157, § 2º, incisos I e II, c.c. o art. 29, na forma do art. 70, por cinco vezes e artigo 159, § 1º, na forma do art. 69, todos do Código Penal, respectivamente, às penas de 07 anos, 01 mês e 10 dias de reclusão, em regime fechado, e pagamento de 17 dias-multa no piso inferior, e 12 anos de reclusão, em regime fechado, e pagamento de 10 dias-multa no piso inferior. Negado o apelo em liberdade.

F.N.S.O. foi condenado por infração ao artigo 157, § 2º, incisos I e II, c.c. o art. 29, na forma do art. 70, por cinco vezes e artigo 159, § 1º, na forma do art. 69, todos do Código Penal, respectivamente, às penas de 08 anos, 03 meses e 16 dias de reclusão, em regime fechado, e pagamento de 18 dias-multa no piso inferior, e 14 anos de reclusão, em regime fechado, e pagamento de 11 dias-multa no piso inferior. Negado o apelo em liberdade.

J.H.P. foi condenado por infração ao artigo 157, § 2º, incisos I e II, c.c. o art. 29, na forma do art. 70, por cinco vezes e artigo 159, § 1º, na forma do art. 69, todos do Código Penal, respectivamente, às penas de 08 anos, 03 meses e 16 dias de reclusão, em regime fechado, e pagamento de 18 dias-multa no piso inferior, e 16 anos e 04 meses de reclusão, em regime fechado, e pagamento de 12 dias-multa no piso inferior. Negado o apelo em liberdade (fls. 457/494).

Acesso ao Sumário

Irresignada apela a d. defesa de J. postulando preliminarmente a declaração de nulidade da r. sentença, para correção de vício de motivação, decorrente da não apreciação de tese defensiva de aplicação da causa de diminuição da pena prevista no § 4º do art. 159 do Código Penal. No mérito, pretende a absolvição ao argumento de estar provado que o réu não participou do roubo. Subsidiariamente, pretende o reconhecimento da continuidade delitiva entre os delitos de roubo e de extorsão mediante sequestro; o afastamento das qualificadoras do roubo; o reconhecimento da causa de diminuição inscrita no § 4º do art. 159 do Código Penal, em seu grau máximo; a aplicação de regime de

cumprimento de pena diverso do fechado e a concessão do direito de apelar em liberdade (fls. 529/548).

A d. defesa de F. postula a reforma da r. sentença, que não analisou todas as teses defensivas, para absolver o apelante por insuficiência probatória. No mérito, almeja a redução da pena para o mínimo legal, o reconhecimento da ocorrência de crime único ou da continuidade delitiva, e aplicação das qualificadoras na fração mínima legal (fls. 560/587).

A d. defesa de L. postula a absolvição por insuficiência probatória. Subsidiariamente, pretende a fixação da pena-base no patamar mínimo, o reconhecimento do *conatus*, o reconhecimento da participação de menor importância (art. 29, § 1º, do Código Penal), a redução da pena pela confissão, a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos e a fixação do regime aberto (fls. 597/610).

Foram contrariados os reclamos (fls. 615/625).

A douta Procuradoria de Justiça é pelo improvimento dos recursos (fls. 633/648).

É o relatório.

De início, cumpre consignar que o pedido do réu J. de concessão do direito de aguardar o julgamento do apelo em liberdade está prejudicado, porque a pretensão recursal está sendo analisada nesta ocasião.

Quanto à preliminar arguida de pretensão de reconhecimento da nulidade da r. sentença por suposta falta de motivação, pelo não enfrentamento de todas as teses defensivas, tem-se que esta não merece prosperar.

A r. sentença está suficientemente fundamentada e preenche os requisitos legais.

O i. magistrado sentenciante formou seu livre convencimento amparado no conjunto probatório cotejado aos autos, entendendo ser o caso de condenação dos apelantes.

As teses defensivas se contrapõem ao decidido pelo i. magistrado, que não fica obrigado a rebater cada uma das teses, bastando motivar seu convencimento.

Anota **BASILEU GARCIA** de que "*não necessitará (o sentenciante), ao justificar sua convicção, preocupar-se em dar resposta a todas as questões emergentes no processo. Muitas serão de improcedência manifesta e seria levar longe demais o cumprimento do dever de motivação o pretender-se que o juiz tenha de demonstrar as mais resplandecentes evidências. Do seu bom-senso espera-se que selecione, para discutir, o que infunda impressão de verossimilhança, ou mesmo que não infunda, o que se entremostre de certo relevo para o procurado desfecho*" (Comentários ao Código de Processo Penal, vol. III, 1945, p. 476).

Acesso ao Sumário

Fica, portanto, afastada a preliminar suscitada.

Consta da denúncia que no dia (...), na oficina mecânica e funilaria "(...)", os apelantes subtraíram em proveito comum, mediante grave ameaça exercida com emprego de arma de fogo, um aparelho celular da marca Motorola Nextel, pertencente a M.J.P. o veículo GM Zafira, placas DVS 4779 e cerca de R$ 700,00 (setecentos reais) em dinheiro, pertencentes a R.G.C.; um aparelho de telefone celular da marca Motorola, pertencente a F.J.; um aparelho de telefone celular da marca Motorola, modelo Ferrari, pertencente a R.L.R.; e uma carteira contendo documentos pessoais e a quantia de R$ 180,00 (cento e oitenta reais) em dinheiro, além de um aparelho celular, pertencentes a R.S.F..

Consta, ainda, que a vítima R.S.F. foi sequestrada pelos apelantes, com o fim de obterem vantagem em dinheiro, como condição ou preço de resgate. O sequestro durou mais de 24 horas.

Os nomes das vítimas e testemunhas foram protegidos nos termos do Provimento nº 32/00 da CGJ (fls. 375).

Em data anterior, os réus deliberaram sequestrar a vítima R.S.F., que era primo de J..

Na data dos fatos os réus se dirigiram à oficina mecânica em um Fiat Uno, placas (...), pertencente a L. e que era conduzido por J.. L. e F. desembarcaram do veículo e adentraram à oficina, onde mediante emprego de uma arma de fogo empunhada por este, subjugaram os clientes e funcionários que ali estavam, recolhendo seus pertences, além do veículo Zafira que ali estava.

Em seguida, obrigaram R.S.F., que prestava serviços na oficina, a entrar no veículo Zafira roubado, evadindo-se do local.

Ato contínuo os réus abandonaram o veículo Zafira e determinaram que R.S.F. ingressasse no veículo Fiat/Uno, que era conduzido por J., que os levou até sua casa, onde a vítima permaneceu amarrada por dois dias, sob vigilância dos três increpados.

Durante esse período, os sequestradores fizeram contatos telefônicos com o genitor de R.S.F., exigindo o pagamento da quantia de R$ 60.000,00 (sessenta mil reais), como condição de sua libertação.

Acesso ao Sumário

Dois dias depois do sequestro os policiais lograram surpreender J. em um telefone público, de onde falava com o genitor da vítima. L. estava nas imediações do local, na condução de seu veículo.

J. acabou por indicar o local de cativeiro de R.S.F., que estava sozinho, amarrado pelos pés e pelas mãos.

No local ainda foram apreendidos os aparelhos celular roubados, cinco munições intactas e dezoito munições deflagradas.

No mérito, o inconformismo dos apelantes não prospera.

A materialidade está comprovada pelas provas colhidas (fls. 13/14, 20, 46/48, 79/84 e 185/196), sendo certa também a autoria.

J. afirmou que juntamente com os comparsas decidiu sequestrar seu primo. L. e F. (vulgo "F.") entraram na oficina e roubaram as pessoas que ali estavam, bem como o veículo de um taxista, no qual a vítima foi colocada. Permaneceu no veículo de L., para onde em seguida transferiram a vítima que estava vendada. Dirigiram-se para sua residência, onde a vítima foi colocada em um pequeno quarto improvisado com um colchonete. "F." entrou em contato com o genitor da vítima exigindo o resgate, mas este se disse impossibilitado de pagar o valor exigido. Então determinaram à vítima que escrevesse um bilhete pedindo resgate de R$ 15.000,00 (quinze mil reais), que foi colocado em um dos tênis da vítima e levado até as proximidades da residência de seu genitor. Realizaram outros contatos com o genitor da vítima, de um telefone público, sendo que no último contato foi surpreendido pela polícia. L. estava sentado em seu veículo no local e também foi preso. Indagado informou aos policiais a localização do cativeiro, onde a vítima foi encontrada, mas "F." não foi localizado (fls. 34/36). Disse que pretendia cometer apenas a extorsão mediante sequestro, incentivado pela própria vítima que teria participação no crime e precisava do dinheiro para pagamento de dívida com droga. Alega que L. não sabia de nada, que apenas o teria levado ao local em que resolveu telefonar para pedir o dinheiro do resgate, após terem comido um pastel. Afirma que não conhecia F.. "F." seria um amigo da vítima R.S.F. (fls. 395).

L. disse que sua única participação nos delitos foi conduzir seu veículo Fiat/Uno, placas (...) para levar o amigo J. para fazer os contatos nos telefones públicos. Nega ter participado do roubo e do sequestro, sendo que não transportou a vítima em seu veículo e não sabia que J. a mantinha em cativeiro em sua própria casa (fls. 37/38). Disse que era amigo de J., a quem ajudava sempre que precisava, levando-o em seu carro. Estavam andando olhando mulheres na "zona", então pararam em um bar para beber uma cerveja e J. lhe disse que ia telefonar para a mulher, ocasião em que foram presos (fls. 386).

F. invocou o direito de permanecer em silêncio, mas disse que não conhecia J. e L. (fls. 105/106). Negou a prática delitiva, disse não ter amizade alguma com os corréus, conhecendo-os de vista. Alega que estava trabalhando no dia dos fatos. Não soube explicar por que as vítimas o reconheceram (fls. 387).

Todavia, sua negativa de autoria restou isolada no conjunto probatório amealhado nos autos.

A vítima do sequestro R.S.F. disse que J., seu primo, não entrou na oficina quando do roubo, sendo que foi obrigado por dois indivíduos a entrar no veículo GM Zafira de um cliente, com o qual se evadiram do local. Em seguida

Acesso ao Sumário

o obrigaram a passar para outro veículo, que provavelmente era conduzido por J., então após cerca de 40 minutos foi levado a um pequeno quarto escuro em uma casa, sendo compelido a fornecer os telefones de contato da família, bem como a escrever um bilhete pedindo o resgate. Era constantemente ameaçado de morte. No dia em que a polícia encontrou o cativeiro o sequestrador que tomava conta do local reforçou suas ataduras dizendo que iria sair para auxiliar os demais no recebimento do resgate, mas após cerca de 15 minutos a polícia chegou (fls. 32/33). Reconheceu os réus sem sombra de dúvidas (fls. 376).

As vítimas do roubo e testemunhas do sequestro M.J.P., F.J. e R.L.R. confirmaram os fatos contidos na denúncia e reconheceram, L. e F. como sendo os indivíduos que adentraram no estabelecimento comercial. Já conheciam J., pois ele trabalhava como lavador no lava-rápido que prestava serviços à oficina, mas ele não entrou na oficina. F. estava sem capuz e com a arma de fogo em punho (fls. 377, 379 e 390).

A vítima de roubo R.G.C. também confirmou os fatos conforme narrados na denúncia, mas asseverou não poder reconhecer os réus eis que um estava encapuzado e o outro estava de costas (fls. 378).

As vítimas descreveram a dinâmica dos fatos de forma firme e inequívoca, bem como a ameaça sofrida pelo emprego de arma de fogo, praticados pelos apelantes. R.S.F. ainda esclareceu os fatos acerca do sequestro sofrido.

Oportuno salientar que a palavra da vítima predomina em crimes da espécie tratada nos autos. Assim é o entendimento:

> *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* (*JTACrim*/SP 91/407 e 86/433).

Confirmando os fatos narrados na denúncia estão os depoimentos dos policiais que detiveram os apelantes J. e L. em flagrante, mantendo a vítima em cativeiro. Parte dos bens subtraídos foi recuperada em poder dos réus (fls. 26/27, 28/29 e 30/31). Ratificaram seus depoimentos (fls. 381 e 382).

As testemunhas da defesa não presenciaram os fatos.

P.A.S., mulher de F., disse que o réu trabalhava e que pernoitavam na residência de seus pais (fls. 383).

S.A.C., mãe da mulher de F., limitou-se a dizer que o réu trabalhava e por vezes pernoitava em sua residência (fls. 384).

Dessa forma, não há que se falar em absolvição, posto que a existência dos fatos restaram evidenciadas através das palavras das vítimas e testemunhas que foram coerentes e uníssonas, além de calcadas pelos demais elementos constantes nos autos.

Acesso ao Sumário

De outra forma, para se reconhecer a tentativa é necessário apontar quando o *iter criminis* foi interrompido.

No caso em tela, o delito de roubo restou consumado, pois os agentes tiveram êxito na subtração dos bens, retirando-os da esfera de disponibilidade das vítimas, sendo que os milicianos lograram encontrar a *res furtiva* em poder dos apelantes. Houve, pois, consumação do delito pela posse tranquila dos bens.

É teoria assente a ensinança do C. Supremo Tribunal Federal no voto clássico proferido pelo Ministro Moreira Alves, *in verbis*:

> "*O roubo se consuma no instante em que o ladrão se torna possuidor da coisa móvel alheia subtraída mediante grave ameaça ou violência. Para que o ladrão se torne possuidor, não é preciso, em nosso direito, que ele saia da esfera de vigilância do antigo possuidor, mas, ao contrário, basta que cesse a clandestinidade ou a violência, para que o poder de fato sobre a coisa se transforme de detenção em posse, ainda que seja possível ao antigo possuidor retomá-lo pela violência, por si ou por terceiro, em virtude de perseguição imediata. Aliás, a fuga com a coisa em seu poder traduz inequivocamente a existência da posse. E a perseguição – não fosse a legitimidade do desforço imediato – seria ato de turbação à posse do ladrão*" *(STF, HC 69292 – Rel. Min. Moreira Alves, DJU 19/06/1992, p. 9521).*

O delito de roubo foi cometido mediante concurso de agentes, o que restou evidenciado pela presença de L. e F. no estabelecimento comercial, enquanto J. fazia a vigilância e os aguardava para dar eventual fuga.

O emprego de arma também ficou demonstrado, pois as vítimas asseveraram que F. foi o indivíduo que estava armado.

Despicienda a apreensão e perícia na arma de fogo diante da prova oral colacionada aos autos. Nesse sentido:

> "*ROUBO QUALIFICADO PELO EMPREGO DE ARMA DE FOGO. APREENSÃO E PERÍCIA PARA A COMPROVAÇÃO DE SEU POTENCIAL OFENSIVO. DESNECESSIDADE. CIRCUNSTÂNCIA QUE PODE SER EVIDENCIADA POR OUTROS MEIOS DE PROVA. ORDEM DENEGADA.*
>
> *I – Não se mostra necessária a apreensão e perícia da arma de fogo empregada no roubo para comprovar o seu potencial lesivo, visto que tal qualidade integra a própria natureza do artefato.*
>
> *II – Lesividade do instrumento que se encontra in re ipsa.*
>
> *III – A qualificadora do art. 157, § 2º, I, do Código Penal, pode ser evidenciada por qualquer meio de prova, em especial pela palavra da vítima – reduzida à impossibilidade de resistência pelo agente – ou pelo depoimento de testemunha presencial.*

Acesso ao Sumário

IV – Se o acusado alegar o contrário ou sustentar a ausência de potencial lesivo da arma empregada para intimidar a vítima, será dele o ônus de produzir tal prova, nos termos do art. 156 do Código de Processo Penal.

V – A arma de fogo, mesmo que não tenha o poder de disparar projéteis, pode ser empregada como instrumento contundente, apto a produzir lesões graves.

VI – Hipótese que não guarda correspondência com o roubo praticado com arma de brinquedo.

VII – Precedente do STF.

VIII – Ordem indeferida."

(STF, HC 96.099/RS, Rel. Ministro RICARDO LEWANDOWSKI, TRIBUNAL PLENO, DJe de 05/06/2009)

Os réus acordaram toda a empreitada previamente, não se podendo afastar a responsabilidade ou atribuir participação de menor importância a nenhum deles.

L. e F. entraram no estabelecimento comercial onde roubaram as vítimas e sequestraram R.S.F.. J., por ser conhecido das pessoas daquele estabelecimento, permaneceu no veículo de L., mantendo guarda e de prontidão para dar-lhes eventual fuga, ademais, forneceu o local onde a vítima foi mantida em cativeiro, sob vigilância de F., enquanto se revezava com L. em telefonemas para extorquir o pai da vítima.

Outrossim, parte dos bens roubados estava no local do cativeiro.

O crime de extorsão mediante sequestro também se consumou, eis que é crime formal, ou seja, basta que o agente sequestre a pessoa com a finalidade de obter um resgate, ainda que não obtenha a vantagem almejada (Súmula 96 do STJ).

A figura a ser reconhecida é a qualificada, tendo em vista o tempo em que a vítima permaneceu em poder dos sequestradores, que ultrapassou as 24 horas.

A participação ativa de todos os réus restou evidenciada.

Acesso ao Sumário

É o caso de se reconhecer o benefício previsto no § 4º do art. 159 do Código Penal, apenas ao réu J., eis que este quando indagado pelos policiais indicou o local de cativeiro da vítima (fls. 26/27, 28/29 e 30/31).

Ocorre que o instituto da delação premiada visa colher elementos para facilitar a liberação do sequestrado e por isso é um estímulo a que um dos coautores colabore com as autoridades para a localização daquele que se encontra com sua liberdade restringida e escondido em cativeiro desconhecido.

Se se pretender excessivo formalismo para a concessão do benefício, por certo não atingirá ele a finalidade que é a colaboração de um dos participantes

do crime com elementos que permitam a localização e liberação do ofendido.

No caso presente, considerando que o ofendido era primo de um dos participantes da extorsão mediante sequestro, no momento em que tomasse conhecimento da prisão de outros integrantes do delito, poderia, facilmente, para evitar sua identificação e a comoção familiar que criaria com o conhecimento da participação de membro da família no sequestro, matar ou determinar a morte da vítima, para evitar identificação.

Mas no caso presente o corréu J. logo ao ser detido, resolveu colaborar e indicou o local do cativeiro para que a vítima fosse resgatada.

Anote-se que em matéria de processo penal o réu pode calar-se e nada falar, quando então a polícia continuaria suas diligências sem qualquer informação segura, podendo demorar ainda a localização do ofendido ou até ser o mesmo encontrado tardiamente morto ou ferido.

A colaboração de J. portanto foi decisiva para o encontro da vítima no cativeiro em que se encontrava e sua imediata liberação.

Dessa forma esse instrumento criado na Lei 8.072/90, em seu artigo 8º, parágrafo único, fixou as bases para o instituto da delação premiada que passou a ter grande relevo em delitos graves ou de difícil elucidação, posto que, se não permite uma via de retorno para o corréu arrependido, permite que a sua colaboração leve a uma rápida liberação do ofendido pelo caminho mais curto, o que não pode deixar de ser levado em conta, posto que não deixa de ser um instrumento hábil para que as autoridades possam negociar com os criminosos e acenar com uma possível via de diminuição de sua pena se a informação for eficaz.

Esse estímulo não pode exigir grandes formalismos, mas apenas que a informação seja verdadeira e abrevie a liberação da vítima.

Dessa forma agiu o corréu J. e a diminuição de sua pena é correta e servirá de estímulo para outros delitos análogos onde os criminosos poderão ter um testemunho da credibilidade do benefício ofertado pela autoridade, que foi reconhecido no caso presente.

Nesse sentido:

CRIMINAL. HC. EXTORSÃO MEDIANTE SEQÜESTRO. DOSIMETRIA. DELAÇÃO PREMIADA. INFORMAÇÕES EFICAZES. INCIDÊNCIA OBRIGATÓRIA. DESCONSIDERAÇÃO PELO TRIBUNAL A QUO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. ORDEM CONCEDIDA.

I. A "delação premiada" prevista no art. 159, § 4º, do Código Penal é de incidência obrigatória quando os autos demonstram que as informações prestadas pelo agente foram eficazes, possibilitando ou facilitando a libertação da vítima. (...) Ordem concedida, nos termos do voto do Relator.

Acesso ao Sumário

(STJ – *Habeas Corpus*: 26325 ES 2003/0000257-7, Rel. Ministro Gilson Dipp, Quinta Turma, Julg.: 24/06/2003, Publ.: 25.08.2003).

Os réus infringiram dois tipos penais diferentes, não se podendo acatar a tese de crime único, mormente porque suas condutas ficaram bem caracterizadas.

Há concurso formal entre os crimes de roubo, eis que mediante uma só ação os réus subtraíram bens de cinco vítimas distintas.

Todavia, os crimes de roubo perpetrados pelos réus não eram meio para execução do delito de extorsão mediante sequestro, que não pode ser tido como decorrente daqueles, tratando-se de crimes de espécies diferentes, cometidos mediante desígnios autônomos.

E assim já decidiu o C. Superior Tribunal de Justiça:

"*Para a caracterização do crime continuado não basta a simples reiteração dos fatos delitivos, sob pena de tornar letra morta a regra do concurso material. É necessário o preenchimento, entre outros, do requisito da denominada unidade de desígnios ou de vínculo subjetivo entre os eventos. Precedentes*". *(STJ 5ª T. Rel. Félix Fischer Resp. 171.321 j. 04.02.1999 DJU 22.03.1999, p. 226, e RT 766/575).*

Portanto, acertado o reconhecimento do concurso material de delitos.

A condenação dos apelantes frente às provas coligidas nos autos era mesmo de rigor.

J. teve a pena básica, para o crime de roubo, fixada no patamar mínimo legal.

Em razão da reincidência, suas penas foram majoradas em1/6 (fls. 259).

Para o delito de roubo, presentes duas qualificadoras, do concurso de agentes e do emprego de arma, foi a pena exasperada na fração mínima de 1/3.

Anote-se que antes do advento da Lei nº 9.426/96, as causas de aumento da pena do roubo se reduziam a três. Assim, a jurisprudência havia firmado entendimento de que havendo uma única causa de aumento, a majoração se dava de 1/3 (um terço). Havendo duas, em 2/5. Por fim, com a presença das três é que o aumento seria de 1/2.

Acesso ao Sumário

Com a nova lei, as causas de aumento passaram a ser em número de cinco. E, se aplicado um critério puramente matemático, os aumentos teriam que ser de 1/3 (um terço), 3/8 (três oitavos), 5/12 (cinco doze avos), 11/24 (onze e vinte quatro avos) e 12/24 ou 1/2 (metade), de acordo com o número de causas verificadas.

Todavia, tal critério segue o sentido oposto ao objetivo do legislador. A reforma veio exatamente para endurecer o tratamento penal para o autor do roubo e não para lhe beneficiar. Adotando o critério matemático, estaria havendo benefício ao agente, o que não era o desejo do legislador. Assim, observo que

o correto é que se continue adotando o critério anterior, com a ressalva de que presentes três ou mais causas de aumento, a exasperação deve ser no grau máximo, ou seja, metade.

Reconhecido o concurso formal, considerando terem sido cometidos cinco roubos, foi majorada a pena na fração de 1/3, benevolente para a hipótese.

Ausentes outras circunstâncias modificativas, tendo sido o réu beneficiado na fixação da pena, sem oposição ministerial, fica mantida reprimenda tornada definitiva para o delito de roubo.

Para o delito de extorsão mediante sequestro qualificado, a pena-base foi justificadamente fixada em 1/6 acima do patamar mínimo, tendo em vista que o réu praticou o crime contra pessoa de sua própria família, valendo-se dessa facilidade para planejar o delito com seus comparsas, sendo que empregaram arma de fogo para sua execução. A vítima foi mantida em lugar insalubre, passou uma noite com os pés atados às mãos, em suas costas, sendo que era frequentemente ameaçado e ouvia a arma sendo engatilhada contra sua cabeça. Depois do crime tentou acusar a própria vítima de ter planejado o sequestro.

Reincidente, teve a pena majorada em 1/6.

Reconhecida a delação premiada (§ 4º do art. 159 do Código Penal), reduzo a pena em 1/3, eis que o cativeiro era a própria residência do réu e a delação somente ocorreu porque foi preso extorquindo o pai da vítima.

Resultando na pena que torno definitiva em 09 anos e 04 meses de reclusão.

Diante do concurso material entre os crimes de roubo e extorsão mediante sequestro qualificado, o regime fechado para cumprimento das penas impostas é o único adequado face ao Princípio da Suficiência, por se tratarem de crimes graves, um dos quais hediondo, cometidos em concurso de agentes e com emprego de arma de fogo, delitos que intranquilizam a população ordeira nos dias de hoje, conforme entendimento uníssono nesta C. Câmara, e não afronta às Súmulas 718 e 719, do Colendo Supremo Tribunal Federal.

As reprimendas impediram a substituição da carcerária por restritivas de direito e a suspensão condicional da pena.

Para o réu F., não obstante seus péssimos antecedentes, eis que possui condenação transitada em julgado (execução nº 3 da Folha de Antecedentes Criminais), foi fixada a pena básica no patamar mínimo em relação ao delito de roubo.

Reconhecida a reincidência, comprovada pela certidão de fls. 261 (execução nº 1), exasperou-se a reprimenda em 1/6.

Tal qual na fixação da pena do réu J., em razão das duas qualificadoras do concurso de agentes e do emprego de arma de fogo, teve a pena majorada em

Acesso ao Sumário

apenas 1/3, sem oposição ministerial.

Diante do concurso formal reconhecido, a reprimenda foi aumentada em 1/3, resultando na pena tornada definitiva, que fica mantida.

Para o delito de extorsão mediante sequestro qualificado, a pena básica foi fixada no patamar mínimo, embora os já aludidos maus antecedentes criminais do réu e as circunstâncias do crime.

Reincidente, teve a pena exasperada em 1/6 (fls. 261).

Ausentes outras circunstâncias modificativas, bem como recurso ministerial, a pena foi tornada definitiva e fica mantida. Afasta-se, apenas, a pena de multa, eis não prevista no tipo penal.

Diante do concurso material entre os crimes de roubo e extorsão mediante sequestro qualificado, o regime fechado para cumprimento das penas impostas é o único adequado face ao Princípio da Suficiência, por se tratarem de crimes graves, um dos quais hediondo, cometidos em concurso de agentes e com emprego de arma de fogo, delitos que intranquilizam a população ordeira nos dias de hoje, conforme entendimento uníssono nesta C. Câmara, e não afronta às Súmulas 718 e 719, do Colendo Supremo Tribunal Federal.

As reprimendas impediram a substituição da carcerária por restritivas de direito e a suspensão condicional da pena.

Para o réu L., quanto ao delito de roubo, teve a pena básica fixada no patamar mínimo.

Da mesma forma que na fixação da pena do réu J., em razão das duas qualificadoras do concurso de agentes e do emprego de arma de fogo, teve a pena majorada em apenas 1/3, sem recurso da Justiça Pública.

Diante do concurso formal reconhecido, a reprimenda foi aumentada em 1/3, resultando na pena tornada definitiva, que fica mantida.

Para o delito de extorsão mediante sequestro qualificado, teve a pena básica fixada no patamar mínimo, não obstante as circunstâncias do crime, sendo que ausentes causas modificativas, a reprimenda tornou-se definitiva e fica mantida. Afasta-se, apenas, a pena de multa, eis que não prevista no tipo penal.

Diante do concurso material entre os crimes de roubo e extorsão mediante sequestro qualificado, o regime fechado para cumprimento das penas impostas é o único adequado face ao Princípio da Suficiência, por se tratarem de crimes graves, um dos quais hediondo, cometidos em concurso de agentes e com emprego de arma de fogo, delitos que intranquilizam a população ordeira nos dias de hoje, conforme entendimento uníssono nesta C. Câmara, e não afronta às Súmulas 718 e 719, do Colendo Supremo Tribunal Federal.

As reprimendas impediram a substituição da carcerária por restritivas de

Acesso ao Sumário

direito e a suspensão condicional da pena.

Isso posto, **nega-se provimento aos recursos defensórios de L.A.C.S. e F.N.S.O., afastando-se, *ex officio*, as penas de multa cominadas por infração ao art. 159, § 1º do Código Penal, e dá-se parcial provimento ao recurso do réu J.H.P., para reconhecer a causa especial de diminuição de pena prevista no § 4º do art. 159 do Código Penal, reduzindo sua pena por infração ao art. 159, § 1º, do Código Penal, a 09 anos e 04 meses de reclusão, mantida no mais a r. sentença. Comunique-se**.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0019207-84.2007.8.26.0019, da Comarca de Americana, em que são apelantes JOÃO BAPTISTA GUARINO, ORLANDO SANCHEZ FILHO, RENATO FRANCHI e ALEXANDRE NARDINI DIAS, 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: "Por V.U. acolheram a preliminar suscitada pela defesa do apelante por João Baptista Guarino e julgaram extinta a punibilidade deste réu, pelo advento da prescrição da pretensão punitiva estatal. Quanto ao mais, rejeitaram as matérias preliminares e negaram provimento aos recursos defensivos, nos termos do voto do E. Relator.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto n. 24.277)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores SÉRGIO COELHO (Presidente sem voto), SOUZA NERY e ROBERTO MIDOLLA.

São Paulo, 9 de outubro de 2014.

ROBERTO SOLIMENE, Relator

Ementa: CRIME DE SONEGAÇÃO FISCAL – Reconhecimento da prescrição da pretensão punitiva, em relação a um dos apelantes – Rejeição das demais preliminares arguidas pelos corréus – Denúncia devidamente em ordem – Sentença corretamente fundamentada – Ausência de nulidade – Diretores representantes da empresa considerados sujeitos ativos do crime presente – Prova da materialidade e autoria do crime – Aceitação da prova indiciária – Supressão do Imposto sobre Circulação de

Acesso ao Sumário

Mercadorias e Serviços (ICMS), mediante fraude à fiscalização tributária – Crédito fiscal revertido em favor da empresa, cujos apelantes são representantes – Penas estabelecidas dentro dos parâmetros legais – Acréscimos efetivados pelas personalidades desvirtuadas dos réus, bem como pela continuidade delitiva – Substituição da corporal por duas restritivas de direitos – Manutenção do regime inicial aberto – Apelação de um dos acusados à qual se dá provimento e a dos corréus se nega provimento.

VOTO

Relatório

Cuida-se de recursos de apelação (fls. 1.046/1.085, 1.088/1.101, 1.103/1.116, 1.118/1.127) interpostos em face da r. sentença que julgou procedente ação penal, para condenar Renato Franchi, João Baptista Guarino, Orlando Sanchez Filho e Alexandre Nardini Dias ao cumprimento de penas de 2 anos, 8 meses e 20 dias de reclusão, com início em regime aberto, bem como 12 dias-multa, unidade no piso, pela prática do crime previsto no art. 1º, inc. II, da Lei n. 8.137/90 c.c. art. 71 do Cód. Penal, substituídas as corporais individualizadas por duas restritivas de direitos, consistentes em prestação pecuniária, no valor de um salário mínimo a ser pago a entidade assistencial, e prestação de serviços à comunidade, por igual período (fls. 966/968vº).

Irresignados, porém, apelaram os réus, em separado, tendo Renato arguido, preliminarmente, a nulidade da sentença, pela ausência de fundamentação em relação à alegada inépcia da denúncia, bem como quanto à exasperação das penas-base. No mérito, busca a sua absolvição, por atipicidade da conduta; pela atribuição da responsabilidade penal objetiva; ou, ainda, por insuficiência de prova.

Por sua vez, João Baptista, também em preliminar, sustenta a ocorrência da prescrição da pretensão punitiva (septuagenário quando da prolação da r. sentença), bem como a inépcia da denúncia. Quanto ao mérito, requer a absolvição, nos termos do art. 386, inc. IV, do Cód. de Processo Penal. Subsidiariamente, também pleiteia a redução das penas.

A seu tempo, Orlando e Alexandre também arguem, novamente em preliminar, a inépcia da denúncia. No mérito, demais disso, buscam a absolvição por atipicidade da conduta ou por ausência de prova de que tenham concorrido para o crime presente. Por meio de pedido subsidiário, pedem a fixação das sanções nos mínimos legais.

Respondido os recursos (fls. 1.130/1.135), a D. Procuradoria Geral de

Acesso ao Sumário

Justiça emitiu parecer pela rejeição das preliminares arguidas e, no mérito, pelo desprovimento dos recursos, sem prejuízo de também reconhecer a prescrição da pretensão punitiva exclusivamente em relação ao apelante João Baptista (fls. 1.137/1.142).

É o relatório.

Acolho ao recurso de João Baptista e, quanto aos demais réus, rejeito as matérias preliminares e nego provimento aos recursos.

Justifico.

Releva notar, desde logo, que, havendo trânsito em julgado para a acusação (fls. 1.034-A), regula-se, quanto ao aludido crime, a prescrição pela pena corporal aplicada.

Com efeito, tendo em conta a sanção imposta a João Baptista, desconsiderado o acréscimo pela continuidade delitiva (2 anos e 4 meses de reclusão), o lapso prescricional é de 8 anos, reduzidos de metade, em razão de o réu contar com mais de 70 anos à época da prolação da sentença (fls. 177), nos termos dos arts. 109, inc. IV e 115, ambos do Cód. Penal.

Portanto, tal prazo prescricional decorreu por inteiro entre a data do recebimento da denúncia (07/08/09 – fl. 201) e a da publicação da sentença (02/09/13 – fl. 969).

Assim, incidiu a denominada prescrição retroativa da pretensão punitiva.

Por consequência, ante o implemento da condição resolutiva de punibilidade, deve ser declarado extinto o *ius puniendi, encerrando-se o processo mediante decisão, qualquer que seja a fase em que atravesse* (Cód. Pen., art. 107, IV, 1ª fig.; Cód. Proc. Pen.), na esteira do ensinamento de José Frederico Marques (cf. Elementos de Direito Processual Penal, 1ª ed., Forense, 1961, vol. II, nº 537, pág. 394; Tratado de Direito Processual Penal, 1ª ed., Saraiva, 1980, vol. II, nº 343, pág. 77; Curso de Direito Penal, 1ª ed., Saraiva, 1956, § 160, nº 3, págs. 403-4) e da jurisprudência iterativa (cf., p. ex., RSTJ, 88/279; RT, 452/460 e 756/621; RJTJESP, 49/364; RJDTACrim, 3/217 e 26/250; JTACrim, 48/387).

Desta forma, restou prejudicada a análise das demais questões suscitadas no recurso interposto por João Baptista, porquanto a extinção da punibilidade é matéria de mérito.

Ficaram eliminados, pois, os efeitos da infração penal.

Daí a máxima *qui non potest condemnare, non potest absolvere* (cf., p. ex., Antonio Rodrigues Porto, Da Prescrição Penal, 4ª ed., RT, 1988, nº 92, pág. 114; Damásio E. de Jesus, Prescrição Penal, 6ª ed., Saraiva, 1991, pág. 159, *in fine*, e nota 28; Cezar Roberto Bitencourt, Tratado de Direito Penal, 8ª ed., Saraiva, 2003, vol. 1, pág. 713, *in fine*; RTJ, 73/304, 118/934 e 131/74; RSTJ, 6/74, 25/292 e 87/401; RT, 602/325, 603/407, 604/386, 614/316, 630/366, 638/337,

Acesso ao Sumário

642/328, 646/299, 652/312, 656/332, 689/332, 700/321 e 722/556; RJTJESP, 6/434; LexJTJ, 143/274; RJDTACrim, 4/128, 19/230 e 20/139).

Por sua vez, com relação ao mais consignado nas irresignações das partes remanescentes, respeitosamente, sem valia o argumento de inépcia da denúncia, porquanto, conforme a imputação posta na inicial, resumidamente, no período de maio de 2003 a dezembro de 2005, na Avenida Monsenhor Bruno Nardini, na "Indústria Nardini S/A", os apelantes Renato Franchi, João Baptista Guarino, Alexandre Nardini Dias e Orlando Sanchez Filho, em continuidade delitiva, teriam suprimido tributos no importe de R$ 172.640,68, supostamente fraudando a fiscalização tributária, inserindo elementos inexatos ou omitindo operação em livro exigido pela lei fiscal.

Consta também que, no período mencionado, na condição de representantes legais da aludida empresa, creditaram-se indevidamente de ICMS decorrente da escrituração de documentos fiscais considerados inábeis, uma vez que foram supostamente emitidos pela empresa "Metal Coque S/A", que teve a eficácia de sua inscrição cassada desde 11/09/02 (cf. exordial do *Parquet*).

Também creditaram ICMS tendo por base o lançamento de notas fiscais referentes às entradas de material para uso ou consumo do estabelecimento comercial, que foram indevidamente registradas como sendo entradas para industrialização (*idem*, fls. 2d/3d).

Como se verifica, a conduta dos recorrentes está claramente descrita na inicial acusatória, inexistindo deficiência que possa impedir a compreensão da acusação e prejudicar as suas defesas. Cumpre gora ressaltar que no crime societário "*não é sempre que o Ministério Público dispõe, no limiar da ação penal, de elementos probatórios que lhe permitam discriminar a participação que cada sócio teve no delito societário. Nem por isso estará impedido de oferecer denúncia contra todos os responsáveis pela firma. Constitui condição impossível de ser exigida o pleno conhecimento das deliberações tomadas na privacidade dos órgãos da administração*" (RTJ, 101/563; RSTJ, 65/157).

E ainda, "*Nos chamados* '*crimes societários*' *não há necessidade da descrição, na denúncia, da atividade individualizada de cada sócio. Basta apenas indicar tal condição, com poderes de gerência, no período em que ocorreu a prática incriminada*" (RSTJ, 99/360).

Na esteira desse mesmo entendimento é a jurisprudência iterativa de nossos pretórios (cf., p. ex., RTJ, 100/556, 104/1052, 116/98, 156/574, 181/492, 185/913 e 187/635; LexSTF, 197/353; RT, 768/718, 769/724, 774/692, 775/547, 779/488, 818/701 e 835/484; RSTJ, 119/551, 112/252, 115/430, 119/646, 145/597, 146/479 e 185/485; LexJTJ, 143/142, 162/324, 177/278, 216/301 e 224/309; RJDTACrim, 5/209, 16/212 e 33/82).

Desta forma, em caso de crime de sonegação fiscal, basta a narração do

Acesso ao Sumário

comportamento criminoso da pessoa que concorreu para a prática delitiva, não se exigindo descrição pormenorizada da sua conduta.

Saliente-se, ainda, que, estando a denúncia regularmente formalizada e havendo **fumus boni iuris** para a instauração da **persecutio criminis**, a inicial tinha mesmo de ser recebida.

Assim, havendo prova da materialidade do crime e indícios de autoria, é de rigor a instauração da ação penal, onde o acusado poderá se defender livremente.

A seu tempo, com relação ao sujeito ativo do crime em questão, é perfeitamente possível que as pessoas físicas, responsáveis pela pessoa jurídica contribuinte, venham a responder pelo delito praticado, caso tenha o crime sido praticado em favor de sociedade comercial, instituições financeiras, ou empresas de qualquer natureza.

Nestas hipóteses, serão responsáveis penalmente os sócios, diretores, administradores, gerentes ou funcionários que, de certa forma, tenham participado dolosamente dos atos delituosos ou contribuído para sua consumação (Luiz Regis Prado, Direito Penal Econômico, 1ª ed., RT, 2004, pág. 410).

No mesmo sentir, pode-se citar alguns precedentes pretorianos (cf., p. ex., STJ, 6ª T., REsp 238.670/RJ, rel. Min. Hamilton Carvalhido, DJU de 24/03/03, pág. 291; STJ, 5ª T., RHC 13.414/SP, rel. Min. Felix Fischer, DJU de 25/08/03, pág. 326; RSTJ, 150/560; RTJ, 173/136 e 177/1321; Lex JTJ, 263/498).

Outrossim, descabida a arguição de nulidade da r. sentença condenatória, preliminar aquela baseada na falta de exame do argumento expendido pela d. Defesa (inépcia da denúncia) e, portanto, por supostamente não conter a motivação necessária ao pronunciamento judicial.

Com efeito, discorrendo sobre a necessidade de fundamentação nas decisões judiciais, que "*constitui uma conquista da nossa civilidade jurídica*", Paolo Tonini, professor da escola de Florença, explica como deve ser entendida a exigência da motivação:

"*(...) Isso não significa que o juiz deve argumentar sobre todo e qualquer detalhe, o que acarretaria motivações redundantes e substancialmente inúteis. É necessário que o juiz exponha a motivação de tudo que é relevante, vale dizer, de todas as escolhas que influenciem o êxito final da controvérsia e de todas as premissas de seu raciocínio que foram racionalmente colocadas em questão*" (*in* "La prova penale", tradução de Alexandra Martins e Daniela Mróz, 1ª ed., RT, 2002, pág. 104).

E é de Basileu Garcia a lição que segue:

"*Assim terá o prolator da sentença justificado a sua convicção, que é o que a lei deseja. Não necessitará, ao fazê-lo, preocupar-se em dar resposta a todas as questões emergentes no processo. Muitas serão de improcedência*

Acesso ao Sumário

manifesta, e seria levar longe demais o cumprimento do dever de motivação o pretender-se que o juiz tenha de demonstrar as mais resplandecentes evidências" (*in* "Comentários ao Código de Processo Penal", 1ª ed., Forense, 1945, vol. III, nº 435, pág. 476, grifei; também na RJTACrim, 42/254).

E, ainda:

"*a sentença deve analisar as teses da defesa, a fim de a prestação jurisdicional ser exaustiva. Urge, todavia, ponderar. Se o julgado encerra conclusão inconciliável com a referida tese, desnecessário fazê-lo expressamente. A sentença precisa ser lida como um discurso lógico. Não há espaço para itens supérfluos*" (cf. STJ, 6ª T., REsp 47.474-4/RS, rel. Min. Luiz Vicente Cernicchiaro, DJU, 24/10/94, pág. 28.790).

Em outras palavras:

"*A sentença deve ser um todo lógico, embora sem o rigor que alguns querem*" (cf. Magalhães Noronha, Curso de Direito Processual Penal, 28ª ed., Saraiva, 2002, nº 123, pág. 287, **in fine**).

Ora, "*O que se exige é que o réu saiba o raciocínio lógico em que se assentou a conclusão, para que possa, em seu pedido de inconformismo, alinhar as falhas que embasaram o* ***decisum***" (JTACrim, 83/494; RTJ, 84/797; LexJTJ, 226/292).

Além disso, somente a sentença não motivada é passível de nulidade. A fundamentação sucinta ou deficiente **não a invalida** (RTJ, 73/220, 84/797 e 101/145; RSTJ, 69/126, 90/389 e 168/570; RT, 556/406, 621/300, 639/298, 743/609 e 803/505; RJTJESP, 104/340, 111/414, 115/207 e 138/449; LexJTJ, 198/322, 204/298, 220/315, 218/348, 225/305, 226/292 e 236/289).

Por isso, *data venia*, inexiste nulidade a ser reconhecida, uma vez que, mediante simples leitura da sentença, é possível verificar como o MM. Juiz formulou seu convencimento, como concluiu pela condenação dos réus, sendo certo que, ao contrário do alegado, a tese da inépcia da inicial, não obstante de forma sucinta, foi examinada, bem como a exasperação das penas-base foi suficientemente motivada.

Acesso ao Sumário

Destarte, tão-somente acolhida a prescrição da pretensão punitiva levantada por João Baptista, ultrapassadas as demais, passo ao exame do mérito dos recursos remanescentes.

A materialidade do fato criminoso pode ser verificada pelos elementos de prova seguintes: 1º) AIIM nº 3.049.688-3 (vide fls. 7/19); 2º) cópias das notas fiscais (fls. 21/27); 3º) documentos (fls. 28/97); 4º) decisão condenatória ao pagamento de multa (fls. 106/113); 5º) e o cadastro da *Nardini* na JUCESP (fls. 116/121).

Incontroversa também a prova da autoria no que toca aos corréus Alexandre, Orlando e Renato.

Em juízo, os réus negaram a prática delitiva. Alexandre disse que além de administrar a empresa, era diretor de patrimônio, sendo certo que todas as transações comerciais com ferro gusa eram efetivadas com notas fiscais. Afirmou, ainda, que a matéria prima era industrializada (fls. 859/860).

Igualmente, Orlando asseverou a legitimidade da compra feita junto da "Metal Coque", indicada por um representante que atua em todo o Brasil. Alegou que não tinha condições de saber se todas as notas fiscais escrituradas, eram emitidas por empresas autorizadas a atuar no mercado. Mencionou, ainda, que o ferro gusa era matéria-prima para produtos que fabricavam, por isso o crédito de ICMS. Por fim, admitiu que à época dos fatos era diretor da empresa, responsável pela área operacional, sendo os corréus também representantes da mesma (fls. 879/881).

Renato Franchi, por seu turno, afirmou que a "Metal Coque" fornecia material há mais de 40 anos. Alegou que o contato com essa empresa era através de "Cláudio Tinoco". Esclareceu, também, que a "Nardini" sempre utilizou ferro gusa na industrialização das suas máquinas (fls. 905/907).

Observe-se que os apelantes negaram o cometimento da sonegação fiscal, afirmando que todos os produtos eram adquiridos com notas fiscais e devidamente pagos, tendo Orlando, ainda, alegado que não era possível ter ciência sobre a legitimidade da empresa "Metal Coque".

Ocorre que, como diretores e representantes da empresa "Nardini", deveriam zelar pela correta escrituração das operações comerciais.

Ademais, os acusados acabaram beneficiados com a supressão do tributo, considerando que o valor não arrecadado reverteu em vantagem (lucro) para a empresa que representavam.

Destarte, não há falar em responsabilidade objetiva e ausência de dolo por parte dos sentenciados.

Quando não bastasse, o agente fiscal José Carlos Purcino confirmou a elaboração do auto de infração, em razão da constatação de irregularidades na empresa "Nardini". Esclareceu que a autuação decorreu de fiscalização regular e rotineira (fls. 537).

Por isso, diante do exposto, de rigor a condenação dos apelantes, não obstante as testemunhas arroladas pelas defesas informarem que eles não eram responsáveis pelas notas fiscais e que o ferro gusa era utilizado no processo de produção da empresa (fls. 733/746, 773, 793, 827, 833/834 e 855).

Deveras, então não resta dúvida de que Renato, Alexandre e Orlando suprimiram ICMS, creditando-se indevidamente o valor do tributo, decorrente da escrituração de documentos fiscais inábeis.

Cumpre anotar, ainda, que não se deve restringir o valor dos indícios quando estes se acham devidamente concatenados (cf. dispõe o art. 239 do

Acesso ao Sumário

Cód. Proc. Pen.). Ou seja, os indícios se prestam a demonstrar a realidade e de acordo com a doutrina dominante, sua eficácia não é menor do que a da prova direta, razão pela qual, quando os indícios são concordantes com outras provas colhidas, a condenação estará justificada.

Indício é um fato provado do qual se deduz o fato probando.

Em suma, não há como se descartar a prova indiciária, circunstancial, cujo valor é o mesmo da direta, posto que reconhecida pelo sistema do livre convencimento, adotado pelo Código de Processo Penal, na lição de José Frederico Marques, *in* Elementos de Direito Processual Penal, vol. 2, 2ª edição, Rio: Forense, 1965, p. 378. No mesmo sentido: Edgard Magalhães Noronha, *in* Curso de Direito Processual Penal, 3ª ed., Saraiva, 1969, nº 79, pág. 142 e Adalberto de Camargo Aranha, *in* Da Prova no Processo Penal, 3ª ed., Saraiva, 1994, XVI, 5.1, pág. 169; e José Henrique Pierangelli, *in* Da Prova Indiciária, RT, 610/298-303.

Aliás, a respeito do inexcedível valor probante que os indícios podem apresentar, em certos casos, como o presente, são oportunas algumas lições doutrinárias. Para Christiano José de Andrade, *in* "Dos Indícios no Processo Penal", em "Justitia", págs. 72/87 e segs., "Indício vem do latim *indicare*, que significa indicar, apontar, mostrar com o dedo ou por meio de um sinal qualquer, demonstrar, revelar (...) Os escritores mais antigos chamavam os indícios de testemunhas mudas".

Realçou Mittermayer, *in* "Tratado da Prova em Matéria Criminal", Ed. J. Ribeiro dos Santos, 2ª ed., 1909, p. 361, que "O indício é um fato em relação tão precisa com outro fato que, de um, o juiz chega ao outro por uma conclusão natural. É preciso, então, que haja na causa dois fatos, um verificado, e outro não provado, mas que se trata de provar raciocinando do conhecido para o desconhecido".

Consoante se aquilata do teor do art. 239 do CPP, considera-se indício a circunstância conhecida e provada que, tendo relação com o fato, autorize, por indução, concluir-se a existência de outras circunstâncias (na espécie, os delitos tributários), extraídas da experiência técnica ou comum.

Acesso ao Sumário

Destarte, pelos indícios, por presunção **hominis**, vai-se do fato indiciário – através de operação lógica – ao fato a ser provado, segundo os princípios da razão (**id quod plerumque accidit)**, segundo remarcam Ada Pellegrini Grinover, Antônio Scarance Fernandes e Antônio Magalhães Gomes Filho, **in** "As Nulidades no Processo Penal", Malheiros Editores, 1992, pág. 133.

Pela prova indiciária, em outras palavras, alcança-se determinada conclusão sobre um episódio através de um processo lógico-construtivo, estabelecendo-se o devido nexo de causalidade. Os indícios, desta sorte, constituem modalidade indireta de prova e diferem da prova direta porque, nesta, o *fato probando* obtém

silhueta e contornos instrutórios imediatos, apresentando-se, como perlustra Magalhães Noronha, "diante de nós, sem necessidade do processo lógico-construtivo, porque se nos revela através do testemunho, confissão, perícia, etc (...)".

Vale ressaltar, tornando ao exame direto dos autos, que, segundo o relatado por algumas testemunhas, quando os réus assumiram a direção da "*Nardini*", a mesma se encontrava em dificuldades financeiras, fato este que pode tê-los levado à prática delitiva em questão.

Sem prejuízo, o AIIM do qual esta ação penal resultou decorreu de regular processo administrativo-fiscal, onde ali os apelantes puderam exercer a sua mais ampla defesa.

Concluindo, afirmo configurada a conduta inserida no art. 1º, inc. II, da Lei nº 8.137/90.

Frise-se que, segundo a lição de Luiz Regis Prado, "*A fraude pode ocorrer mediante a inserção de elementos inexatos ou omissão da operação de qualquer natureza, em documento ou livro exigido pela lei fiscal. Inserir elementos inexatos é uma conduta de natureza comissiva e equivale a introduzir, incluir, colocar informações sobre fatos, em documento ou livro, que não correspondem à realidade... Omitir operação, por outro lado, é conduta de índole omissiva consistente em não mencionar, não incluir o fato nos documentos ou livros fiscais, ou seja, não é feito o registro da ocorrência do fato gerador que faz surgir a obrigação tributária, o que acarreta, por conseguinte, a supressão ou redução do tributo*" (vide "Direito Penal Econômico", 1ª ed., RT, 2004, pág. 416, *in fine*).

A dosimetria das sanções, por oportuno, não comporta qualquer reparo, uma vez que, corretamente, o magistrado *a quo* elevou as penas-base de um sexto (+1/6), diante das personalidades desvirtuadas dos réus (fls. 666/668, 676/679, 691, 705/706, 709 e 712).

Importa destacar que o princípio da obrigatoriedade de individualização das penas, para ser cumprido integralmente, exige que sejam considerados vários requisitos, como os antecedentes, a conduta social e a personalidade de cada um dos agentes (cf. Const. Fed., art. 5º, incs. XXXIX, 2ª parte, e XLVI; Cód. Pen., arts. 53, 59, inc. II, e 68, **caput,** Cód. de Proc. Pen., arts. 6º, inc. IX, e 387, inc. II).

"*Há* – como preleciona Enrico Ferri – *em todo crime, um aspecto causal (bem jurídico ofendido ou posto em perigo) e um aspecto sintomático (periculosidade do seu autor), mas este tem uma importância preponderante, pois que a justiça penal deve servir à defesa social e, por isso, deve avaliar a potência ofensiva do delinquente, que pode ser diversa da gravidade do crime*" (Princípios de Direito Criminal: o Criminoso e o Crime, trad. bras. de Luiz

Acesso ao Sumário

Lemos D'Oliveira, 1ª ed., Russell, 2003, § 57, pág. 278).

Em outras palavras, "O crime vale como sintoma da personalidade do criminoso, e não como entidade abstrata. A defesa social tem finalidade direta – a readaptação – empenhando-se, especificamente, pela eliminação do crime. Impõe-se, assim, a individualização, considerando o conteúdo do crime e a personalidade do delinquente para determinar o tratamento praticamente mais adequado" (Roberto Lyra, Comentários ao Código Penal, 1ª ed., Forense, 1942, vol. II, nº 22, pág. 153).

Destarte, quando cuida "Da aplicação da pena", o ordenamento jurídico impõe que ela se "estabelecerá, conforme seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime" (Cód. Pen., art. 59, **caput**).

Cumpre, pois, adaptar a sanção repressiva para o crime à periculosidade do criminoso (temibilidade), tendo-se em linha de conta o seu caráter (personalidade), ou seja, procedendo-se à diagnose biossocial do delinquente.

Por isso, justificável a exacerbação das penas dos acusados, sendo certo que os mesmos não têm direito subjetivo à estipulação da sanção no mínimo legal, podendo o magistrado majorá-la a fim de alcançar os objetivos da pena (JCAT, 81-82/666).

Igualmente, correto o reconhecimento da continuidade delitiva, tendo sido as sanções majoradas no mínimo de um sexto (+1/6), totalizando 2 anos, 8 meses e 20 dias de reclusão, mais 12 dias-multa, unidade no piso.

De resto, o regime inicial de desconto de pena aberto é adequado à hipótese dos autos, mostrando-se pertinente a substituição da corporal por duas restritivas de direitos.

Ante o exposto, (i) acolho a preliminar arguida por João Baptista Guarino, a fim de declarar extinta a sua punibilidade, pelo advento da prescrição da pretensão punitiva, consoante arts. 109, inc. IV e 115, ambos do Cód. Penal, bem como prejudicado o exame de mérito do recurso por ele interposto. No mais, (ii) rejeito as matérias preliminares suscitadas pelos corréus, (iii) negando provimento a cada um dos seus recursos.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0002868-46.2009.8.26.0030, da Comarca de Apiaí, em que é apelante MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO, é apelado EMERSON DOS SANTOS ROSA.

ACORDAM, em 3ª 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 da Relatora, que integra este acórdão. **(Voto nº 4668)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores SOUZA NERY (Presidente) e OTÁVIO HENRIQUE.

São Paulo, 9 de outubro de 2014.

IVANA DAVID, Relatora

Ementa: DELITO DE VIOLAÇÃO DE DIREITO AUTORAL (CP, ART. 184, § 1º) – SENTENÇA ABSOLUTÓRIA ANTE A AUSÊNCIA DE PROVA SUFICIENTE PARA A CONDENAÇÃO (ART. 386, VII, DO CPP) – DESCABIMENTO – INSURGE-SE O MINISTÉRIO PÚBLICO. – EM PRELIMINAR REQUER A ANULAÇÃO DA R. SENTENÇA DE 1º GRAU, ALEGANDO A VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DA VERDADE REAL – NÃO É CASO DE ANÁLISE ISOLADA, A PRELIMINAR SE CONFUNDE COM O MÉRITO. – NO MÉRITO BUSCA A REFORMA DA SENTENÇA PROLATADA – ADMISSIBILIDADE – AUTORIA E MATERIALIDADE DELITIVAS BEM COMPROVADAS – DEPOIMENTO DOS AGENTES POLICIAIS QUE CORROBORAM A NARRATIVA EXPOSTA NA DENÚNCIA, NÃO SE OLVIDANDO A PROVA PERICIAL PRODUZIDA, REPUTADA SUFICIENTE – PRECEDENTES DA JURISPRUDÊNCIA – RECURSO PROVIDO.

VOTO

Ao relatório da sentença de fls. 66/68, prolatada pelo MM. Juiz de Direito Dr. Marcelo Machado da Silva, ora adotado, acrescento que a ação penal foi julgada improcedente, e Emerson dos Santos Rosa foi absolvido, com fundamento no artigo 386, inciso VII, do Código de Processo Penal, da acusação de estar incurso no artigo 184, § 1º, do Código Penal, vale dizer, da prática do delito de violação de direito autoral.

Inconformado, apelou o Ministério Público.

Preliminarmente requer a anulação do feito, a partir da prolação da r. sentença de 1º Grau, alegando a violação do princípio da verdade real.

No mérito, busca a reforma da sentença e consequente condenação do

Acesso ao Sumário

apelado, por entender suficientes as provas amealhadas nos autos (fls. 83/93).

Processado o recurso, com contrarrazões (fls. 96), os autos subiram a esta egrégia Corte.

A d. Procuradoria Geral de Justiça opinou pelo provimento do apelo (fls. 106/110).

Os presentes autos foram remetidos a esta Relatora em 15 de julho de 2014.

É o relatório.

Primeiramente, no entender desta Relatora a preliminar ventilada pelo Ministério Público se confunde com o mérito e assim será analisada.

Consta da exordial acusatória que na data, hora e local ali descritos, Emerson dos Santos Rosa reproduziu obras de vários autores, com o intuito de lucro, sem expressa autorização dos titulares dos direitos autorais ou dos seus representantes.

Segundo apurado, o apelado mantinha em seu quarto um estúdio de reprodução desautorizada de obras fonográficas e audiovisuais em CDs e DVDs para venda, utilizando quatro computadores para gravação das mídias e impressão de encartes, burlando assim, os direitos autorais assegurados pela Lei nº 9.610/98.

Efetuando diligências em cumprimento a mandado de Busca e Apreensão, policiais civis encontraram no local 345 DVDs e 227 CDs já com reproduções clandestinas de obras de vários autores, além de computadores, 37 CDs virgens e 1435 embalagens para CDs e DVDs.

A materialidade delitiva está comprovada pelo auto de exibição e apreensão (fls. 09/11), Laudos Periciais (fls. 17/20 e 37/38), bem como pelas demais provas amealhadas aos autos.

Inconteste, por sua vez, a autoria.

O réu admitiu, no inquérito, que os equipamentos de informática se destinavam a multiplicação de CDs e DVDs de filmes e jogos, que todos os CDs e DVDs apreendidos eram de sua propriedade e, posteriormente, eram vendidos para diversas pessoas da cidade (fls. 52).

Não fosse o bastante, a conclusão da perita foi, *in casu*, no sentido de que os *CD's e DVD's* apreendidos não possuíam as características inerentes às mídias originais, ausentes, por exemplo, o código IFPI no corpo das mídias, ausência de identificação do produtor fabricante (CNPJ), embalagens e impressos de baixíssima qualidade, fora dos padrões originais do fabricante e mídia óptica gravável, concluindo que não apresentavam características de originalidade, tais como mídia não gravável, código "IFPI". Destarte, elementos indicativos há da contrafação, muito embora referentes a aspectos externos dos suportes

Acesso ao Sumário

materiais das obras intelectuais. E tais elementos, como vem se orientando a jurisprudência, *bastam para caracterizar a materialidade* (AgReg no REsp nº 1.359.458/MG, rel. Min. Laurita Vaz, j. em 3.12.2013).

Nesse ponto, oportuna a lembrança de que a confissão extrajudicial tem valor não pelo lugar onde é prestada, mas por seu próprio teor, no caso, corroborado por outras provas, a constituir, pois, indício.

Desta feita o depoimento do policial civil Daniel Alves da Silva, descreve com clareza em consonância com a narrativa exposta na denúncia, a dizer que na época foi desencadeada no Estado de São Paulo, pela Secretaria de Segurança Pública a operação denominada "Capitão Gancho" de combate à pirataria. Em diligência foram abordando pequenos vendedores de rua, e acabaram por chegar ao nome de Emerson dos Santos Rosa como sendo a pessoa que reproduzia o material e os fornecia para a revenda. Assim, em cumprimento ao mandado de busca e apreensão dirigiram-se ao endereço do réu e fizeram a apreensão dos DVDs, CDs e demais equipamentos. Narrou ainda, que na delegacia o réu confessou dizendo que estava fazendo aquilo porque estava desempregado e não achava que era irregular (Mídia Digital fls. 72A).

Assim como os policiais civis Paulo Roberto Sant'Ana e Wagner Alves Santana.

E não há como apontar suspeição ou parcialidade nesses relatos, impondo-se trazer à colação a construção jurisprudencial:

> "***o valor de 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***" (HC nº 73.518-5, rel. Min. Celso de Mello, DJU 18.10.96).

Entendimento, aliás, pacificado (HC nº 149.540/SP, rel. Minª. Laurita Vaz, j. em 12.4.2011), até porque ***ou valem as palavras dos Policiais ou se estará dando crédito maior a quem é surpreendido em plena ação delituosa*** (Apelação nº 0044853-61.2011.8.26.0050, rel. Luis Soares de Mello, j. em 4.6.2013).

Assim, o acervo probatório – que não pode ser tido como insuficiente – demonstra o cometimento do delito descrito no artigo 184, § 1º, do Código Penal, comprovando-se a autoria e a materialidade, porque se tem nos autos a demonstração da prática de conduta revestida de ilicitude, admitida, ainda que extrajudicialmente, a reprodução para a venda, com o fito de obter lucro, de "*filmes e músicas*" contrafeitos, apreendidos na posse do réu em sua residência. Além dos computadores e demais equipamentos necessários para tal.

Ademais, não há nos autos qualquer demonstração da impossibilidade

Acesso ao Sumário

do réu exercer atividade lícita e auferir rendimentos, não sendo crível sua declaração que desconhecesse a ilicitude da sua conduta. E por derradeiro, fica o registro de que se cuidou de crime contra a propriedade imaterial, e os direitos autorais violados ostentam valor econômico, a importar aqui o desvalor da conduta do agente, tipificada na lei penal, que nenhuma gradação fez a respeito da quantidade de contrafações.

Portanto, em que pese os argumentos bem alicerçados pelo MM. Juiz *a quo*, no entender desta Relatora cabe aqui a reforma a sentença de 1º Grau, para condenar Emerson dos Santos Rosa.

Ao contrário do argumentado, em verdade, não é necessário a identificação das vítimas, ou seja, daqueles que supostamente tiveram os seus direitos violados.

Ademais, claro também ficou que o réu não tinha qualquer autorização por parte dos autores das obras intelectuais para reprodução e venda, pois se assim o fosse, a própria defesa do réu teria providenciado a prova e, no caso, estaríamos diante da atipicidade de conduta, o que não foi o caso.

Rechaça-se ainda, a tese utilizada de que de que: "sequer é possível saber se as mídias continham alguma gravação."

Ora, o laudo pericial de fls. 17/20, em suas fls. nº 18/19, tanto assevera que havia gravações nas mídias, como exemplifica do que se tratava, citando nome de autores e títulos, sendo necessário somente uma leitura mais atenta.

Nesse passo, afasto a preliminar ventilada pelo Ministério Público porque não há falta de qualquer elemento que dificulte o alcance da verdade real, portanto não há que se falar em nulidade.

Passo à dosimetria da pena.

Nos termos do artigo 59 e seguintes do Código Penal, atendendo ao sistema trifásico da pena. Na primeira fase anoto que o réu é primário e não ostenta antecedentes criminais, assim, fixo a pena-base no mínimo legal, qual seja 02 (dois) anos de reclusão e 10 dias-multa, a qual torno definitiva por não haver agravantes ou atenuantes e nem causas de aumento ou diminuição.

Quanto ao regime inicial para o cumprimento da pena, em face das circunstâncias pessoais e judiciais favoráveis, bem como o montante pena, fixo o regime inicial aberto.

Por fim, faz jus o réu à substituição da pena nos termos do artigo 44 do Código Penal. Assim, fica a pena privativa de liberdade substituída por duas restritivas de direitos, consistentes em prestação de serviços à comunidade ou entidade assistencial, pelo mesmo lapso temporal, a ser fixada pelo juízo das execuções competente.

Outrossim, considero prequestionada a matéria aqui debatida, nos termos requeridos pelo *parquet.*

Diante do exposto, DOU PROVIMENTO ao recurso do Ministério Público para condenar o réu **EMERSON DOS SANTOS ROSA**, por incurso no artigo 184, § 1º, do Código Penal, às penas de 2 (dois) anos de reclusão, no regime inicial aberto, mais o pagamento de 10 dias-multa, substituída nos termos acima.

Habeas Corpus

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de *Habeas Corpus* nº 0026578-15.2014.8.26.0000, da Comarca de Ubatuba, em que é paciente M.L.T.C.R., Impetrantes E.B.M.F. e G.H.T..

ACORDAM, em 16ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Concederam a ordem para trancar a ação penal movida contra M.L.T.C.R.. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 18.206)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores OTÁVIO DE ALMEIDA TOLEDO (Presidente sem voto), BORGES PEREIRA e NEWTON NEVES.

São Paulo, 26 de agosto de 2014.

ALBERTO MARIZ DE OLIVEIRA, Relator

Ementa: *Habeas Corpus* – Supressão de autos – Inviabilidade da ação penal – Denúncia que descreve somente o fato em si (sumiço de um dos volumes do processo), sem indicar os elementos que seriam caracterizadores do tipo previsto no artigo 356 do Código Penal – Indícios veementes da impossibilidade de produção de outras provas que não as já amealhadas no curso do inquérito policial – Desfecho do feito evidentemente previsível – Trancamento – Possibilidade – Ordem concedida.

Acesso ao Sumário

VOTO

Trata-se de *habeas corpus* impetrado pelos ilustres advogados E.B.M.F. e G.H.T. em favor da advogada **M.L.T.C.R.**, que estaria sofrendo constrangimento ilegal decorrente de ato praticado pelo MM. Juízo de Direito da 2ª. Vara Judicial da Comarca de Ubatuba, que recebeu a denúncia oferecida contra a paciente, na qual se lhe atribui a infração prevista no artigo 356, do Código Penal (cf. denúncia – fls. 20/21).

Narra a inicial que a Dra. M.L. está sendo processada porque, após ter feito carga rápida de uma ação cível, não teria devolvido o 3º volume do processo.

Sustentaram os impetrantes, porém, que a paciente devolveu em Cartório os autos do processo em sua integralidade, exigindo, naquela oportunidade o correspondente comprovante de devolução, documento este que posteriormente apresentou.

Assim sendo, para eles, "***a Paciente está sendo compelida, arbitrariamente, a constituir uma prova negativa impossível, ou seja, deseja o Parquet que a Paciente comprove a devolução do processo quando, na realidade, o Cartório da 1ª. Vara Cível da Comarca de Ubatuba/SP, ao entregar o recibo de devolução de autos à Paciente, já atestou que tudo fora formalmente restituído***" (fls. 07).

Nesse quadro, sustenta a impetração ausência de justa causa para a instauração da ação penal.

Além disso, alegaram, também, que a conduta imputada na inicial é atípica, pois falta circunstância essencial à efetiva tipificação do delito, qual seja, "***a intimação formal do agente para que restitua os autos***" (fls. 12).

A medida liminar foi deferida para sustar o andamento do feito até o julgamento final da presente ordem (fls. 144/145).

Na sequência, foram prestadas informações pela autoridade apontada como coatora (fls. 150/151), acompanhadas dos documentos de fls. 152/172.

A Douta Procuradoria Geral de Justiça, em seu parecer de fls. 174/178, manifestou-se pela denegação da ordem.

É o relatório.

Acesso ao Sumário

M.L.T.C.R. foi denunciada como incursa no crime previsto no artigo 356 do Código Penal porque teria deixado de restituir o 3º volume do processo cível nº 618/03, o qual recebeu na qualidade de advogada.

Segundo a inicial, "***No dia dos fatos, a estagiária J.D.R.S. realizou a carga rápida à denunciada, dos volumes dos autos supramencionados, permitindo a retirada do cartório para cópia de documentos. Posteriormente, a denunciada devolveu os autos retirados, com exceção do 3º volume, à funcionária do cartório T.V.Q.B.***." (fls. 20/21)

O caso é de concessão da ordem.

Conforme se verifica do trecho transcrito acima, a exordial descreve o

sumiço de um dos volumes do processo já referido e imputa a responsabilidade pelo desaparecimento à paciente.

Contra a acusação, já apresentou a denunciada o documento de fls. 29, qual seja, um recibo emitido pela servidora T. que atesta a devolução dos autos pouco tempo depois de sua retirada do cartório.

Nesse quadro, do modo como foi formulada a denúncia, não há mais do que se defender a paciente, não há outra prova que possa ela produzir.

É bem verdade que o desaparecimento de um dos volumes do processo caracteriza, em tese, o crime previsto no artigo 356. Isso porque, é indicativo da materialidade do delito.

Todavia, se contra a autoria que lhe é imputada já apresentou a paciente prova em contrário, não há, no caso concreto, justificativa para o prosseguimento da ação penal.

Note-se que a inicial não traz outros elementos que sustentem a acusação.

O recibo apresentado não seria válido? Teria ele conteúdo falso ou sido obtido através de meio fraudulento? Qual seria o interesse, a motivação da paciente no desaparecimento daquele volume?

Em outras palavras, tem-se que não há na peça inaugural qualquer outro argumento ou fato a ser rebatido. Mais uma vez: há somente a imputação da autoria que já foi contrariada por documento que é presumidamente verdadeiro.

Ainda que assim não fosse e que para o prosseguimento da ação se considerasse o argumento da d. Procuradoria no sentido de que há "***necessidade de instrução do feito, para que se confirme, em juízo e sob o contraditório, a caracterização do delito, incluindo a necessária presença do dolo***" (cf. fls. 177/178), o fato é que a breve análise dos elementos amealhados ao longo do inquérito já permite deduzir com segurança qual seria o desfecho do feito.

E, "data venia", não há que se falar em impossibilidade do trancamento do processo nesta seara, pois consoante o entendimento do Colendo Superior Tribunal de Justiça:

"**Em sede de *habeas corpus*, é possível que se proceda à valoração jurídica da conduta que, inequivocamente e nos limites da descrição do fato, se apresenta lícita. Essa análise não implica em revolvimento, cotejo, ou exame aprofundado de prova, o que tornaria inviável o *writ*. Determina-se o trancamento da ação quando restar demonstrado, de plano, a falta de elementos mínimos que caracterizem a existência de fato punível. *Writ* concedido, determinando-se o trancamento da ação penal**" (HC 14978/RJ *HABEAS CORPUS* 2000/0124219-9, relator Ministro JOSÉ ARNALDO DA FONSECA (1106), relator para acórdão: Ministro FELIX FISCHER (1109), T5 – QUINTA TURMA, julgado em 04/10/2001, publicado em DJ 04/02/2002 p. 428).

Acesso ao Sumário

É exatamente essa a hipótese dos autos, em que a concessão da ordem se impõe para preservar o "status dignitatis" da ora paciente.

Com efeito, tem-se que já foram ouvidas em sede policial as funcionárias envolvidas no ocorrido, bem como a acusada, sendo que não se extrai da inicial outras provas que pretendesse o *parquet* produzir.

Assim, tem-se que no inquisitório há: de um lado, a fala das servidoras, de onde se extrai que quem entregou os autos não se recorda do número de volumes retirados (fls. 39) e quem os recebeu alega não ter conferido, no momento da entrega, quantos foram os volumes devolvidos (fls. 40); e de outro, a versão da paciente, que vem acompanhada do comprovante emitido no ato do retorno.

Ora, nesse quadro, inevitável seria, no mínimo, uma absolvição por falta de provas, uma vez que resta evidente a impossibilidade de se demonstrar se o volume referido desapareceu quando em poder da acusada, ou depois da devolução, porque misturado em outros autos ou levado por terceira pessoa.

Em casos semelhantes, esta relatoria já teve a oportunidade de colacionar lição do Eminente Professor José Frederico Marques.

No clássico "Elementos de Direito Processual Penal" (Forense, 1.961, Volume II, pg. 161), o eminente doutrinador deu bastante realce ao controle sobre a denúncia no despacho liminar e enumerou 3 espécies de condições ou pressupostos que devem ser verificados para o recebimento da inicial: a- regularidade formal da denúncia; b- viabilidade da relação processual; c- **viabilidade do direito de ação** (op. cit. pg. 161 – grifei).

Assim, há que se verificar, antes da movimentação do aparato judicial, se há, no caso concreto, viabilidade de se obter uma decisão condenatória, mesmo que a imputação contida na denúncia seja possivelmente verdadeira.

Como afirmou o mestre citando José Alberto dos Reis, "**é de todo aconselhável e vantajoso, (...) que o magistrado disponha da faculdade de jugular à nascença pleitos absolutamente inviáveis**" (pg. 163).

E, depois de lembrar Torquato Castro, que disse que "**nada justifica ulterior movimentação processual, quando o juiz, liminarmente, em face da inépcia do pedido, possa desde logo reconhecer a absoluta carência do direito de ação**", completou:

> "**Quando se cuida da ação penal, maior peso adquirem esses argumentos, porquanto a *persecutio criminis* sempre afeta o *status dignitatis* do acusado e se transforma em coação ilegal, se inepta a acusação. A falta de *justa causa* para a coação processual, que se traduz na propositura da ação penal, é motivo, até, para a impetração de ordem de *habeas corpus*, <u>o que mostra ser inteiramente razoável que o juiz impeça a constituição da relação processual quando a denúncia se apresentar de todo não apta a produzir os efeitos que são pedidos na acusação</u>**" (pg. 163 – grifei).

Acesso ao Sumário

Assim, por tudo que ficou exposto, entendendo que a ação penal não é viável, pois não há outras provas a serem produzidas que indiquem a possibilidade da prolação de uma sentença condenatória, **concedo** a ordem para trancar a ação penal movida contra **M.L.T.C.R.**.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de *Habeas Corpus* nº 2054056-61.2014.8.26.0000, da Comarca de Carapicuíba, em que é paciente L.A.M.M. e Impetrante CAROLINA DALLA VALLE BEDICKS.

ACORDAM, em 12ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "por votação unânime, concederam em parte a ordem, assegurado ao paciente L.A.M.M. a transferência de imediato para Hospital de Custódia e Tratamento Psiquiátrico.", de conformidade com o voto da Relatora, que integra este acórdão. **(Voto 25.276)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores PAULO ROSSI (Presidente) e BRENO GUIMARÃES.

São Paulo, 25 de junho de 2014.

ANGÉLICA DE ALMEIDA, Relatora

Ementa: HC – revogação de medida cautelar de internação – portador de esquizofrenia – impossibilidade – reiteração da prática do delito – concessão parcial para determinar a remoção para Hospital de Custódia e Tratamento.

VOTO

A ilustre defensora pública Carolina Dalla Valle Bedicks, com pedido de liminar, apontando como autoridade coatora o(a) MM(ª) Juiz(a) da Vara do Juizado Especial Cível e Criminal da Comarca de Carapicuíba-SP, impetra o presente *habeas corpus*, em favor de *L.A.M.M.*, visando sejam cassados os efeitos da decisão, que determinou a internação provisória do paciente. Sustenta que o paciente, portador de esquizofrenia, submete-se a tratamento no CPS-Carapicuíba, dependendo do controle de diversos remédios para manter-se estável, cuidados que pode receber de sua avó, com quem reside. A Cadeia Pública, onde o paciente se encontra, não se mostra local adequado à condição de saúde do paciente. Por outro lado, fora recentemente aplicada ao paciente medida de segurança, consistente em tratamento ambulatorial. Aduz que não

Acesso ao Sumário

procedem as assertivas do avô, que visam expulsar o paciente e a avó do imóvel, em que residem (fls. 1/5). Acompanham os documentos de fls. 7/26.

Solicitadas informações (fls. 28), foram prestadas às fls. 32/33, acompanhadas da documentação de fls. 34/87.

Concedida a liminar (fls. 89/90), a d. Procuradoria Geral de Justiça opina pela denegação da ordem (fls. 97/99).

É o relatório.

A pretensão primeira formulada em favor do paciente *L.A.M.M.*, na presente impetração, não mostra viabilidade de ser acolhida.

O paciente reiterou a prática delituosa, após sentença, que lhe impusera medida de segurança consistente em tratamento ambulatorial. A nova investida contra a mesma vítima não recomenda, ao menos por ora, a manutenção do tratamento ambulatorial. Constatado que o paciente é portador de psicose esquizofreniforme. Não se dispõe a se submeter ao tratamento devido, apresentando reação maníaca e quadro de agressividade a colocar em risco os avós e a sua própria integridade física, de conformidade com o relatório técnico social, emitido pelo Conselho Municipal do Idoso e o relatório elaborado pelo Conselho Municipal da Pessoa com Deficiência, do município de Carapicuíba.

Assim, tendo em vista o quadro de comprometimento da saúde mental, impõe-se, desde logo, assegurar a remoção do paciente para Hospital de Custódia e Tratamento, ou à falta, para outro estabelecimento adequado, considerada que deve ser a providência, de forma diligente, determinada pela autoridade impetrada, ou seja, a apresentação de laudo do estado de saúde do paciente a cada 45 dias para o acompanhamento do juízo impetrado.

Por certo, a permanência do paciente em estabelecimento inadequado para o cumprimento da medida cautelar de internação provisória constitui constrangimento ilegal, ainda que a demora para a efetiva transferência do paciente não resulte de ilegalidade ou omissão da autoridade impetrada.

Anote-se que, em cumprimento à liminar, o paciente foi removido para o Hospital de Tratamento Psiquiátrico de Franco da Rocha, conforme consta da certidão acostada às fls. 95.

Diante do exposto, por votação unânime, concederam em parte a ordem, assegurado ao paciente *L.A.M.M.* a transferência de imediato para Hospital de Custódia e Tratamento Psiquiátrico.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de *Habeas Corpus* nº 2082524-

35.2014.8.26.0000, da Comarca de Batatais, em que é paciente MIGUEL RETUCI JÚNIOR, Impetrantes ANDRÉ RENATO SERVIDONI e HELOISA BOTURA PIMENTA.

ACORDAM, em 15ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Denegaram a ordem. V.U. Sustentou oralmente o Dr. André Renato Servidoni e usou da palavra o Exmo. Sr. Procurador de Justiça Dr. Paulo Juricic.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 16.418)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores WALTER DE ALMEIDA GUILHERME (Presidente), POÇAS LEITÃO e ENCINAS MANFRÉ.

São Paulo, 28 de agosto de 2014.

WALTER DE ALMEIDA GUILHERME, Relator

Ementa: *Habeas Corpus* – Crime ambiental – Art. 54, da Lei nº 9605/98 – Pedido de trancamento da ação penal fundado na alegação de falta de justa causa, inépcia da denúncia, conduta atípica, ilegitimidade passiva, ausência de indícios de materialidade, responsabilização objetiva e ausência de culpabilidade, pretendido, ainda, o reconhecimento da prescrição – Inadmissibilidade – Denúncia que descreve, clara e objetivamente, conduta formalmente típica – Indícios bastantes de autoria e materialidade a indicar que o paciente, por meio do posto de combustíveis de sua propriedade, causou poluição que pode resultar em riscos à saúde humana – Presentes os requisitos necessários para a instauração da ação penal e inexistindo qualquer elemento a indicar responsabilização objetiva do paciente, tem o Ministério Público o direito de tentar provar durante a instrução os fatos articulados na denúncia – Prescrição – Inocorrência, considerando-se a pena máxima cominada em abstrato e o recebimento da denúncia como marco interruptivo – Ordem denegada.

VOTO

Os advogados André Renato Servidoni e Heloisa Botura Pimenta impetram *habeas corpus*, com pedido de liminar, em favor de Miguel Retuci

Acesso ao Sumário

Júnior, denunciado perante o Juízo de Direito da Vara Criminal da Comarca de Batatais por infração do artigo 54, da Lei nº 9.605/98 ("*Causar poluição de qualquer natureza em níveis tais que resultem ou possam resultar em danos à saúde humana, ou que provoquem a mortandade de animais ou a destruição significativa da flora*").

Historiando os fatos, dizem os impetrantes que em 1º de maio de 1992 a Companhia Brasileira de Petróleo Ipiranga locou imóvel na Comarca de Batatais e, em seguida, sublocou-o para a MRR Operadora de Derivados de Petróleo Ltda., empresa que tem como sócio-proprietário o paciente, tendo aquela fornecido a esta os equipamentos para instalação de um posto de combustíveis. Em 13 de dezembro de 2007, a MRR paralisou suas atividades, retirou alguns equipamentos e devolveu a posse do imóvel para seus proprietários, desocupando o imóvel em 07 de janeiro de 2008. Ficaram no local apenas os tanques de combustíveis subterrâneos.

O Ministério Público, prosseguem os impetrantes, ingressou com ação civil pública em face da MRR Operadora de Derivados de Petróleo Ltda. e Companhia Brasileira de Petróleo Ipiranga, diante do risco de dano ambiental, ação esta que ainda tramita perante a vara cível da Comarca de Batatais. O Ministério Público requisitou, ainda, a instauração de inquérito policial, procedimento este que, ultimado, deu ensejo ao oferecimento de denúncia e à instauração de ação penal contra o paciente.

Alegam os impetrantes que a denúncia é inepta, porquanto não descreve de forma individualizada a conduta do acusado e tampouco o fato criminoso com todas as suas circunstâncias, ferindo o artigo 395 do Código de Processo Penal. Apontam que a peça acusatória não refere a data do alegado dano ambiental, não indica as páginas do suposto laudo ambiental que concluiu existir o dano, laudo que estaria eivado de parcialidade, uma vez que emitido por empresa contratada pela Companhia Ipiranga, também envolvida na investigação criminal. Sustentam, mais, que não há descrição pormenorizada do tipo penal na denúncia, ou seja, não há indicação de qual seria a conduta poluidora praticada pelo acusado, causadora de danos à saúde, mortandade de animais e destruição da flora. Sendo genérica e inepta, portanto, a denúncia impossibilita o exercício da ampla defesa, anotando mais os impetrantes que o nosso ordenamento jurídico não contempla a responsabilidade objetiva no âmbito penal.

Acesso ao Sumário

Afirmam os autores a ausência de culpabilidade do paciente, uma vez que a MRR, empresa de sua propriedade, era sublocatária do imóvel, locado pela Ipiranga, sendo desta os equipamentos que poderiam ter causado eventuais danos ambientais, tanto que a CETESB determinou que a Ipiranga retirasse os tanques subterrâneos. Afirmam causar estranheza que a representante legal da Ipiranga não integre o polo passivo da ação penal, até porque assim ocorre na ação civil pública. Diz que o laudo no qual se baseia a denúncia refere

vazamento quando da retirada dos tanques, em dezembro de 2010, data em que a empresa do paciente já teria desocupado o imóvel, desocupação efetivada em 13 de dezembro de 2007.

Relativamente à ausência de materialidade, aduzem que na ação civil pública foi determinada a realização de perícia judicial pela CETESB com o fim de desvendar se realmente ocorreu vazamento e consequente dano ambiental, cujo teor contrasta com aquele em que se baseou a denúncia, repita-se, tisnada de parcialidade, porquanto realizado por empresa contratada pela Ipiranga. Assim, ausente a materialidade, deve a ação penal ser arquivada. Além do mais, estando em tramitação a ação civil pública, não há definição na esfera civil de quem seria a responsabilidade por eventual dano ambiental.

Sustentam, mais, os impetrantes, que prescrita está a pretensão punitiva estatal. Dizem que não há definição sobre a existência do dano ambiental, bem como de quando poderia ter ocorrido. Mas, se dano houve por parte do paciente, argumentam, este teria ocorrido por culpa, o que levaria à tipificação de sua conduta como a prevista no § 1º do artigo 54 da Lei nº 9.605/98, cuja pena máxima prevista é de um ano. Assim, levando em conta que a infração, segundo a denúncia, teria ocorrido em 2002, já se teria ultrapassado o prazo prescricional. De outra parte, anotam os impetrantes que o paciente entregou o imóvel em janeiro de 2008, como prova o documento de fls. 124, e como a denúncia foi recebida em 11 de junho de 2013, igualmente estaria prescrita a pretensão acusatória.

Aduzem, também, a ilegitimidade de parte, porquanto o paciente está sendo investigado por crime ambiental, que ainda está sendo discutido na seara cível, sendo, portanto, parte ilegítima na ação penal, anotando, mais uma vez, inexistir prova material do suposto crime.

Asseveram que o paciente foi denunciado apenas por ser sócio da empresa, inexistindo prova da autoria do delito.

Desse modo, mostrando-se evidente a ausência de participação do paciente no crime enquanto esteve na posse do imóvel, bem como demonstrada a atipicidade de sua conduta, autorizado está o manejo do *habeas corpus* para trancamento da ação penal, à falta de justa causa.

Por último, apontam ainda os impetrantes a diferença entre o ilícito ambiental e penal, assinalando a possibilidade da responsabilidade objetiva quanto ao primeiro, mas não quanto ao segundo, cuja responsabilidade é subjetiva, de modo a exigir apontamento claro da culpabilidade do agente, o que não aconteceu.

Indeferida a liminar e prestadas as informações, sobreveio parecer da Procuradoria-Geral de Justiça voltado para a denegação da ordem.

Este o relatório.

Acesso ao Sumário

Em que pese o trabalho de fôlego desenvolvido pelos combativos impetrantes, impõe-se a denegação da ordem pelos fundamentos que passo a expor.

A denúncia, no processo penal, tem duas finalidades primordiais: dar a conhecer a alguém a prática delitiva que lhe é imputada e, por isso, o interesse do Estado em processá-lo criminalmente; e permitir a este o exercício do direito de defesa. Até por isso, a descrição dos fatos nela contidos há de ser, a bem da clareza e da boa técnica, objetiva.

O paciente foi denunciado por infração do artigo 54 da Lei nº 9.605/98.

Para a prática do aludido crime, basta que o agente cause poluição de qualquer natureza em níveis tais que resulte ou possa resultar em danos à saúde humana ou – de forma alternativa – que provoquem a mortandade de animais ou destruição significativa da flora.

Eis a inicial:

"*Consta dos inclusos autos que entre os anos de 1993 e 2010, no posto de combustíveis localizado na Rua Alberto Gaspar Gomes, nº 191, neste município, MIGUEL RETUCI JÚNIOR, qualificado a fl. 186, descumprindo dever especial de agir,* ***causou poluição que pode resultar em riscos à saúde humana***. (grifei)

Segundo apurado, o ora denunciado, através da firma MRR Operadora de Derivados de Petróleo Ltda., pela qual era responsável, exerceu atividade de revenda de combustível entre os anos de 1993 a 2005, explorando posto sublocado da Cia. Brasileira de Petróleo Ipiranga S/A.

Desde o ano de 2002, foram constatadas evidências de contaminação no solo no posto de combustíveis do denunciado. Apesar disso, o posto continuou a funcionar sem as reformas exigidas pelo CONAMA.

Além disso, o denunciado encerrou as atividades do posto de combustíveis sem o cumprimento dos requisitos legais de desativação, notadamente a retirada dos equipamentos, o que também deu causa à poluição ambiental.

Notificada, a Cia. Brasileira de Petróleo Ipiranga S/A apresentou laudo de investigação detalhada, no qual foi constatada a contaminação de água subterrânea pelos componentes benzeno, tolueno e xileno, de responsabilidade do agente, que causou poluição ambiental.

Diante do exposto, DENUNCIO MIGUEL RETUCI JÚNIOR a Vossa Excelência como incurso no artigo 54 da Lei nº 9.605/98 c.c. os artigos 13, § 2º, letra 'a', do Código Penal, requerendo que, após o recebimento e autuação desta, seja determinada a citação dos denunciados para responderem à acusação e serem devidamente processados até final sentença condenatória, ouvidas as testemunhas abaixo arroladas e observado o rito procedimental disposto no artigo 396 e seguintes do Código de Processo Penal".

Acesso ao Sumário

Nesses termos, não é inepta a denúncia, que descreveu, enquanto requisitório de instauração de ação penal, clara e objetivamente os atos do paciente – sendo de relevância observar que este, quando dos fatos, era sócio único da MRR –, dando-lhe a conhecer a razão de o Ministério Público pedir a instauração de ação penal e lhe ensejando plenamente exercer a defesa. É na ação penal que deverá ser discutida eventual culpabilidade do paciente, matéria esta estranha ao *habeas corpus* por exigir aprofundamento na prova e análise de contraste.

A conduta descrita na inicial está amparada pelos elementos contidos no caderno investigativo, indicativos da existência material de crime e de indícios de autoria.

Maria Aparecida Baldochi, engenheira química responsável pela fiscalização do posto, afirmou que as evidências de contaminação do solo foram constatadas em 2002, com emissão de laudo provisório, e que a empresa do paciente, em 2004, ainda funcionava sem a realização da reforma determinada pelo CONAMA (Conselho Nacional do Meio Ambiente). Disse ainda que, em 2010, a Companhia Ipiranga apresentou laudo comprovando a contaminação da água subterrânea (fls. 230). O laudo referido pela testemunha foi encartado a fls. 232/286 e atesta a presença, no solo, de benzeno, tolueno e xileno, agentes poluidores e oriundos da atividade comercial exercida pelo paciente. Ora, encartado o inteiro teor do laudo nos autos, afigura-se desnecessária a menção, na denúncia, das folhas que referem a existência do dano. Os autos contam, ainda, com o laudo posteriormente realizado pela CETESB, visto a fls. 441/448, que também trata do dano ambiental referido na denúncia.

Neste diapasão, não vejo insuficiência de descrição dos atos imputados ao paciente na inicial acusatória, tampouco ausência de indícios de materialidade ou eventual responsabilização objetiva, uma vez que, está claro, atribui-se a ele, a partir dos produtos comercializados por sua empresa no posto de combustíveis, haver causado poluição que pode resultar em riscos à saúde humana, valendo anotar que a comercialização dos aludidos produtos prosseguiu mesmo depois de constatadas evidências de contaminação do solo, fato este que era do conhecimento dele.

A conduta descrita é, portanto, formalmente típica, descrita no art. 54 da lei especial. Com essa base, não se pode retirar do Ministério Público o direito de tentar provar durante a fase de instrução os fatos articulados na denúncia.

Não prospera, outrossim, a pretensão de ver reconhecida a prescrição ao argumento de que a conduta do paciente seria culposa, porquanto tal aferição envolveria exame de mérito, inadmissível no *habeas corpus*. O crime imputado ao paciente prevê pena de reclusão de 1 a 4 anos. A pena máxima cominada em abstrato prescreve em 8 anos. A denúncia menciona que os danos ambientais

Acesso ao Sumário

tiveram início em 2002, estendendo-se até depois do encerramento das atividades, sem a devida retirada dos equipamentos, em 2008. O recebimento da denúncia, causa interruptiva da prescrição, deu-se em 11 de junho de 2013. Simples cálculo matemático evidencia que, considerada a imputação original, não ocorreu a prescrição.

Acresce dizer que o fato de a ação civil pública estar em tramitação não impede a instauração da ação penal, inexistindo constrangimento ilegal se, conforme posto na inicial acusatória, existirem indícios suficientes de autoria e prova da materialidade.

De outra parte, a ausência, no polo passivo da ação penal que deu origem a este *habeas corpus*, do representante legal da empresa Cia. Brasileira de Petróleo Ipiranga S/A não impõe o trancamento desta, por ilegitimidade de parte do paciente. Durante a instrução, o Ministério Público, se o caso, poderá emendar a inicial, para incluir referida empresa no polo passivo da demanda criminal.

Por fim, a alegada parcialidade do laudo no qual se baseou a denúncia ou mesmo eventual discrepância com aquele elaborado pela CETESB, por importar em exame aprofundado da prova, não autoriza análise no *writ.*

Do exposto, denego a ordem.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de *Habeas Corpus* nº 2118251-55.2014.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é paciente ZILDA DA SILVA, Impetrantes DAVID TEIXEIRA DE AZEVEDO, MORONI MORGADO MENDES COSTA e SANDRO LÍVIO SEGNINI.

ACORDAM, em 13ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Concederam parcialmente a ordem apenas para anular a decisão fl. 272 (destes autos) que determinou a expedição de ofício à instituição bancária, determinando-se o desentranhamento dos autos dos referidos extratos, sem prejuízo de nova decretação da medida, desde que devidamente fundamentada a sua imprescindibilidade para o deslinde da ação penal em curso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 30.001)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores AUGUSTO DE SIQUEIRA (Presidente) e CARDOSO PERPÉTUO.

São Paulo, 4 de setembro de 2014.

RENÊ RICUPERO, Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: *HABEAS CORPUS* – Furto qualificado – Trancamento da Ação Penal – Inépcia da denúncia – Inocorrência – Descrição das condutas possibilitando a adequação típica – Necessidade de exame aprofundado da prova – Impossibilidade na via eleita.

Alegação de nulidades – Denúncia admitida de forma motivada – Desnecessidade de fundamentação extensa – Expedição de ofício à instituição bancária, solicitando extratos de conta corrente – Decisão que não indicou razões de fato ou de direito para determinação da diligência – Ausência de fundamentação – Nulidade reconhecida para determinar o desentranhamento da prova.

Ordem parcialmente concedida.

VOTO

Os advogados David Teixeira de Azevedo, Moroni Morgado Mendes Costa e Sandro Livio Segnini impetram a presente ordem de *habeas corpus* em favor de ZILDA DA SILVA, aduzindo constrangimento ilegal, atribuível ao MM. Juízo de Direito da 28ª Vara Criminal da Comarca da Capital, nos autos de ação penal nº 0057502-58.2011.8.26.0050.

Buscam, em síntese, o trancamento da ação penal, por faltar-lhe justa causa, vez que se trata de matéria exclusivamente cível, e o reconhecimento da nulidade da decisão que inadvertidamente decretou a quebra de sigilo bancário de sociedade empresarial e daquelas que reconheceram a admissibilidade da denúncia, por ausência da devida fundamentação legal (fls. 01/17), instruindo a inicial com documentos (fls. 18/383).

Denegada a liminar (fls. 385/386) e prestadas as informações de praxe (fls. 389/390), com cópias atinentes ao feito (fls. 391/397), opinou a douta Procuradoria Geral de Justiça pela denegação da ordem (fls. 399/403).

É o relatório.

A ordem é de ser denegada, salvo no tocante à decisão que decretou a quebra de sigilo bancário da paciente.

O trancamento da ação penal é medida de caráter excepcional, mormente na via do *habeas corpus* que, dada a sua estreiteza, não admite dilação probatória.

De modo que o trancamento só pode ocorrer, em tese, quando manifestamente comprovada a atipicidade da conduta, a incidência de causa de extinção da punibilidade, a ausência de indícios de autoria e materialidade ou

Acesso ao Sumário

a violação de direitos constitucionalmente assegurados, hipóteses que não se vislumbram no presente caso.

A denúncia ofertada (fls. 19/21) atende aos requisitos do art. 41 do CPP, imputando à paciente a prática das condutas descritas no art. 155, § 4º, II, c.c. art. 71, ambos do Código Penal, porque, em outubro de 2010, valendo-se das mesmas condições de tempo, lugar e maneira de execução e com abuso de confiança, subtraiu, para si, as quantias de R$ 265.000,00 (duzentos e sessenta cinco mil reais), R$ 33.735,00 (trinta e três mil e setecentos e trinta e cinco reais) e R$ 36.000,00 (trinta e seis mil reais) pertencentes à empresa Esxil Produtos Naturais Ltda.; as quantias de R$ 195.000,00 (cento e noventa e cinco mil reais) e R$ 109.100,00 (cento e nove mil e cem reais) pertencentes à empresa Luna di Fortuna Perfumes Naturais Ltda.; as quantias de R$ 190.000,00 (cento e noventa mil reais), R$ 252.000,00 (duzentos e cinquenta e dois mil reais), R$ 43.200,00 (quarenta e três mil e duzentos reais) e R$ 76.411,00 (setenta e seis mil quatrocentos e onze reais) pertencentes à empresa Michel Miguel Perfumes Naturais Ltda.; R$ 224.000,00 (duzentos e vinte e quatro mil reais), R$ 7.500,00 (sete mil e quinhentos reais), R$ 100.000,00 (cem mil reais) e R$ 107.000,00 (cento e sete mil reais) pertencentes a Mont Seint Perfumes Naturais Ltda. e a quantia de R$ 20.200,00 (vinte mil e duzentos reais) e R$ 46.000,00 (quarenta e seis mil reais) pertencentes à empresa Cleliz Produtos Ltda..

Segundo a exordial, a paciente participava como sócia minoritária, com menos de 10% das cotas daquelas empresas, que tinham como sócia majoritária sua irmã Clevonil Soares de Oliveira, com 90% das cotas. Na data dos fatos, valendo-se daquela condição, compareceu nas agências bancárias nas quais as empresas referidas possuíam conta e efetuou saques no valor de R$ 265.411,00 (duzentos e sessenta e cinco mil, quatrocentos e onze reais), além de transferências no montante de R$ 1.439.735,00 (um milhão, quatrocentos e trinta nove mil, setecentos e trinta e cinco reais) para a empresa Silxa Produtos Naturais Ltda., da qual figurava como sócia majoritária, e apesar de firmado entre as sócias acordo cível para divisão das empresas, este não foi cumprido.

Acesso ao Sumário

A peça acusatória narra fato típico, inserto no dispositivo penal mencionado, restando defeso, nesta via, tecer quaisquer considerações quanto à impropriedade da capitulação, meramente provisória, adotada na denúncia, por importar no exame valorativo e aprofundado de questões fáticas.

Mesmo porque, durante a instrução sempre poderão surgir fatos que alterem aquela tipificação.

Ademais, é cediço que o réu se defende dos fatos descritos na denúncia e não da capitulação legal.

Além disso, a via estreita do *writ* torna inviável adentrar profundamente a prova buscando o elemento subjetivo do delito, mormente quando a versão da

paciente não é a única existente nos autos, sendo infirmada pelas alegações de sua irmã e sócia, como se percebe da *notitia criminis* de fls. 23/28.

Assim, não cabe aqui esclarecer controvérsias, descartar ou julgar inadmissíveis as versões apresentadas, sem o exame mais acurado dos elementos probatórios, o que necessariamente só poderá ser realizado durante a persecução penal.

De outra parte, o recebimento preliminar da denúncia (fl. 347) é mero juízo de delibação, não carecendo de extensa motivação.

Na espécie, patente que, ao consignar "presentes os requisitos legais", o Juízo entendeu que a peça acusatória não se encontra desprovida de amparo nos elementos fáticos até aqui colhidos.

Por fim, também restou expresso que os argumentos apresentados na defesa prévia "deverão ser bem apurados durante a instrução processual e por ora não ensejam a absolvição sumária" (fl. 363), deixando claro que enfrentou as alegações defensivas, realizando, assim, de forma efetiva o devido juízo de admissibilidade da acusação.

Com efeito, a valoração probatória efetuada nesta fase processual deve limitar-se à análise da existência manifesta das hipóteses de exclusão da responsabilidade penal ou quando o fato evidentemente não constituir crime, na dicção peremptória do art. 397, do CPP.

Assim, não se pode imputar ao ato atacado qualquer irregularidade, vez que nenhuma delas exsurge de plano da documentação que acompanha a inicial.

De outra parte, correta a postergação para momento oportuno da análise aprofundada das alegações defensivas, as quais, como se dessume de fls. 354/361, confundem-se com o mérito da ação penal, demandam dilação probatória e, de fato, deverão ser avaliadas posteriormente.

Mesmo porque, adentrar, neste momento, em análise subjetiva mais minuciosa poderia, até mesmo, prejudicar teses eventualmente favoráveis à paciente.

Neste sentido:

> PROCESSUAL PENAL. *HABEAS CORPUS*. ART. 396-A DO CPP. LEI Nº 11.719/2008. DENÚNCIA. RECEBIMENTO. MOMENTO PROCESSUAL. ART. 396 DO CPP. RESPOSTA DO ACUSADO. PRELIMINARES. MOTIVAÇÃO. AUSÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. I – A par da divergência doutrinária instaurada, na linha do entendimento majoritário (Andrey Borges de Mendonça; Leandro Galluzzi dos Santos; Walter Nunes da Silva Junior; Luiz Flávio Gomes; Rogério Sanches Cunha e Ronaldo Batista Pinto), é de se entender que o recebimento da denúncia se opera na fase do art. 396 do Código de Processo Penal. II – Apresentada resposta pelo réu nos termos

Acesso ao Sumário

do art. 396-A do mesmo diploma legal, não verificando o julgador ser o caso de absolvição sumária, dará prosseguimento ao feito, designando data para a audiência a ser realizada. III – A fundamentação referente à rejeição das teses defensivas, nesta fase, deve limitar-se à demonstração da admissibilidade da demanda instaurada, sob pena, inclusive, de indevido prejulgamento no caso de ser admitido o prosseguimento do processo-crime. IV – No caso concreto a decisão combatida está fundamentada, ainda que de forma sucinta. V – Ordem denegada. (HC 138.089/SC, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 02/03/2010, DJe 22/03/2010).

De fato, o requisito da fundamentação, materialmente, se consubstancia na possibilidade de as partes entenderem as razões da decisão judicial.

Contudo, se não pode declarar omissas as decisões que admitiram a denúncia, o mesmo não se pode dizer daquela de fl. 272 (destes autos) que determinou a expedição de ofício à instituição bancária, solicitando os extratos bancários da conta corrente de titularidade da empresa Silxa Produtos Naturais Ltda..

Por r. decisão datada de 01.12.2011, decidiu-se, *in verbis*:

"Oficie-se como requerido pelo Ministério Público, assinalando-se o prazo de 45 (quarenta e cinco) dias para resposta.

No silêncio, reitere-se.

Após, à Delegacia de origem, anotados 60 dias de prazo para continuidade das investigações".

A um simples vislumbre da decisão atacada, conclui-se, de maneira inequívoca, que é nula de pleno direito. Não foi tão-somente sucinta ou concisa, mas ausente de qualquer fundamentação, porquanto o d. Magistrado *a quo* não apresentou qualquer motivo fático e/ou jurídico que, porventura, o tenha levado a reconhecer a imprescindibilidade da prova.

Não se pode sequer entender-se que, ao deferir a quebra do sigilo, o d. Magistrado *a quo* tenha encampado os fundamentos trazidos aos autos pelo Representante Ministerial ao formular o seu pedido.

Com efeito, o requerimento ministerial foi tão ou mais lacônico:

"(...) Requeiro, ainda, seja requisitado ao Banco HSBC para que envie o extrato da conta corrente nº 17910997211 (fls. 103) agência nº 1791, de titularidade da empresa Silxa Produtos Naturais Ltda., referentes aos meses de outubro a dezembro/2010" (fl. 271).

Logo, não se observou o que vem determinado no artigo 381, incisos II e III, do Estatuto Processual Penal.

Não se cuidou de mera economia ou concisão, sendo forçoso reconhecer

que a decisão em tela não declinou, efetivamente, razões, motivos ou referências ao caso particular, capazes de possibilitar a compreensão da aplicabilidade de qualquer fundamento legal, para formal e judicialmente determinar a produção daquela prova.

Em que pese a proteção de sigilo de informações não ser direito absoluto, cabia ao Magistrado expressar um mínimo de razões idôneas a justificar a sua necessidade para a investigação criminal.

Por outro lado, evidente o prejuízo para ZILDA, se esta prova irregularmente determinada for utilizada no julgamento.

Logo, esta decisão padece de nulidade insanável, que deve ser reconhecida e declarada, pois houve omissão de formalidades essenciais, devendo os extratos trazidos serem desentranhados dos autos, para que não sejam utilizados como fonte de fundamentação para a sentença, nada impedindo, contudo, que o Juízo, destinatário da prova, ordene a expedição de novo ofício, desde que justifique a necessidade da providência.

Por fim, convém ressaltar que a providência em nada alterará a marcha do feito, que já se desdobra desde o ano de 2012, não se justificando a sua suspensão.

Ante o exposto, concederam parcialmente a ordem apenas para anular a decisão fl. 272 (destes autos) que determinou a expedição de ofício à instituição bancária, determinando-se o desentranhamento dos autos dos referidos extratos, sem prejuízo de nova decretação da medida, desde que devidamente fundamentada a sua imprescindibilidade para o deslinde da ação penal em curso.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de *Habeas Corpus* nº 0054260-42.2014.8.26.0000, da Comarca de Birigui, em que é impetrante/paciente EDIMAR RAMOS TOFOLI.

ACORDAM, em 15ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Concederam a ordem, relaxando-se, por excesso de prazo para o término da instrução, a prisão preventiva do paciente Edimar Ramos Tofoli, com extensão da presente ordem à corré Marcilene Nalin, com a expedição de competentes alvarás de soltura clausulados. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão**. (Voto nº 949)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores WALTER DE ALMEIDA GUILHERME (Presidente) e HELIO FARIA.

São Paulo, 11 de setembro de 2014.

Acesso ao Sumário

RICARDO SALE JÚNIOR, Relator

Ementa: *HABEAS CORPUS* – Tráfico ilícito de drogas – Prisão preventiva – Excesso de prazo configurado na realização de perícia solicitada pela defesa – Constrangimento ilegal alegado verificado diante do lapso temporal entre a perícia solicitada e não realizada – Ordem concedida, com extensão à corré.

VOTO

Trata-se de *habeas corpus* impetrado por **EDIMAR RAMOS TOFOLI**, em seu próprio favor, denunciado como incurso no artigo 33, *caput*, da Lei nº 11.343/06, sob a alegação de estar sofrendo ilegal constrangimento por parte do MM. Juízo de Direito da Comarca de Birigui, consistente na manutenção da prisão preventiva e em razão de estar preso por prazo excessivo.

Em resumo, pretende a concessão da ordem para que seja a prisão preventiva revogada de imediato, com a expedição do respectivo alvará de soltura.

Indeferida a liminar pela decisão de fls. 10 e prestadas as informações de fl. 13/16, opinou a Douta Procuradoria Geral de Justiça pela denegação da ordem, caso conhecida (fls. 30/34).

É o relatório.

É o caso de se conceder a ordem.

Detido e autuado em flagrante em 11 de fevereiro de 2013, o paciente foi denunciado como incurso nas sanções do artigo 33, *caput*, da Lei nº 11.343/06, tinha em depósito 16 (dezesseis) gramas de maconha, distribuídos em 16 (dezesseis) porções e 24 (vinte e quatro) gramas de cocaína, distribuídos em 44 (quarenta e quatro) porções envoltas em papel. E, conforme se apurado, via contato telefônico, consta, também, da denúncia que a corré Marcilene Nalin, teria sido autuada em flagrante na mesma data e denunciada por ter sido localizada em seu poder cerca de 15,92g de maconha distribuídos em 17 (dezessete) porções.

Assim, conforme consta das informações prestadas pela autoridade apontada como coatora, a denúncia foi oferecida em 05 de março de 2013 e, após apresentação da defesa preliminar, foi recebida em 05 de maio de 2013, na data em que realizada audiência de instrução, "*onde foram ouvidas as testemunhas e interrogados o paciente e a corré Marcilene. Na mesma audiência foi deferida a realização de exame toxicológico nos dois acusados, estando os autos aguardando a juntada dos respectivos laudos*."(fls. 15).

Acesso ao Sumário

Esclareceu, ainda, o MM. Juízo *a quo*, que, "*a instrução já foi encerrada e o exame toxicológico foi formulado pela defesa, incidindo as Súmulas 52 e 64 do STJ.*" (fls. 15), o que justificaria a eventual demora para o deslinde da causa.

Ora, certo que o prazo fixado pela jurisprudência para o término da fase instrutória, cujo excesso pode caracterizar o alegado constrangimento, pressupõe normalidade, com atos que se cumprem e se esgotam no próprio Juízo da causa, mostra-se sempre necessária a análise de cada situação concreta, pois nem sempre do excesso decorre constrangimento.

No caso concreto dos autos, mostra-se evidente o excesso de prazo, pois apesar de se dizer encerrada a instrução e que a demora decorre, exclusivamente, em decorrência de prova pericial solicitada pela defesa, passados mais de um ano no aguardo daquela providência, até agora não tem notícia de que tivessem os referidos laudos se realizados, com isto se tendo por superado o prazo razoável e com isso caracterizando-se o ilegal constrangimento a que submetido o paciente e a corré denunciada.

A liberdade provisória se mostra necessária na espécie, tanto para evitar a permanência de ambos no cárcere com situação processual indefinida e, também, porque não se sabe de forma concreta qual será o lapso temporal que ambos ainda vão ter que aguardar para se submeterem a prova requerida pela defesa e que, pelos elementos colhidos nesta sumária via, diante da quantidade da droga apreendida e dos demais elementos de convicção, não justificam que ambos permaneçam em prisão preventiva no aguardo dos exames não realizados.

Assim sendo e nestes termos, julga-se procedente a impetração para o fim de conceder a ordem, relaxando-se, por excesso de prazo para o término da instrução, a prisão preventiva do paciente Edimar Ramos Tofoli, com extensão da presente ordem à corré Marcilene Nalin, com a expedição de competentes alvarás de soltura clausulados.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de *Habeas Corpus* nº 0047274-72.2014.8.26.0000, da Comarca de Itu, em que é paciente ELIO APARECIDO DE OLIVEIRA e Impetrante LAERTES DE MACEDO TORRENS.

ACORDAM, em 5ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Denegaram a ordem, indeferido o desentranhamento da prova emprestada, bem como novo adiamento do Júri. Comunique-se com urgência. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 24.984)**

Acesso ao Sumário

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores JUVENAL DUARTE (Presidente sem voto), TRISTÃO RIBEIRO e SÉRGIO RIBAS.

São Paulo, 18 de setembro de 2014.

JOSÉ DAMIÃO PINHEIRO MACHADO COGAN, Relator

Ementa: *Habeas Corpus*. Homicídio qualificado. Impetração entendendo ter ocorrido constrangimento ilegal em razão da defesa não ter sido intimada para participar das audiências e julgamentos dos corréus, em razão do paciente ter recorrido ao E. Tribunal de Justiça e depois ao C. STJ, ocasionando o desmembramento do feito quanto a si. Inexistência de nulidade. Adiamento do julgamento indeferido. Denegada a ordem.

VOTO

Ingressa o impetrante com a presente ordem de *habeas corpus* em favor do paciente Elio Aparecido de Oliveira informando que os corréus Niceias Oliveira Brito e José Roberto Trabachini teriam sido denunciados juntamente com o ora paciente pela prática de homicídio qualificado por motivo torpe e recurso que impossibilitou a defesa do ofendido, no caso, a vítima Humberto da Silva Monteiro e a mesma hipótese, mas tentada, com relação à vítima Josué Soares Dantas, anotando-se que Elio Aparecido de Oliveira, então Vice-Prefeito de Itu, seria o autor intelectual dos delitos, praticados em coautoria e concurso material.

Em razão de ter ocorrido julgamento por esta E. Câmara e o paciente Elio ter interposto Recurso Especial para o Superior Tribunal de Justiça, houve desmembramento do feito com relação ao mesmo, prosseguindo-se em Primeiro Grau quanto aos demais.

Acesso ao Sumário

O Recurso Especial foi indeferido.

Pretende a defesa do paciente Elio a ocorrência de nulidade em razão de que quando do desmembramento dos autos, produção de provas com relação aos corréus Niceias Oliveira Brito e José Roberto Trabachini, bem como quando do julgamento dos mesmos, não ter sido intimada para deles participar, entendendo que se tratava do mesmo fato e que tinha o direito de participar dessas colheitas de provas e julgamento.

Posteriormente à denúncia quanto aos corréus Niceias e José Roberto, descobriu-se executores diretos do delito, envolvidos no mesmo contexto, o

que gerou nova denúncia contra Eduardo Aparecido Crepaldi, Thiago Martins Bandeira e Luis Antonio Roque, existindo a mesma reclamação por parte do advogado do ora paciente de que não participou da fase instrutória, nem do julgamento dos corréus pelo Júri, entendendo que seria um direito seu e teria ocorrido cerceamento de defesa. Juntou certidões de fls. 36/38.

Aliás, o ora impetrante vai mais longe ao pretender que face ao princípio da obrigatoriedade e da indivisibilidade da ação penal deveria ter ocorrido aditamento na denúncia primitiva por parte do Ministério Público e não a instauração de novo procedimento, com nova denúncia.

Pretende, pois, a ocorrência de prova ilícita e cerceamento de defesa, pretendendo a nulidade das provas emprestadas acostadas aos autos referentes aos outros julgamentos já ocorridos e seus respectivos desentranhamentos, bem como que não possam ser utilizados durante o julgamento do ora paciente.

A medida cautelar foi denegada pelo E. Des. Sérgio Ribas na ausência justificada do signatário, sendo indeferido ainda o pedido de reconsideração.

Vieram informações da autoridade impetrada (fls. 43/44).

A douta Procuradoria Geral de Justiça em parecer do culto Dr. Marco Antonio Garcia Baz, é pela denegação da ordem.

É o relatório.

O impetrante juntou aos autos parecer do E. Des. Celso Limongi, ora aposentado, e que foi convocado em vaga do E. Superior Tribunal de Justiça, onde Sua Excelência se bate pela concessão da ordem, entendendo estar-se frente à prova ilícita, devendo ser autorizado seu desentranhamento.

Cita vários artigos a folhas não numeradas da sua derradeira manifestação, inclusive o art. 398, do Código de Processo Penal, que se encontra revogado pela Lei nº 11.719/2008, publicada no DOU de 23 de junho de 2008.

Todavia, os argumentos trazidos não convencem.

Não há de se falar em prova ilícita na presente hipótese.

Como bem anota **LUIZ FRANCISCO TORQUATO AVOLIO**, "é possível distinguir, perfeitamente, as provas ilícitas das provas ilegítimas. A prova ilegítima é aquela cuja colheita estaria ferindo normas de direito processual. Assim, veremos que alguns dispositivos da lei processual penal contêm regras de exclusão de determinadas provas, como, por exemplo, a proibição de depor em relação a fatos que envolvam o sigilo profissional (art. 207 do CPP brasileiro); ou a recusa de depor por parte de parentes e afins (art. 206). A sanção para o descumprimento dessas normas encontra-se na própria lei processual. Então, tudo se resolve dentro do processo, segundo os esquemas processuais que determinam as formas e as modalidades de produção da prova, com a sanção correspondente a cada transgressão, que pode ser uma sanção de nulidade.

Acesso ao Sumário

Diversamente, por prova ilícita, ou ilicitamente obtida, é de se entender a prova colhida com infração a normas ou princípios de direito material – sobretudo de direito constitucional, porque, como vimos, a problemática da prova ilícita se prende sempre à questão das liberdades públicas, onde estão assegurados os direitos e garantias atinentes à intimidade, à liberdade, à dignidade humana..." (Provas Ilícitas, 2ª ed. São Paulo: Ed. RT, 1999, pág. 44).

Diversamente da alegação do impetrante, não tinha ele qualquer direito a comparecer nos depoimentos testemunhais e interrogatórios dos demais corréus, nem no Plenário do Júri para reperguntar e procurar prova em favor do ora paciente.

Não existe na legislação processual penal previsão legal para este procedimento, salvo se eventualmente se tratasse de Assistente do Ministério Público, vários fossem os réus e tivesse ele procuração para defender os interesses das vítimas em todos os processos, desmembrados ou não.

O fato era uno. Imputava-se ao ora paciente a autoria intelectual de dois homicídios qualificados, um deles tentado.

Como sua defesa entendeu que deveria ingressar com o Recurso Especial para o E. Superior Tribunal de Justiça, corretamente o i. Magistrado *a quo*, tratando-se de réus presos, sendo o ora paciente o único solto, para não procrastinar o deslinde da formação da culpa, determinou o desmembramento do feito com relação aos corréus, que já foram julgados.

Não há constrangimento ilegal algum, já que não tinha o ora paciente direito líquido e certo a ser intimado para que seu defensor participasse de todos os atos instrutórios com relação aos demais corréus.

Que iria ele pretender nas oitivas no feito em que seu constituinte não era parte?

Evidentemente fazer uma prova que prejudicasse os demais corréus, procurando afastar do ora paciente as imputações que lhe foram irrogadas.

Bem por isto, na defesa do correto andamento processual, não cuidou o i. Magistrado de intimar seu defensor para tais atos, visto que não tinha interesse direto na defesa dos corréus que estavam sendo julgados, anotando-se, inclusive, que havia evidente colidência de defesas, uma vez que houve confissão e delação por parte de corréu.

O outro argumento trazido pelo ora impetrante é um verdadeiro equívoco, pois o princípio da indivisibilidade da ação tem consequências imediatas especificamente na Ação Penal Privada, onde um corréu não pode ser processado, havendo evidente prova de autoria, coautoria ou participação, enquanto os demais são processados.

O que visa a lei nesse caso, é que na Ação Penal Privada, principalmente pela iniciativa pertencer ao particular, escolha ele a quem processar, deixando

Acesso ao Sumário

alguns de fora.

No caso presente, este raciocínio não pode ser aplicado porque se trata de Ação Penal Pública Incondicionada.

O segundo argumento trazido pela defesa também é equivocado, pois pretende que, em sendo identificados novos autores da execução, "caberia (a) o órgão acusatório oficial, diante do princípio da obrigatoriedade, **aditar** a denúncia primitiva, incluindo no polo passivo os agentes identificados" (fls. 13).

Critica a defesa ter-se instaurado uma nova ação penal.

E tal está correto.

É absolutamente equivocada a interpretação do princípio da obrigatoriedade para se entender que a ação deve ser proposta no mesmo caderno processual.

Inúmeras vezes cabe o aditamento quando a ação penal se encontra no início. Quando ela já se encontra adiantada, havendo réus presos, como no caso, o bom senso leva a que o Ministério Público ofereça denúncia em separado, ainda que se trate do mesmo fato para não causar excesso de prazo na instrução, quando então os corréus presos teriam motivo para reclamar e serem soltos.

O próprio Magistrado tem obrigação de velar por isso, determinando que em ações cuja prova já foi colhida e os fatos são complexos, que se instaure novas ações penais, não se permitindo aditamentos que só atrasariam as primeiras ações.

Com relação à prova emprestada, não se trata, evidentemente, de prova ilícita, posto que foi ela colhida em juízo, com presença de réus e defensores, Ministério Público e Magistrado.

A prova ilícita, como já se disse, é aquela colhida ao arrepio de normas e princípios de direito, sobretudo direito constitucional e processual, com menosprezo aos direitos e garantias previstos no art. 5º, da Constituição Federal e no próprio Código de Processo Penal, violando a intimidade, a liberdade e a dignidade das pessoas envolvidas naquela ação penal.

A prova ilícita por derivação é aquela que cuida do velho princípio da "ÁRVORE DOS FRUTOS PROIBIDOS" ("fruits of the poisonous tree"), já que a prova originária gerou desrespeito a direitos constitucionais e legais.

Por outro lado, a prova ilegítima é aquela cuja colheita estaria ferindo normas de direito processual, como quando se determina a oitiva de pessoas que tenham o dever legal de guardar sigilo, ou ainda, quando se pretende o depoimento de parentes e afins, onde há vedação legal (arts. 206 e 207, do CPP).

É da jurisprudência do C. Supremo Tribunal Federal:

"*HABEAS CORPUS*. JÚRI. PROVA EMPRESTADA E REQUISIÇÃO DE TESTEMUNHA. POSSIBILIDADE. PRECEDENTES. ALTERAÇÃO DE COMPETÊNCIA. IRREGULARIDADE NÃO DEMONSTRADA. NÃO-

Acesso ao Sumário

CONFIGURAÇÃO DE NULIDADE. PRECEDENTES. ORDEM DENEGADA. **1**. Não há nulidade por terem sido juntadas aos autos do processo principal – e eventualmente relevadas em julgamento plenário do Tribunal do Júri – provas emprestadas de outro processo-crime. Precedentes. **2**. Não procede o argumento de que o Conselho de Sentença possa condenar o Paciente com base apenas em levantamentos oriundos das provas juntadas, desprezando-se as demais, pois lança dúvidas sobre a capacidade dos jurados de livre apreciação das provas e do juiz-presidente de impedir abusos durante os debates, na forma prevista no art. 497 do Código de Processo Penal. **3.** Além dos magistrados integrantes do 1º Tribunal do Júri de São Paulo cumularem a competência de instruir os processos-crime nas diversas salas de audiência e de presidir as sessões do Tribunal do Júri nas várias salas de plenário, improcede o argumento de que o Paciente não seria julgado pelo juiz natural, notadamente porque o Tribunal do Júri paulista está regularmente constituído segundo a organização judiciária local, que estabelece a simples divisão administrativa daquela Vara. **4.** Ordem denegada." (STF, HC 109.909-SP, Min. Cármen Lúcia, julgamento 12 de março de 2013).

A prova emprestada entra para os autos tal qual um documento e só depois de passar pelo contraditório e ser questionada é que terá valor cuja aferição demandará análise conjunta com as demais provas produzidas.

Anota **EDUARDO ESPINOLA FILHO**: No mais, há, no processo penal, amplíssima acolhida de qualquer meio de prova, para com a maior liberdade de ação, ser apurada a verdade, num regime, cuja grande suprema vantagem, é indiscutível *quoad justitian* – como teve de proclamar Carnelutti (Sistema di diritto processuale civile, vol. 1º, 1936, p. 745) – (Código de Processo Penal Brasileiro Anotado, volume II, 1ª edição, Bookseller Editora, Campinas, 2000, pág. 505).

No caso presente, o simples fato de se transpor para os autos depoimentos colhidos em outras ações, faz com que sejam eles submetidos ao contraditório para se verificar sua eficácia, havendo possibilidade do ora paciente reinquirir referidas testemunhas a respeito das assertivas irrogadas em juízo, naquilo que lhe causa prejuízo.

Para isso tem a possibilidade de arrolar testemunhas para o Plenário.

A decisão dos Jurados não é fatalista, pois ela leva em conta um universo de fatos e como bem ensina **FRANCESCO CARNELUTTI**: "todos sabem que o tipo mais conhecido para o processo penal, mais operativo da prova histórica é o testemunho; e do testemunho todos sabem que é a narração de um fato, e basta com maior precisão, de uma experiência do narrador. Mais a testemunha narra fatos e não pronuncia juízos. Entretanto, quando se reflete um pouco, percebe-se que a narração é e não pode ser outra coisa que um tecido de juízos: certamente, a testemunha 'não é chamada, como é ao contrário o consultor, a pronunciar juízos sobre as experiências alheias; mas as experiências próprias

Acesso ao Sumário

não as poderia narrar sem juízos'. Um pequeno passo adiante pode se dar ainda esclarecendo que a testemunha, em lugar de juízos atuais, põe à disposição dos juízos passados. Além disso, os juízos passados podem ser colocados à disposição do juiz, para que se sirva deles a fim de verificar seus juízos, ao invés de fazê-lo com o testemunho, com o documento, que difere deste porque enquanto o testemunho, com o documento, que difere deste porque enquanto o testemunho se forma na presença do juiz (ou em geral daquele ao qual se oferece a prova) e na ausência do fato narrado, o documento apresenta uma formação inversa: na presença do fato e na ausência do juiz ou, em geral, do destinatário da representação" (Direito Processual Civil e Penal, Volume II, Péritas Editora e Distribuidora Ltda., Tradução de Júlia Jimenes Amador, Campinas, SP, 2001, pág. 166).

Como anota **FERNANDO DA COSTA TOURINHO FILHO**: "se a prova para ser válida, deve passar pelo exame das partes, é induvidoso que uma prova colhida em um processo e transferida para outro não pode ter o menor valor. E o eminente Ministro Vicente Cernicchiaro chega a dizer, e com razão que a **prova emprestada** é um fato, apenas um fato, suscetível de ser objeto de prova e, como toda prova, urge passar pelo contraditório. Se assim não ocorrer, cumpre ser repelida, sob pena de invalidade: contrasta com o devido processo legal (Prova emprestada, artigo publicado no Correio Brasiliense, Coluna "Direito & Justiça", 2-9-1996)".

"E, na verdade, o contraditório é, como professa Germano Marques da Silva, essencial para a valoração da prova, em termos tais que a prova que não lhe for submetida não vale para formar convicção" (Curso de processo penal, Loures, Ed. Verbo, 1993, v. 2, p. 84)" (Processo Penal, Volume 3, 20ª edição, Saraiva, SP, 1998, pág. 224).

Dessa forma todos os argumentos apresentados no presente *habeas corpus*, com a máxima vênia, constituem verdadeiro *Ignoratio Elenchi* que procura simplesmente argumentar com prejuízo inexistente, de há muito afastado pelo Código de Processo Penal de 1940, que em sua Exposição de Motivos menciona que: "XVII – como já dito de início, o projeto é infenso ao excessivo rigorismo formal, que dá ensejo, atualmente, à infindável série das nulidades processuais. Segundo a justa advertência de ilustre processualista italiano, 'um bom direito processual penal deve limitar as sanções de nulidade àquele estrito mínimo que não pode ser abstraído sem lesar legítimos e graves interesses do Estado e dos cidadãos'. O projeto não deixa respiradouro para o *frívolo curialismo*, que se compraz em **espiolhar nulidades**. É consagrado o princípio geral que nenhuma nulidade ocorre se não há prejuízo para a acusação ou a defesa. Não será declarada a nulidade de nenhum ato processual, quando este não haja influído concretamente na decisão da causa ou na apuração da verdade substancial".

Acesso ao Sumário

Anote-se que toda prova existente nos autos, e novos depoimentos colhidos no plenário serão submetidos à análise dos jurados para formação de sua convicção, sendo amplamente analisados, não havendo prevalência de uma prova sobre outra, não se podendo falar em eventual constrangimento ilegal.

Isso posto, **denega-se a ordem, indeferido o desentranhamento da prova emprestada, bem como novo adiamento do Júri. Comunique-se com urgência.**

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de *Habeas Corpus* nº 2152276-94.2014.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é paciente D.N.S. e Impetrante J.T.D.V..

ACORDAM, em 11ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Indeferiram 'in limine' a impetração. V.U.", de conformidade com o voto da Relatora, que integra este acórdão. **(Voto nº 18.195)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores SALLES ABREU (Presidente) e PAIVA COUTINHO.

São Paulo, 17 de setembro de 2014.

MARIA TEREZA DO AMARAL, Relatora

Ementa: *HABEAS CORPUS* – FIXAÇÃO DE MEDIDAS PROTETIVAS E COMPETÊNCIA DO JUIZADO ESPECIAL DE VIOLÊNCIA DOMÉSTICA E FAMILIAR CONTRA A MULHER – CONHECIMENTO – IMPOSSIBILIDADE – VIA INADEQUADA.

ORDEM INDEFERIDA "IN LIMINE".

VOTO

A advogada J.T.D.V. impetra o presente *habeas corpus, com pedido de liminar*, alegando que D.N.S. sofre constrangimento ilegal por parte do Meritíssimo Juiz da Vara Regional Sul 1 de Violência Doméstica e Familiar Contra a Mulher – VILA PRUDENTE, Comarca de São Paulo, nos autos da Ação Penal nº 0003733-59.2014.8.26.0009, em que está sendo acusado da prática do crime de ameaça.

Alega a impetrante que o paciente é vítima de diversas práticas delitivas

perpetradas por seu "ex-namorado" E.J.S., que formulou pedido de instauração de inquérito policial para a apuração de ameaças e outros delitos cometidos pelo paciente.

Afirma, ainda, que a suposta vítima passou a ameaçar sua genitora e sua irmã, motivo pelo qual requereu a fixação de medidas protetivas ao citado Juízo, porém, este deixou de aplicar as almejadas medidas pelo fato de a vítima ser um homem.

Sustenta que o paciente e a suposta vítima mantiveram relacionamento amoroso por cerca de 2 (dois) anos e, conforme entendimento jurisprudencial, há a possibilidade de aplicação da Lei Maria da Penha para situações que envolvam relacionamentos homoafetivos.

Postula a concessão da ordem, para que sejam aplicadas as medidas protetivas previstas no artigo 22, inciso III, alíneas "a", "b" e "c", da Lei Maria da Penha, bem como para que se reconheça a competência do Juízo especializado.

É o relatório.

Indefere-se, *in limine*, o presente "mandamus".

Como é cediço, a via eleita é absolutamente inadequada para a obtenção do almejado fim, uma vez que a tutela do remédio heróico exsurge quando uma pessoa estiver sofrendo ou se achar na iminência de sofrer violência ou coação ilegal na sua liberdade de ir e vir, o que não ocorre no caso em tela, em que se busca a fixação de medidas protetivas e o reconhecimento da competência do Juizado Especial de Violência Doméstica e Familiar Contra a Mulher.

Sobre o tema, colacionam-se as seguintes decisões dos Tribunais Superiores:

"O writ constitucional do habeas corpus se destina a assegurar o direito de ir e vir do cidadão, portanto, não se presta para solucionar questão relativa à competência sem reflexo direto no direito ambulatório, sobretudo porque há previsão recursal para solucionar a questão, nos termos do artigo 105, inciso III, da Constituição Federal. Precedente." – (STJ – HC 250435/RJ – Relatora Ministra Laurita Vaz – DJe 27/09/2013).

"O habeas corpus, ação constitucional de natureza mandamental, tem como escopo precípuo afastar eventual ameaça ao direito de ir e vir, cuja natureza urgente exige prova pré-constituída das alegações, não comportando dilação probatória." – (STJ – RHC 47420/PA – Relator Ministro Rogerio Schietti Cruz – DJe 19/08/2014).

Por fim, sobre a racionalização do emprego do "habeas corpus", assim, vem decidindo os Tribunais Superiores:

"A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, buscando a racionalidade do ordenamento jurídico e a funcionalidade do sistema recursal, vinha se firmando, mais recentemente, no sentido de ser imperiosa a restrição

Acesso ao Sumário

do cabimento do remédio constitucional às hipóteses previstas na Constituição Federal e no Código de Processo Penal. Nessa linha de evolução hermenêutica, o Supremo Tribunal Federal passou a não mais admitir habeas corpus que tenha por objetivo substituir o recurso ordinariamente cabível para a espécie (...).'' – (HC nº 236974/SP, Relator Ministro Marco Aurélio Bellizze, j. 10/09/2013 – DJe 16/09/2013)

"O habeas corpus não é panacéia e não pode ser utilizado como um 'super' recurso, que não tem prazo nem requisitos específicos, devendo se conformar ao propósito para o qual foi historicamente instituído, é dizer, o de impedir ameaça ou violação ao direito de ir e vir (...)." – (AgRg no HC/TO, Relatora Ministra Maria Thereza de Assis Moura, j. 29/05/2012, DJe 11/06/2012).

Destarte, a insurgência do paciente não pode ser conhecida em sede de "habeas corpus".

Diante do exposto, indefere-se "in limine" a presente ordem.

Mandados de Segurança

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Mandado de Segurança nº 2011963-83.2014.8.26.0000, da Comarca de Guarulhos, em que é impetrante VAGNER COSTA PEREIRA, é impetrado MM. JUIZ DE DIREITO DA 3ª VARA CRIMINAL DA COMARCA DE GUARULHOS.

ACORDAM, em 11ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Concederam a ordem para determinar a restituição do veículo Renault Master, de placas ELW-1119, à VAGNER COSTA PEREIRA, proprietário do automóvel, independentemente do recolhimento de quaisquer custas e taxas devidas ao Estado por conta do período de apreensão do bem. V.U.", de conformidade com o voto da Relatora, que integra este acórdão. **(Voto nº 17.744)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores SALLES ABREU (Presidente) e XAVIER DE SOUZA.

São Paulo, 30 de julho de 2014.

MARIA TEREZA DO AMARAL, Relatora

Acesso ao Sumário

Ementa: MANDADO DE SEGURANÇA – ISENÇÃO DE CUSTAS REFERENTES À APREENSÃO E DEPÓSITO DE AUTOMÓVEL – ADMISSIBILIDADE – INTELIGÊNCIA DO ARTIGO 6º, DA LEI Nº 6.575/78 – PRESENÇA DO "*FUMUS BONI JURIS*".

SEGURANÇA CONCEDIDA.

VOTO

VAGNER COSTA PEREIRA impetra o presente mandado de segurança, com pedido de liminar, representado pela advogada Mariana Alves Pereira da Cruz, contra ato do MM. JUIZ DE DIREITO DA 3ª VARA CRIMINAL DA COMARCA DA COMARCA DE GUARULHOS que, nos autos da Ação Penal nº 0014986-49.2012.8.26.0224, deferiu pedido de restituição de veículo automotor, condicionado ao pagamento das despesas referentes à apreensão e depósito do bem.

Aduz o impetrante, em síntese, que o veículo Renault/Master, de placas ELW-1119/São Paulo que foi apreendido no curso de inquérito policial em que se apura a prática do crime de roubo.

Aduz ainda que, como o citado veículo é de sua propriedade e é utilizado no desempenho de seu trabalho, obteve sua restituição, no entanto, condicionada ao pagamento de R$ 8.000,00 (oito mil reais) referente a despesas do depósito do veículo.

Afirma que foi deferida a restituição do veículo, pelo fato de este não mais interessar à investigação criminal, contudo, sob o argumento de que o veículo havia sido utilizado na prática de um roubo, foi indeferido o pedido de isenção de taxas referentes a estadia, remoção, multas e outros encargos.

Sustenta que a decisão viola o direito de propriedade do impetrante, já que impede a restituição do veículo e o deixa exposto ao desgaste causado pelo tempo.

Sustenta, ainda, que o Código de Trânsito Brasileiro em seu artigo 262, dispõe que só poderão ser cobradas taxas se o veículo estiver em situação irregular, o que não acontece "in casu".

Portanto, busca, por esta via, a restituição do veículo em questão sem a necessidade de pagamento da taxa administrativa e despesas de depósito.

A liminar foi indeferida (fls. 60/61).

Prestadas as informações pelo Juízo apontado como autoridade coatora (fls. 67/68), com cópias dos respectivos autos (fls. 69/96), a douta Procuradoria Geral de Justiça manifestou-se pela denegação da segurança (fls. 98/102).

Acesso ao Sumário

É o relatório.

Segundo informações prestadas pela autoridade apontada como coatora, policiais civis localizaram o veículo Renault Master, de placas ELW-1119, pertencente ao impetrante, com o baú repleto de produtos alimentícios.

Informou, ainda, que deferiu o pedido de restituição do referido veículo VW/Gol, desde que regularizadas as despesas decorrentes de sua apreensão e depósito.

Finalmente, informou que indeferiu pedido buscando a isenção do pagamento das custas referentes à apreensão e depósito do citado veículo, pois era utilizado para a prática de crimes.

Pois bem.

Inicialmente, observa-se que não é caso de se aplicar o artigo 262, § 2º, da Lei nº 9.503/1997, já que este dispositivo aplica-se somente nas apreensões efetuadas por autoridades administrativas em decorrência de infrações de trânsito, o que não é o caso dos autos, em que o automóvel permaneceu no pátio público por determinação judicial.

Ao presente caso, deve ser aplicada a regra prevista no artigo 6º, da Lei nº 6.575/78, que dispõe sobre o depósito e venda de veículos removidos, apreendidos e retidos, em todo o território nacional, que não foi revogada pelo Código de Trânsito Brasileiro.

"Artigo 2º: A restituição dos veículos depositados far-se-á mediante o pagamento:

I. das multas e taxas devidas.

II. das despesas com a remoção, apreensão ou retenção e das referentes a notificações e editais, mencionadas nos artigos subsequentes.

"Artigo 6º: O disposto nesta Lei não se aplica aos veículos recolhidos a depósito por ordem judicial ou aos que estejam à disposição de autoridade policial."

Neste sentido, confira-se:

"MANDADO DE SEGURANÇA – Liberação de veículo automotor determinada por ordem judicial mas sem isenção do pagamento das despesas relativas a remoção e estadia – Pretendida a outorga dessa isenção – Admissibilidade – Veículo apreendido por ordem da Polícia Judiciária para efeito de investigação criminal nas mãos de terceiro acusado da prática de roubo – Proprietária que não pode ser responsabilizada por tais encargos – Inteligência do artigo 6º da Lei 6.575/78, que isenta o proprietário do veículo do pagamento das despesas em questão nas sobreditas circunstâncias – Segurança concedida para esse fim." – (MS nº 0426445-44.2010.8.26.0000 – Relator Moreira da Silva – j. 18/01/2011).

"(...) A regra que se aplica à hipótese é a do artigo 6º da Lei nº 6.575/78,

Acesso ao Sumário

não revogado pelo Código de Trânsito Brasileiro. De acordo com tal dispositivo, a liberação dos veículos depositados por ordem judicial ou que estejam à disposição de autoridade policial independe do pagamento de taxas e despesas com remoção (...).” – (MS nº 0074429-55.2011.8.26.0000 – Relator Roberto Mortari – j. 30/06/2011).

Destarte, ante o exposto e presente o “fumus boni juris” é caso de se conceder a segurança para deferir a restituição do veículo sem o pagamento de custas referentes à apreensão e depósito do bem.

Ante o exposto, concede-se a ordem para determinar a restituição do veículo Renault Master, de placas ELW-1119, a VAGNER COSTA PEREIRA, proprietário do automóvel, independentemente do recolhimento de quaisquer custas e taxas devidas ao Estado por conta do período de apreensão do bem.

Comunique-se.

Recursos em Sentido Estrito

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Recurso em Sentido Estrito nº 0066651-57.2013.8.26.0002, da Comarca de São Paulo, em que é recorrente MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO, é recorrido CLAUDIO SOARES SANTOS.

ACORDAM, em 4ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: “Deram provimento ao recurso, dando-se por recebida a denúncia, com o consequente prosseguimento do feito. V.U.”, de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 30.523)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores EUVALDO CHAIB (Presidente) e EDISON BRANDÃO.

São Paulo, 26 de agosto de 2014.

WILLIAN CAMPOS, Relator

Ementa: RECURSO EM SENTIDO ESTRITO – VIOLAÇÃO DE DIREITO AUTORAL – DENÚNCIA – REJEIÇÃO – PRESENÇA DE INDICATIVOS FÁTICOS ACERCA DO ILÍCITO – EXISTÊNCIA

Acesso ao Sumário

DE JUSTA CAUSA – RECEBIMENTO. A viabilização da ação penal é constituída pela presença de elementos indicativos fáticos acerca do fato ilícito e, também, da autoria delitiva. A materialidade foi comprovada por laudo pericial e há indícios de que o acusado comercializava CD's e DVD's falsificados, com intuito de lucro. Necessidade de prosseguimento da ação penal. RECURSO PROVIDO.

VOTO

Trata-se de Recurso em Sentido Estrito interposto contra a r. decisão de fls. 66/69 que **rejeitou a denúncia** oferecida pelo Ministério Público contra **CLAUDIO SOARES SANTOS**, por infração ao **artigo 184, § 2º, do Código Penal** (violação de direito autoral), com fundamento no **artigo 395, inciso II, do Código de Processo Penal**.

Inconformado, o Ministério Público pleiteia a reforma da decisão para que seja recebida a denúncia e determinado o prosseguimento do feito, pois há prova da materialidade delitiva e indícios suficientes da autoria do crime pelo recorrido (fls. 72/77).

Apresentadas as contrarrazões (fls. 81/90), a decisão impugnada foi mantida (fls. 91), manifestando-se a douta Procuradoria Geral de Justiça pelo desprovimento do recurso (fls. 99/106).

É o Relatório.

Consta dos autos que, na tarde do dia 19 de julho de 2010, na R. Maiteno, nº 65, bairro Parque Novo Mundo, nesta capital, **Claudio Soares Santos** mantinha em depósito e expunha à venda, com intuito de lucro, cerca de 200 cópias de DVD's, reproduzidas com violação de direito autoral.

Com todo respeito ao entendimento do douto Juízo *a quo*, o recurso merece acolhida.

Os indícios de materialidade do delito estão comprovados pelo auto de exibição e apreensão de fls. 7 e pelo laudo pericial de fls. 44/46 que constatou que os discos examinados não apresentam características de originalidade.

Também presentes, ao menos por ora, indícios de autoria, notadamente porque os objetos apreendidos foram encontrados, por policiais militares, em poder do recorrido.

Por outro lado, em que pesem os argumentos expostos pelo magistrado *a quo*, não há que se falar em aplicação do princípio da insignificância, já que a conduta praticada pelo ora recorrido não pode ser tomada como socialmente aceita e adequada, pois viola bem jurídico protegido constitucionalmente: o direito autoral (art. 5º, inciso XVII, da CF/88).

Nesse sentido já decidiu o colendo Supremo Tribunal Federal:

"**Os princípios da insignificância penal e da adequação social reclamam aplicação criteriosa, a fim de evitar que sua adoção indiscriminada acabe por incentivar a prática de delitos patrimoniais, fragilizando a tutela penal de bens jurídicos relevantes para vida em sociedade. O impacto econômico da violação ao direito autoral mede-se pelo valor que os detentores das obras deixam de receber ao sofrer com a 'pirataria', e não pelo montante que os falsificadores obtêm com a sua atuação imoral e ilegal. A prática da contrafação não pode ser considerada socialmente tolerável haja vista os enormes prejuízos causados à indústria fonográfica nacional, aos comerciantes regularmente estabelecidos e ao Fisco pela burla do pagamento de impostos**" (STF, HC 118322, Rel. Min. Luiz Fux, Primeira Turma, j. 22.10.2013).

Deste modo, porque presentes indícios mínimos de autoria e materialidade, únicos elementos indispensáveis ao recebimento da denúncia neste momento da cognição, de rigor acolher o pleito ministerial.

Ante o exposto, dá-se provimento ao recurso, dando-se por recebida a denúncia, com o consequente prosseguimento do feito.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Recurso em Sentido Estrito nº 0015146-68.2013.8.26.0344, da Comarca de Marília, em que é recorrente MARCUS VINICIUS FERREIRA COSTA, é recorrido 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: "Por maioria de votos, negaram provimento ao recurso, com determinação, vencido o Relator sorteado que dava parcial provimento ao recurso, nos termos de sua declaração de voto. Acórdão com o 2º Juiz.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 32.874)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores SALLES ABREU, vencedor, XAVIER DE SOUZA, vencido, SALLES ABREU (Presidente) e PAIVA COUTINHO.

São Paulo, 10 de setembro de 2014.

SALLES ABREU, Relator Designado

Acesso ao Sumário

Ementa: "Recurso em sentido estrito – Homicídio qualificado – (art. 121, § 2º, incisos I e IV, do Código Penal) – Nulidade da sentença decorrente excesso de linguagem – Improcedência – Lei nº 11.689/2008, que proíbe a leitura da pronúncia e Acórdão em plenário – Inexistência, a princípio, de prejuízo – Incidência do princípio do 'pas de nullité sans grief' (art. 563 do CPP) – Ante a possibilidade dos jurados solicitarem exame dos autos, determina-se o desentranhamento da sentença de pronúncia, a certificação de sua ocorrência – Juiz presidente do Júri deverá pelo sigilo ora determinado – Incidência dos princípios da economia processual, celeridade, proporcionalidade e instrumentalidade das formas – Arguição de nulidade afastada, com determinação.

Mérito – Ausência de impugnação pela defesa – Presença de prova da materialidade e de indícios de autoria delitiva, consoante art. 413 do CPP – Qualificadoras pertinentes com a denúncia e não elididas pela prova – Manutenção – Recurso defensivo improvido".

VOTO

Trata-se de recurso de apelação interposto por **Marcus Vinicius Ferreira Costa** contra a r. decisão de fls. 414/420, que o pronunciou como incurso no art. 121, § 2º, incisos I e IV, do Código Penal.

Inconformado, recorre o acusado arguindo a nulidade da sentença de pronúncia por excesso de linguagem (fls. 425/433).

O recurso foi bem processado, com contrariedades oferecidas pelo Ministério Público e pelo assistente de acusação, que refutam os argumentos trazidos nas razões do inconformismo e defendem o acerto da r. decisão (fls. 445/450 e 472/479).

Em sede de juízo de retratação, o douto magistrado manteve a decisão por ele proferida, remetendo os autos a este Egrégio Tribunal de Justiça (fls. 451).

Instada a se manifestar, a d. Procuradoria de Justiça pugna pelo desprovimento do recurso defensivo (fls. 485/489).

Este, em apertada síntese, é o relatório.

A nulidade arguida pela defesa não merece acolhimento.

Inicialmente, insta salientar que, nos termos do art. 563 do Código de Processo Penal, nenhuma nulidade deve ser reconhecida sem que o ato

Acesso ao Sumário

processual tenha acarretado efetivo prejuízo às partes. Trata-se do princípio do prejuízo ou do "*pas de nullité sans grief*".

É certo que, com o advento da Lei nº 11.689/2008, tornou-se vedada a leitura da sentença de pronúncia e Acórdão em plenário do Júri, proibindo assim a leitura de peças que constituem "argumento de autoridade". Aliás, de acordo com o art. 478 do CPP, as partes não poderão sequer fazer referência a essa decisão, sob pena de nulidade.

Ora, se não existe mais a possibilidade de leitura ou até mesmo de referência à decisão de pronúncia em plenário, tem-se que a regra atinente ao excesso de linguagem (art. 413, § 1º, do CPP) perdeu a sua utilidade, uma vez que o réu dificilmente obterá prejuízos.

A esse respeito, confira-se discussão no âmbito do Supremo Tribunal Federal relativa à alteração legislativa e ao excesso de linguagem:

"*O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Senhor Presidente, Vossa Excelência me permite?* ***Nós julgamos, há pouco, um processo em que apontei, com a reforma do Código de Processo Penal, já não se ter a possibilidade de leitura da sentença de pronúncia no Plenário do Tribunal do Júri. Aí, não haveria mais interesse quanto a essa impetração, ou seja, o excesso de linguagem não poderá ser utilizado*** *– e é a articulação, a causa de pedir do* habeas *apreciado pelo Superior Tribunal de Justiça – no Plenário. O SENHOR MINISTRO CARLOS BRITTO (PRESIDENTE E RELATOR) – Então, Vossa Excelência havia assentado o prejuízo? O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO –* ***Talvez fosse o caso de assentarmos a ausência de interesse quanto à impetração. Qual seria a utilidade, se aquela sentença de pronúncia não poderá ser brandida pelo Ministério Público, ser lida pelo Ministério Público em Plenário? Isso decorre da alteração do artigo 478 do Código de Processo Penal****. O SENHOR MINISTRO CARLOS BRITTO (PRESIDENTE E RELATOR) – Falta e interesse. O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – O relator, realmente, entendeu que não haveria excesso de linguagem e indeferiu a ordem, não é? O SENHOR MINISTRO CARLOS BRITTO (PRESIDENTE E RELATOR) – Foi o Relator. O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Então, Vossa Excelência concederia a ordem para o Colegiado julgar, mas, hoje, temos um fato jurídico normativo novo, que é a impossibilidade – repito – de se utilizar a sentença de pronúncia quando do julgamento perante o Tribunal do Júri. A lei é categórica a respeito dessa última reforma. O SENHOR MINISTRO CARLOS BRITTO (PRESIDENTE E RELATOR) – E a lei é muito bem inspirada nesse sentido, porque influencia o júri à leitura. O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Sim, influencia. O SENHOR MINISTRO CARLOS BRITTO (PRESIDENTE E RELATOR) – E, a depender da ênfase com que é feita a leitura, mais ainda. O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – E ainda culmina prevendo a nulidade do Júri. A SENHORA MINISTRA*

Acesso ao Sumário

CÁRMEN LÚCIA – E, no caso, parece-me que o que o Ministro Marco Aurélio sugere – aliás, Vossa Excelência, no final do ano, já havia erigido exatamente esse argumento – é mais ou menos o que acontece nas ações diretas, em que o substrato normativo altera-se. Nós declaramos o prejuízo de uma ação direta; então, aqui, muito mais. O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – ***O objeto da impetração já não existe mais****. A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA –* ***Já não existe mais. Aqui, o fundamento da impetração não existe mais****. O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO –* ***Evitar a utilização da sentença de pronúncia no julgamento do Júri. Assentaríamos a falta de interesse de agir na impetração ante a superveniência da lei que é aplicável ao caso, e não conheceríamos da impetração. Tem-se a carência da ação***." (STF – Relator Ministro Carlos Britto – Primeira Turma – HC nº 96.123-1-SP – j. 03/02/2009).

Não se nega que, no caso dos autos, realmente houve excesso de linguagem quando o magistrado "*a quo*" referiu-se às qualificadoras do motivo torpe e do recurso que dificultou à defesa da vítima. Entretanto, conforme se viu linhas acima, é remota a possibilidade de prejuízo com a novel disposição legal.

Hipoteticamente, poder-se-ia alegar que os jurados poderiam requerer vista dos autos (art. 480, § 3º do CPP) situação que lhes possibilitaria o acesso à decisão de pronúncia com o excesso de linguagem.

Entretanto, temos que, mesmo com essa possibilidade, mostra-se incabível a anulação do "*decisum*".

A nosso ver, a providência mais apropriada, a fim de afastar qualquer tipo de influência para os jurados, é determinar o desentranhamento e o envelopamento da decisão de pronúncia, seu apensamento aos autos principais, a certificação nos autos da condição de pronunciado, com esteio nos princípios da economia processual, celeridade, proporcionalidade e instrumentalidade das formas. Solução diversa mostrar-se-ia inadequada e meramente protelatória, já que a norma que proíbe o excesso de linguagem tem por finalidade rechaçar influência negativa aos jurados (interpretação teleológica).

Esta é, inclusive, a solução adotada pelo Colendo Superior Tribunal de Justiça:

"HABEAS CORPUS *SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. NÃO CONHECIMENTO. TRIPLO HOMICÍDIO DUPLAMENTE QUALIFICADO.* ***PRONÚNCIA. EXCESSO DE LINGUAGEM NO ACÓRDÃO QUE JULGOU O RECURSO EM SENTIDO ESTRITO. OCORRÊNCIA. USURPAÇÃO DE COMPETÊNCIA DO TRIBUNAL DO JÚRI. INADMISSIBILIDADE. PRINCÍPIO DA ECONOMIA PROCESSUAL. DESENTRANHAMENTO DO ACÓRDÃO. ARQUIVAMENTO EM PASTA PRÓPRIA. CERTIFICAÇÃO DO RESULTADO DO JULGAMENTO. AUSÊNCIA DE PREJUÍZO. INTELIGÊNCIA DO ART. 563 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL.***

Acesso ao Sumário

PROSSEGUIMENTO DO FEITO. *PRECEDENTES. ORDEM CONCEDIDA* EX OFFICIO" (STJ – Ministra Regina Helena Costa – 5ª Turma – HC nº 184.522/PR – DJe 25/04/2014).

"*PROCESSO PENAL. RECURSO ESPECIAL. HOMICÍDIO QUALIFICADO.* ***PRONÚNCIA. EXCESSO DE LINGUAGEM. RECONHECIMENTO. INQUESTIONÁVEIS INDÍCIOS DE AUTORIA E MATERIALIDADE DELITIVA. PROVIDÊNCIA APROPRIADA: DESENTRANHAMENTO E ENVELOPAMENTO DA INTERLOCUTÓRIA MISTA***. *1. Ontologicamente, a pronúncia deve se revestir de comedimento, sob pena de comprometer a imparcialidade dos juízes leigos.* ***Desbordando dos limites linguísticos, reconhecimento de indícios de autoria e materialidade delitiva, tem entendido a colenda Sexta Turma que o mais apropriado é riscar os trechos excessivos ou, como* in casu, *determinar o desentranhamento e o envelopamento da interlocutória mista, certificando-se a condição de pronunciado. 2. Ordem concedida, em parte, apenas para determinar o desentranhamento da pronúncia, envelopando-a junto aos autos, de tal forma a evitar que os jurados tenham contato com seus termos, certificando-se a condição de pronunciado do recorrente, prosseguindo-se o processo***" (STJ – Ministro Og Fernandes – 6ª Turma – REsp nº 982.033/PR – DJe 12/04/2010).

Por todas essas razões, rejeita-se a arguição de nulidade, determinando-se o desentranhamento da decisão de pronúncia dos autos, o seu arquivamento em pasta própria, a certificação da condição de pronunciado, bem como que o ilustre magistrado "*a quo*" zele pelo sigilo do conteúdo da decisão, a fim de evitar influência negativa aos jurados.

No tocante ao mérito, há prova da materialidade delitiva, consubstanciada no laudo de exame necroscópico de fls. 184/191, além de indícios de autoria (depoimentos das testemunhas ouvidas às fls. 289/297), tanto que a defesa sequer se insurge contra o mérito da decisão de pronúncia, limitando-se a apontar a nulidade do "*decisum*".

Outrossim, as qualificadoras do motivo torpe e do recurso que dificultou a defesa da vítima estão em coerência com a denúncia e não foram elididas pela prova coligida aos autos. Devem ser mantidas e preservada a integralidade da competência do tribunal popular. Afasta-se a qualificadora apenas quando esta se mostre, de plano, inteiramente descabida e profundamente injusta.

"*HABEAS CORPUS*. PENAL. PROCESSUAL PENAL. HOMICÍDIO. CIÚME. MOTIVO FÚTIL. QUALIFICADORA ADMITIDA NA PRONÚNCIA. EXCLUSÃO PELO TRIBUNAL DE JUSTIÇA. RECURSO ESPECIAL PROVIDO PARA DETERMINAR SUA INCLUSÃO. ADMISSIBILIDADE. PRECEDENTES. ORDEM DENEGADA. I – A jurisprudência desta Corte está assentada no sentido de que apenas a qualificadora manifestamente

Acesso ao Sumário

improcedente deve ser excluída da pronúncia, o que não acontece na hipótese dos autos. II – De todo modo, a análise da existência ou não da qualificadora do motivo fútil deve ser feita pelo Tribunal do Júri, que é o juiz natural da causa. Precedentes. III – Ordem denegada" (STF – 1ª Turma – HC nº 107.090-RJ – Rel. Min. Ricardo Lewandowski)

Portanto, havendo prova da materialidade e indícios de autoria delitiva, e não sendo manifestamente improcedente a qualificadora, à luz do art. 413 do Código de Processo Penal, de rigor manter a decisão que pronunciou o réu Marcus Vinicius Ferreira Costa, como incurso no art. 121, § 2º, incisos I e IV, do Código Penal.

Ante o exposto, pelo meu voto, **nega-se provimento** ao recurso de apelação interposto por **Marcus Vinicius Ferreira Costa**, determinando-se, porém, o desentranhamento da decisão de pronúncia, o seu apensamento aos autos, a certificação da condição de pronunciado, zelando o Juiz do Júri pelo sigilo ora determinado, mantendo-se, no mais, a pronúncia do réu como incurso no art. 121, § 2º, incisos I e IV, do Código Penal.

DECLARAÇÃO DE VOTO VENCIDO

(Voto nº 27218)

Cuida-se de recurso em sentido estrito interposto por MARCUS VINICIUS FERREIRA COSTA contra a decisão de fls. 414/420, que, na 3ª Vara Criminal da Comarca de MARÍLIA, acolheu os termos da denúncia, pronunciando-o para ser submetido a julgamento pelo Tribunal Popular como incurso no artigo 121, § 2º, incisos I e IV, do Código Penal, em razão de fato ocorrido em 7 de maio de 2013, por volta de 19h25, na Coronel José Braz, número 841, Bairro Salgado Filho, quando, imbuído de ânimo homicida, por motivo torpe (por imaginar que a vítima tivesse envolvimento com sua noiva Helen, sendo, assim, suposto empecilho de sua relação amorosa), mediante dissimulação e recurso que impossibilitou a defesa da vítima (o ofendido não possuía razões próximas ou remotas para esperar o ataque), efetuou disparos de arma de fogo contra Roberto Rodrigues de Oliveira Filho, matando-o.

Sustenta, em resumo, o recorrente, nulidade da sentença de pronúncia por excesso de linguagem. Paralelamente, insiste na necessidade de ser deferida a produção de provas requeridas antecipadamente (fls. 407/409), bem como postula a concessão do direito de aguardar o julgamento solto (fls. 425/433).

O recurso foi regularmente processado, tendo o Magistrado mantido sua decisão (fl. 451), e, neste Tribunal, o parecer da Procuradoria-Geral de Justiça foi pelo desprovimento (fls. 485/489).

É o relatório.

Acesso ao Sumário

A materialidade do crime emerge da análise do laudo de exame necroscópico, que atesta as causas da morte da vítima, e o nexo com a conduta atribuída ao recorrente (fls. 184/191).

Mas, respeitada a convicção da maioria, entendo ser caso de acolhimento da tese esposada nas razões recursais, com a anulação da decisão de pronúncia, configurado o excesso de linguagem.

É evidente que nesta fase processual deve o Magistrado examinar a presença da materialidade, além dos indícios de autoria, do mesmo modo que deve se pronunciar sobre a viabilidade ou não da presença das qualificadoras destacadas na denúncia.

Mas o exame destas questões deve ser feito de forma a não induzir os juízes leigos, ou seja, sem emissão de juízo de valor sobre os temas postos pelas partes de modo tão profundo a influenciar o julgamento pelo Tribunal Popular.

Deve haver um equilíbrio entre a necessidade de fundamentação e a cautela em não emitir juízo que comprometa a apreciação da causa pelos juízes leigos.

No caso concreto, o julgador monocrático, especialmente no que concerne à presença das qualificadoras, ultrapassou os limites que lhe são reservados nesta fase do processo, apresentando fundamentação como se fora o responsável pela análise e julgamento do mérito da causa, tecendo considerações sobre o nível de ciúme que o acusado nutria, dizendo textualmente o seguinte: "*O sentimento de ciúme eclodiu na vingança que culminou com a morte da vítima pelas mãos do acusado, tal como relatado detalhadamente pela denúncia do Ministério Público*." (fls. 417/418). E mais adiante: "*O motivo torpe evidencia-se na medida em que o acusado pretendeu matar a vítima por ciúme e, tal como assinalado pelo Ministério Público, era sentimento imaginário e suposto empecilho de sua relação amorosa. Por conseguinte, a motivação para o crime encerra evidente componente de torpeza, sobretudo porque o suposto amor antigo pela vítima que seria a causa da desforra, nunca existiu, tratando-se apenas de sentimento engendrado pela mente do réu*." (fls. 418).

Diversa não é a situação em relação à segunda qualificadora. Sobre ela assim se pronunciou o magistrado: "*Na mesma medida, o recurso que dificultou a defesa da vítima também esta presente. É que, de maneira cavilosa e subreptícia, o acusado atraiu a vítima para o local adrede escolhido e sem que esta esperasse, atirou três vezes contra ela, atingindo-a mortalmente*." (fl. 419).

Com pronunciamento desta envergadura, é evidente o risco de induzimento dos jurados.

O normal, no tocante às qualificadoras, é análise superficial e a afirmação de que, em tese, é possível a submissão delas ao Conselho de Sentença porque não manifestamente contrária às provas até então amealhadas.

Acesso ao Sumário

E nem se diga que o vício agora reconhecido não traria prejuízo ao réu porquanto as partes estão impedidas de explorar o conteúdo da pronúncia durante os debates. Isto porque embora exista esta restrição para o Ministério Público e para a própria Defesa, os jurados terão acesso ao processo e poderão pedir para ler o conteúdo da pronúncia.

Impõe-se, a meu ver, então, o acolhimento do recurso para anular a decisão de pronúncia e determinar que outra seja proferida com utilização de linguagem adequada para este momento processual.

Sobre a prova que a Defesa pretende produzir em Plenário, caso seja mantida a pronúncia, nada impede novo requerimento em momento posterior, como, aliás, já sinalizado pela autoridade judicial (fl. 410).

Finalmente, com relação ao pedido para que Marcus seja colocado em liberdade, constata-se que a decisão que decretou sua custódia cautelar está motivada e inclusive já foi considerada idônea por esta Corte no âmbito do *Habeas Corpus* nº 2043879-72.2013.8.26.0000, julgado por esta Câmara em 15 de janeiro de 2014.

Por tais razões, **pelo meu voto, respeitada a convicção da douta maioria, dava parcial provimento ao recurso para anular a decisão de pronúncia e determinar que outra seja proferida, mantida a prisão do recorrente.**

XAVIER DE SOUZA, Desembargador, Relator sorteado vencido

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Recurso em Sentido Estrito nº 0004413-17.2013.8.26.0191, da Comarca de Poá, em que são recorrentes MARCIO DECIO BARAVELLI, ODIMAR TADEU TAMBARA, ELIZABETE KIKUE FUNATSU e RICARDO CASALI PAVAN, é recorrido MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em 7ª 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 20.568)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores ROBERTO MORTARI (Presidente sem voto), CAMILO LÉLLIS e AMARO THOMÉ.

São Paulo, 2 de outubro de 2014.

J. MARTINS, Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: RECURSO EM SENTIDO ESTRITO – CRIME CONTRA ORDEM TRIBUTÁRIA – INDÍCIOS SUFICIENTES DE AUTORIA E MATERIALIDADE – OBSERVÂNCIA DO ART. 41 DO CPP – REJEIÇÃO DA DENÚNCIA POR INÉPCIA E FALTA DE JUSTA CAUSA – IMPOSSIBILIDADE: Preenchendo a inicial acusatória os requisitos do art. 41 do Código de Processo Penal e havendo prova material suficiente e firmes indícios de autoria há justa causa para a persecução penal, não cabendo sua rejeição.

VOTO

Trata-se de Recurso em Sentido Estrito interposto pelos recorrentes, buscando a reforma da decisão que recebeu a denúncia oferecida em razão da eventual prática do delito previsto no art. 1º, inciso IV, da Lei Federal nº 8.137/90, c.c. os arts. 29 e 71, ambos do Código Penal (fls. 24/26, 38 e 164).

Inconformados, postulam, preliminarmente, a ocorrência da prescrição. Alegam ser a inicial inepta, pois deixou de especificar a conduta de cada acusado e em razão de desconhecerem que a empresa com a qual negociaram não era idônea. Argumentam, ainda, não serem partes legítimas para ocupar o polo passivo, pois não eram administradores da empresa (fls. 02/11).

Recebido o recurso (fls. 12) e ofertadas as contrarrazões (fls. 178/185) foi mantida a decisão recorrida pelo MM. Juízo "a quo" (fls. 186), subindo os autos a esta Corte.

A douta Procuradoria Geral de Justiça manifestou-se pelo não provimento do reclamo (fls. 193/196).

É O RELATÓRIO.

Trata-se de Recurso em Sentido Estrito interposto contra a decisão que recebeu a denúncia ofertada, na qual há relato da prática de crime contra ordem tributária, de forma continuada, praticado pelos recorrentes.

Narra a denúncia que, nos dias 31 de outubro, 30 de novembro e 31 de dezembro do ano de 2011, os recorrentes na condição de sócios e administradores da empresa Metallica Industrial S.A., agindo em concurso e previamente ajustados e de forma continuada reduziram tributo referente a ICMS, no valor de R$ 176.994,79 (centro e setenta e seis mil novecentos e noventa e quatro reais e setenta e nove centavos), utilizando documentos que sabiam e deviam saber ser falsos.

Consta que os denunciados adquiriram da empresa Maresias Comercial Imp. e Exp. Ltda. dezoito notas fiscais de venda de lingotes de cobre e bronze e

Acesso ao Sumário

as utilizaram para o fim de creditarem valores referentes ao ICMS, compensando créditos, posteriormente, quando do pagamento de imposto devido pelas operações de venda de mercadorias por eles fabricadas.

Destacou a inicial, que a empresa Maresias Comercial Imp. e Exp. Ltda., embora formalmente aberta, nunca existiu ou operou comercialmente, sendo constatado por diligências feitas pela Secretaria da Fazenda, que as notas fiscais adquiridas pelos acusados eram inidôneas, sendo as operações falsas, pois não representavam vendas efetivamente realizadas, sendo a fraude constatada pelo Fisco Estadual, onde lavrado auto de infração e imposição de multa no valor de R$ 564.884,40 (quinhentos e sessenta e quatro mil e oitocentos e oitenta e quatro reais e quarenta centavos), quantia que não foi recolhida aos cofres públicos (fls. 24/26).

No tocante a preliminar suscitada pelos recorrentes, impossível seu acolhimento.

O crime descrito na peça acusatória prevê pena máxima de 05 (cinco) anos de reclusão e, portanto, o prazo prescricional a ser observado, com base na pena máxima em abstrato, é o de 12 (doze) anos, conforme previsto no art. 109, III, do Código Penal, e este interregno não foi ultrapassado, vez que os fatos se deram entre outubro e dezembro de 2001 e o recebimento da denúncia ocorreu em 01 de março de 2010 (fls. 38).

Melhor sorte não os assiste também quanto ao mérito.

Nos termos do art. 41 do Código de Processo Penal "*A denúncia ou queixa conterá a exposição do fato criminoso, com todas as suas circunstâncias, a qualificação do acusado ou esclarecimentos pelos quais se possa identificá-lo, a classificação do crime e, quando necessário, o rol das testemunhas*".

Verifica-se que a denúncia contém todos os requisitos necessários para o seu processamento e, diversamente do alegado, suficiente a descrição da conduta dos recorridos para a prática do delito, mencionando-os como sócios e administradores, apresentando, inclusive, o rol de testemunhas, possibilitando, pois, o exercício da plena defesa dos acusados, resguardando-se a garantia processual do contraditório, não podendo ser declarada inepta ou falar-se em ilegitimidade passiva.

Acesso ao Sumário

É lição de Guilherme de Souza Nucci: "*Configura-se a inépcia da peça acusatória quando não se prestar aos fins aos quais se destina, vale dizer, não possuir a menor aptidão para concentrar, concatenadamente, em detalhes, o conteúdo da imputação, permitindo ao réu a exata compreensão da amplitude da acusação, garantindo-lhe, assim, a possibilidade de exercer o contraditório e a ampla defesa (...)*" (Código de Processo Penal Comentado. 10ª Ed. São Paulo: RT, 2011, p. 754).

Este também é o entendimento do Superior Tribunal de Justiça:

A denúncia, colocada em dados válidos e suficientes para a admissibilidade da acusação, e permitindo a adequação típica, não é inepta e nem carecedora de justa causa (STJ, RSTJ 112/252).

Não falar em inépcia, quando a denúncia se mostra ajustada à norma inserta no art. 41 do CPP, estatuto de sua validade, e decorre de seus próprios termos a justa causa para a ação penal, evidentes que se fazem a tipicidade dos fatos, a suficiência dos indícios de autoria e certeza da existência material dos delitos (STJ, RT 808/952).

Por outro lado, é preciso muito cuidado ao analisar a falta de justa causa para não invadir matéria probatória, sendo mais prudente rejeitar por essa justificativa, somente quando apresentada evidente e cristalina, o que não é o caso dos autos.

Registre-se apenas, que a ciência ou não da idoneidade da empresa com que os recorrentes transacionaram, é realmente indiferente, pois a denúncia noticia operações de compra e venda que não ocorreram, e que será alvo de apreciação no transcurso da ação penal.

"*O direito é norma e fato (valorado). A denúncia descreve conduta típica (doutrinariamente, entendendo compreender também a ilicitude e a culpabilidade). Impróprio trancar a ação penal, ao fundamento de ausência de justa causa, quando o fato se apresentar controverso*" (STJ, RHC 1.484, DJU 13.09.1993, p. 18.580).

Presentes, assim, indícios de autoria e prova da materialidade, constata-se existência de elementos suficientes para sustentar o prosseguimento da persecução penal, estando apta a denúncia oferecida.

Pelo exposto, **NEGA-SE PROVIMENTO** ao recurso.

Revisões Criminais

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Revisão Criminal nº 0221949-19.2011.8.26.0000, da Comarca de Piracicaba, em que é peticionário I.T.P..

ACORDAM, em 4º Grupo de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "V.U. CONHECERAM e INDEFERIRAM a presente revisão criminal", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 20.009)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores GRASSI NETO (Presidente), MARCO ANTÔNIO COGAN, MOREIRA DA SILVA, LOURI BARBIERO, CAMILO LÉLLIS, AMARO THOMÉ, ALCIDES MALOSSI JUNIOR e FERNANDO SIMÃO.

São Paulo, 28 de agosto de 2014.

J. MARTINS, Relator

Ementa: REVISÃO CRIMINAL – ESTUPRO – JUSTIFICAÇÃO PENAL INCONVINCENTE – ABSOLVIÇÃO – Descabimento: Não tendo sido convincente a declaração da vítima, prestada em sede de justificação penal, descabe a absolvição do réu, condenado com base em declarações sérias da vítima, psicólogos e demais testemunhas, no processo original. Revisão conhecida, mas não provida.

VOTO

I.T.P. foi condenado a 09 (nove) anos de reclusão, em regime integralmente fechado, por infração ao art. 213, c.c. art. 226, II, ambos do Código Penal (fls. 171/178). PB=+1/2 (226, II)

Inconformado, interpôs apelação buscando absolvição por insuficiência de provas (fls. 188/189), mas a Colenda 12ª Câmara de Direito Criminal, em votação unânime, negou provimento ao recurso (fls. 200/215).

Apoiado, agora, em justificação penal, na qual afirma ter ficado provada a inocência do réu, busca o peticionário a desconstituição das decisões anteriores e sua absolvição (fls. 02/03).

A douta Procuradoria Geral de Justiça, em seu parecer, opinou pelo indeferimento do pedido revisional (fls. 136/142).

É O RELATÓRIO.

Trata-se de pleito revisional no qual o peticionário inconformado com o V. Acórdão da 12ª Câmara de Direito Criminal desta E. Corte de Justiça, prolatado pelo douto desembargador Marco De Lorenzi, busca a absolvição com base em justificação penal.

O novo elemento de prova, contudo, não pode ser analisado isoladamente, como quer a combativa defesa, mas sim com o conjunto de provas construídas durante a instrução, no juízo monocrático.

Esse conjunto probatório que já revisto por este Tribunal, aponta com segurança a responsabilidade criminal do peticionário.

Senão vejamos.

Acesso ao Sumário

Consta que I., por diversas vezes entre meados de 2001 e abril de 2004, constrangeu sua irmã adotiva S., mediante grave ameaça e violências ficta e real, à conjunção carnal. Apurou-se que em certo dia, no ano de 2001, quando agressor e vítima estavam sozinhos na casa em que moravam, o peticionário agarrou sua irmã e, tampando sua boca, mediante violência física, introduziu o pênis na vagina da vítima, desvirginando-a. Consumado o ato, I., de posse de um canivete, ameaçou matar a irmã, caso revelasse o ocorrido. A partir de tal ocasião, aproveitando-se de momentos em que ficavam sozinhos e sempre se valendo de força física e grave ameaça, o réu voltava a constrangê-la com conjunções carnais até que, em 07 de janeiro de 2004, o denunciou ao CRAMI (Centro Regional de Crianças e Adolescentes Vítimas de Maus Tratos) (fls. 02/03).

O exame de corpo de delito para conjunção carnal atestou defloramento antigo (fls. 09) e a avaliação psicológica concluiu que a vítima "*apresenta discurso coerente e preciso. Fornece detalhes das situações vivenciadas e apresenta reações emocionais condizentes com seu relato*" ***[sic]*** (fls. 91/96).

A vítima, na fase administrativa, informou ter sido estuprada pela primeira vez quando tinha onze anos de idade. Nesta oportunidade, seu irmão I., segurando sua boca, manteve conjunção carnal e, na sequência, de posse de um canivete, a ameaçou caso contasse o ocorrido (fls. 10).

Em juízo relatou que I. mantinha um relacionamento estranho com a mãe dele e, inclusive, às vezes, dormiam no mesmo quarto, com a porta trancada, e que ela sempre lhe dava razão. Explicou que depois de ter sido agredida por I. com socos e murros, "*da porta da cozinha até o meu quarto*" ***[sic]***, sem que a mãe interviesse em seu favor, resolveu contar o ocorrido no Conselho Tutelar e, aos poucos, contou também dos estupros. Relatou que seu irmão era bem mais forte, "*medindo aproximadamente dois metros de altura*" ***[sic]*** e que, depois de uma primeira vez que a ameaçou com um canivete e, tampando sua boca, introduziu o pênis em sua vagina, voltou a repetir tal agressão em outras oportunidades. Confirmou ter tido um "amor platônico" por P., mas negou ter-lhe entregue qualquer carta. Informou, por fim, nunca ter revelado o que acontecia em casa porque sua mãe acreditava mais no I. que nela, e seu irmão mais velho sempre que brigava com o réu, que é mais forte, apanhava (fls. 124/125).

Na audiência de justificativa criminal, contudo, voltou atrás alegando ter mentido nas oportunidades anteriores – na Polícia, em juízo e às assistentes sociais e psicólogas. Afirmou nutrir ciúmes pelo irmão, que dormia com sua mãe adotiva e, por isso, inventou os fatos não sabendo, entretanto, quem informou sua família sobre sua intenção em se retratar, até porque "*nunca disse nem a minha mãe e nem a ninguém que as minhas declarações anteriores eram mentirosas e que queria me retratar*" ***[sic]*** (fls. 103/104).

A culta magistrada que colheu o depoimento consignou que durante o

Acesso ao Sumário

depoimento S. ela "*demonstrou-se insegura com relação às respostas que dava às perguntas que lhe eram formuladas, sendo que era necessária a repetição diversas vezes da mesma pergunta para que ela respondesse, demonstrando que estava pensando o que iria falar ou não, mesmo quando era indagada a respeito de fatos objetivos que demandavam respostas simples, como* '*sim*' *ou* '*não*' *(...) por diversas vezes, antes de responder as perguntas que lhe eram informadas, a depoente olhava para o advogado presente nesta audiência, o qual se encontrava sentado de costas para ela*" ***[sic]*** e, por fim "*que, quando indagado pelo Dr. Promotor se alguém a orientou a respeito do que deveria dizer na audiência, a testemunha pensou muito e chorou e, só após algum tempo, respondeu que* '*não*'" ***[sic]*** (fls. 103/104).

Sopesados tais depoimentos, percebe-se que a tentativa de "retratação" não convenceu, até porque prestados mais ou menos dez anos do ocorrido. Pergunta-se: porque demorou tanto tempo?

De qualquer modo, os demais elementos de convicção deixam clara a responsabilidade criminal do réu.

C.R.P.B., assistente social do CRAMI, disse que o caso chegou a seu conhecimento como denúncia de violência física, mas depois os profissionais se aprofundaram e foi levantada suspeita de abuso sexual e, por isso, a família foi convidada a comparecer e participar de grupos de pais, mas somente a mãe apareceu. Em sua experiência de 35 anos atuando na área de violência doméstica, constatou que a mãe aparentava ter uma ligação muito mais forte com o réu do que com os outros filhos e deveria ter acompanhamento psiquiátrico (fls. 127).

O.S.S. ficou sabendo dos fatos por intermédio da psicóloga do CRAMI ouvindo, depois, a confirmação de sua neta que informou que a conduta se repetiu por várias vezes (fls. 11).

Em juízo relatou que depois de ter ouvido o ocorrido por S., conversou com a assistente social e sua filha. Segundo ela o réu sempre teve ciúmes da irmã adotiva e é muito nervoso necessitando, a seu ver, de um tratamento, "*ele faz coisas de criança, parece que a idade biológica dele não acompanha a mental*" ***[sic]*** (fls. 129).

S.R.R. relatou que a vítima parecia coerente em seus relatos e que a família era muito deteriorada. A mãe mantinha uma relação incestuosa com o réu, o pai era alcoólatra e alheio a tudo e a dinâmica familiar era muito perturbada, mesmo assim, o relato da vítima parecia verdadeiro, pois falava de forma detalhada sobre os fatos (fls. 131).

C.M.C. confirmou que o caso aportou como violência física, mas depois de três meses concluiu tratar-se de violência sexual. Contou que a vítima chorava muito e como não conseguia falar, acabou descrevendo por escrito os estupros que sofreu dos 11 aos 15 anos de idade (fls. 142/143).

M.A.S. tomou conhecimento da acusação por intermédio de S., psicóloga

Acesso ao Sumário

do CRAMI, ouvindo da filha confirmação dos fatos, embora o filho I. tenha negado categoricamente (fls. 13).

Em aditamento, pediu a juntada de 13 (treze) cartas em que a filha mencionava uma provável gravidez, afirmando que, ao ler as cartas, entendeu que ela gostou muito de "P." com quem teria perdido a virgindade (fls. 14).

P.R.S., contudo, negou qualquer relacionamento sexual com a vítima, que era sua amiga e, ainda, negou ter recebido qualquer bilhete ou carta dela (fls. 99).

I. negou os fatos na Polícia afirmando que as falsas acusações, provavelmente, tiveram origem em brigas durante as quais a agrediu algumas vezes, "*mas era porque ela fazia provocações e me deixava nervoso*" ***[sic]*** (fls. 56).

Em juízo voltou atrás e negou, inclusive, ter batido na vítima alguma vez, embora já a tivesse empurrado (fls. 109v).

Percebe-se, assim, que a justificativa não modificou em nada o conjunto probatório que demonstra, com segurança, a responsabilidade criminal do peticionário.

Diante do exposto, **CONHECE-SE** e **INDEFERE-SE** a presente revisão criminal.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Revisão Criminal nº 0012897-75.2014.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é peticionário JOÃO PAULO BOURQUIN.

ACORDAM, em 8º Grupo de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento ao pedido revisional, assim o fazendo para afastar a agravante da reincidência, com o consequente redimensionamento da pena, que resta fixada em 5 anos e 4 meses de reclusão, em regime inicial fechado, e 13 dias-multa, no mínimo unitário legal. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº. 22962)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores POÇAS LEITÃO (Presidente), OTÁVIO DE ALMEIDA TOLEDO, ALBERTO MARIZ DE OLIVEIRA, ENCINAS MANFRÉ, HELIO FARIA e SÉRGIO MAZINA MARTINS.

São Paulo, 25 de setembro de 2014.

NEWTON NEVES, Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: REVISÃO CRIMINAL – Roubo circunstanciado – Combate exclusivo à agravante da reincidência, considerada pela r. sentença e mantida por V. Acórdão – Consideração da agravante calcada em feito com suspensão condicional do processo, com punibilidade julgada extinta pelo cumprimento das condições impostas – Cumprimento integral da suspensão condicional do processo que não gera nenhum efeito penal – Afastamento da agravante que se impõe – Redimensionamento da pena – Parecer favorável da d. PGJ – Revisão deferida.

VOTO

JOÃO PAULO BOURQUIN qualificado nos autos, foi denunciado, processado e condenado perante a 28ª Vara Criminal da Comarca da capital à pena de 06 anos, 02 meses e 20 dias de reclusão, em regime inicial fechado, mais 14 dias-multa, no piso, como incurso no art. 157, § 2º, inciso II, do Código Penal (fls. 226/233).

Em razão do recurso de apelação apresentado, o Egrégio Tribunal de Justiça, por sua Colenda Décima Terceira Câmara Criminal, em V. Acórdão relatado pelo eminente Des. Miguel Marques e Silva, por votação unânime, deu parcial provimento ao recurso para suspender a cobrança da taxa judiciária, mantendo-se o demais decidido (fls. 292/297).

Postula agora, em nome próprio, a revisão criminal. Por meio da Defensoria Pública sustenta unicamente que a r. sentença e o V. Acórdão que a confirmou contém violação a texto expresso de lei, eis que estão em desconformidade com o que dispõe o art. 63, do Código Penal.

Expõe que foi considerada a decisão proferida nos autos n.º 7520/2001-1, da 4ª Vara Criminal do Fórum Regional de Santo Amaro, feito no qual foi ofertada ao peticionário a suspensão condicional do processo que, depois do integral cumprimento das condições, teve julgada extinta a punibilidade de João, com fundamento no art. 89, § 5º, da Lei n.º 9.099/95, não restando, portanto, nenhum efeito penal relativo ao crime objeto da suspensão.

Requer seja conhecida e deferida a revisão criminal para desconstituir a sentença e o acórdão que a confirmou para que seja afastada a agravante prevista no art. 61, I, do CP, readequando-se as penas.

Os autos do processo crime foram apensados.

A douta Procuradoria Geral de Justiça propôs o deferimento do pedido revisional.

É o relatório.

Acesso ao Sumário

Observa-se, de início, que a Revisão Criminal será admitida, nos termos do artigo 621, do Código de Processo Penal, quando:

I – a sentença condenatória for contrária ao texto da lei penal ou à evidência dos autos;

II – a sentença condenatória se fundar em depoimentos, exames ou documentos comprovadamente falsos;

III – após a sentença, se descobrirem novas provas de inocência do condenado ou de circunstância que determine ou autorize diminuição especial da pena.

E no caso da presente ação, busca a defensora pública, pontualmente, o reconhecimento de que a r. sentença condenatória e o V. Acórdão que a manteve, é contrária ao texto da lei.

Com razão.

Expressamente erigiu o d. Juiz de Direito sentenciante que "*sobre as penas-base, incide a agravante de João Paulo ser reincidente (proc. Nº 7520/2001-1; 4ª V. Crim. F. Reg. Santo Amaro, cf. fls. 222)*" (fls. 232, § 2º), mantido o reconhecimento da agravante pelo V. Acórdão (fls. 297, §§ 1º e 2º).

É certo que por suposta prática de delito perpetrado antes dos fatos tratados nos autos de onde tirada a decisão que se busca rescindir, conforme certidão de fls. 222, foi declarada extinta a punibilidade do autor, com fundamento no art. 89, § 5º, da Lei n.º 9.099/95, conforme sentença datada de 14/05/2003, transitada em julgado em 26/05/2003 e arquivado em 28/05/2003.

Evidente, portanto, que à época em que proferida a r. sentença penal condenatória, não havia o peticionário cometido o crime depois do trânsito em julgado de condenação por crime anterior (art. 63, do Código Penal), sequer condenado que foi, declarada extinta a punibilidade pelo cumprimento das condições a ele impostas na suspensão condicional do processo.

Assim, e como já decidiu o Superior Tribunal de Justiça, "*ao final do período de prova do sursis processual sem que tenha havido revogação, o juiz declarará a extinção da punibilidade, que faz com que se considere o fato objeto suspenso como nunca ocorrido na vida do acusado, ou seja, não se pode falar em reincidência ou maus antecedentes, já que não subsiste qualquer efeito penal*" (HC 82258/RJ, 5ª Turma, Rel. Min. Jorge Mussi, j. 1º/06/2010).

Ademais, a respeito bem apontou a d. Procuradoria Geral de Justiça, por judicioso parecer de lavra do Dr. José Avelino Grota de Souza: "*de fato, por equívoco, a sentença e o acórdão consideraram a certidão aludida – que se encontra encartada às fls. 222 – como ensejadora de reincidência; no entanto, como bem ressaltado pelo peticionário e expressamente consignado na certidão, ocorreu, naquele feito, a suspensão do processo, tendo sido cumpridas, a tempo e modo, as condições estabelecidas pelo Juízo competente, em razão do que foi*

Acesso ao Sumário

declarada extinta a punibilidade do acusado, não remanescendo, obviamente, nenhum efeito penal".

Impõe-se, portanto, com o afastamento da agravante da reincidência, o redimensionamento da pena.

Fixada a pena-base no piso, em 04 anos de reclusão e 10 dias-multa, na segunda etapa mantida a provisória tal qual a base, afastada a reincidência, na terceira etapa mantida a aplicação da menor fração legal de majoração, nos termos do art. 157, § 2º, inciso II, do CP, atingida a pena de 05 (cinco) anos e 04 (quatro) meses de reclusão, em regime inicial fechado, e 13 (treze) dias-multa, no mínimo unitário legal.

De forma conclusiva, dá-se provimento ao pedido revisional, assim o fazendo para afastar a agravante da reincidência, com o consequente redimensionamento da pena, tudo como acima constou.

É como voto.

Acesso ao Sumário

ÓRGÃO ESPECIAL

Ações Diretas de Inconstitucionalidade

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2065508-68.2014.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é autor PREFEITO DO MUNICÍPIO DE MIRASSOL, é réu PRESIDENTE DA CÂMARA MUNICIPAL DE MIRASSOL.

ACORDAM, em Órgão Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "JULGARAM A AÇÃO PROCEDENTE EM PARTE. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 39.282)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores RENATO NALINI (Presidente), WALTER DE ALMEIDA GUILHERME, XAVIER DE AQUINO, ANTONIO CARLOS MALHEIROS, FERREIRA RODRIGUES, PÉRICLES PIZA, EVARISTO DOS SANTOS, MÁRCIO BARTOLI, JOÃO CARLOS SALETTI, LUIZ AMBRA, FRANCISCO CASCONI, PAULO DIMAS MASCARETTI, VANDERCI ÁLVARES, ARANTES THEODORO, TRISTÃO RIBEIRO, ANTONIO CARLOS VILLEN, ADEMIR BENEDITO, BORELLI THOMAZ, JOÃO NEGRINI FILHO, EROS PICELI e ELLIOT AKEL.

São Paulo, 3 de setembro de 2014.

GUERRIERI REZENDE, Relator

Ementa: I - Ação direta objetivando a inconstitucionalidade da Lei Municipal nº 3.617, de 10 de dezembro de 2013. Criação de sistema de reúso da água da chuva nas construções públicas e privadas. Iniciativa parlamentar. Parcial procedência.

II - Ofensa ao Princípio da Separação de Poderes no que toca à obrigação imposta ao Poder Executivo (artigos 5º, 25 e 47, incisos II e XIV, da Constituição Paulista, bem como ao artigo 61, § 1º, inciso II, alínea 'b', da Constituição Magna Carta, aplicável aos Municípios

Acesso ao Sumário

por força do artigo 144 da Constituição Bandeirante). A legislação local é inconstitucional quando determina a construção de reservatórios para reúso da água de chuva em edificações públicas. A competência que disciplina a organização administrativa é de iniciativa privativa do Chefe do Poder Executivo.

III - Dever imposto aos particulares. Não se vislumbra atuação *'ultra vires'* do Poder Legislativo, que importe em violação à separação dos poderes. A lei municipal tem por objetivo a tutela do meio ambiente e seus recursos, matéria cuja competência é comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios (art. 23, VI, da Constituição Federal). Inconsistência da alegação de criação de ônus financeiro.

IV – Inconstitucionalidade configurada das expressões "edificações públicas, construções públicas e prédios públicos". Ação procedente em parte.

VOTO

1. Trata-se de ação direta de inconstitucionalidade proposta pelo Prefeito do Município de Mirassol, contra dispositivos da Lei Municipal nº 3.617, de 10 de dezembro de 2013, promulgada pela Câmara Municipal após rejeição do veto do requerente. Referida lei dispõe "*sobre o reúso da água da chuva nas construções públicas e privadas no Município de Mirassol e dá outras providências*". Alega o requerente que o Poder Legislativo local usurpou competência privativa do Chefe do Poder Executivo para enveredar em assuntos afetos à ação do Executivo no tocante à gestão do Município, ferindo o princípio da independência e separação dos Poderes e gerando despesas sem indicar a fonte de receita para o custeio, eis que exige do Executivo a fiscalização e o cumprimento da legislação.

Por meio do despacho de fls. 25/26, foi deferida a medida liminar para suspender a eficácia da Lei Municipal nº 3.617/2013.

Citada, a Câmara Municipal, representada por seu Presidente, deixou de apresentar informações (fls. 41).

Instado a se manifestar para os fins do artigo 90, § 2º, da Constituição Bandeirante, o Procurador Geral do Estado externou desinteresse na defesa dos dispositivos impugnados, pois tratam de matéria exclusivamente local (fls. 35/36).

A D. Procuradoria Geral de Justiça opinou pela procedência parcial da ação (fls. 43/56).

Acesso ao Sumário

2. O fundamento básico da arguida inconstitucionalidade reside no fato de que o Poder Legislativo local teria usurpado competência privativa do Chefe do Poder Executivo ao legislar sobre a obrigatoriedade das construções de reservatório para captação de água de chuva em edificações públicas e privadas, a partir das especificações da metragem da área não permeável, ferindo o princípio da independência e separação dos Poderes.

3. Procede em parte o pedido. Explica-se.

A Lei nº 3.617/2013 do Município de Mirassol dispõe sobre o reúso de água pluvial e determina a construção de reservatórios nas edificações públicas e privadas. Abaixo segue o texto da norma impugnada:

"*Art. 1º – Fica obrigado a construção de reservatório para captação de água de chuva em edificações públicas e privadas, a partir das especificações em m² de área não permeável.*

§ 1º Construções Residenciais: Construções residenciais fora de condomínios e com área não permeável superior a 220 m². Residência com área inferior estão isentas.

§ 2º Construções Residenciais Condomínio Fechado: Construções residenciais dentro de condomínios, sendo verticais ou horizontais, com área não permeável superior a 150 m².

§ 3º Construções Privadas Comerciais, sendo verticais ou horizontais com área não permeável superior a 200 m².

§ 4º Construções Privadas Industriais, sendo verticais ou horizontais com área não permeável superior a 200 m² e seguimento industrial que não utilize água em sua produção.

§ 5º Construções Públicas: Prédios Públicos com área não permeável superior a 60 m².

Art. 2º – A água da chuva deverá ser aproveitada no próprio imóvel para uso em descargas de vasos sanitários, lavagem de passeios públicos como as calçadas, irrigação de jardins, lavagens de veículos, sendo vedado o consumo humano e a mistura com fornecimento de água potável.

Art. 3º – O reservatório será condição para a obtenção do certificado de conclusão de obra ou auto de regularização.

Art. 4º – Nas construções Privadas Industriais onde o segmento não utilize água na sua produção, o limite máximo da capacidade do reservatório é de 50 mil litros, enquanto nas construções privadas industriais onde o segmento utilize a água na sua produção, o limite máximo exigido da capacidade do reservatório é de 72 mil litros. Em construções residenciais, dentro ou fora de condomínios e comerciais, o limite máximo é de 10 mil litros.

Art. 5º – Define a fórmula para calcular a capacidade do reservatório para captação de água, sendo V=Volume coletado, mm = média pluviométrica da região e m²=área disponível para captação (Área de Construção).

§ 1º Média Pluviométrica da Região (mm), média mensal em milímetros

Acesso ao Sumário

com base no total de chuvas recebidos nos últimos 10 anos, conforme medição estabelecida pela CIIAGRO com referência ao Município de São José do Rio Preto – SP.

§ 2º Metro Quadrado (m²) de área não permeável na construção.

§ 3º Fórmula para calcular a capacidade do reservatório para captação de água de chuva em litros: V=mm x m² x 0,8.

Art. 6º – Projetos de ampliação em que a área não permeável seja superior a determinada em seu segmento: Residenciais, Públicas ou Privadas, deverá se adequar a Lei.

Art. 7º – A fiscalização da construção em condomínios fechados, sendo eles verticais ou horizontais, ficará a cargo da Administradora e/ou loteador.

Art. 8º – Serão exigidos pela municipalidade o integral cumprimento dos requisitos da presente Lei, no ato de emissão do Alvará de Construção.

Art. 9º – Esta Lei entra em vigor a partir da sua publicação."

4. O diploma legislativo é incompatível com a iniciativa reservada e com o princípio da independência e harmonia entre os Poderes na parte em que impõe à Administração a construção de reservatórios nas edificações públicas de Mirassol.

Com efeito, a competência que disciplina a organização administrativa é privativa do Chefe do Poder Executivo, a iniciativa do Legislativo importa em violação frontal ao texto constitucional que consagra a separação dos poderes estatais. Os artigos 5º, 25, 47, incisos II e XIV e 144 da Constituição Bandeirante impedem tal usurpação.

Na organização político-administrativa brasileira, o governo municipal apresenta funções divididas. Os prefeitos são os responsáveis pela função administrativa, que compreende, dentre outras coisas, o planejamento, a organização e a direção de serviços públicos, enquanto que a função básica das Câmaras Municipais é legiferar, ou seja, editar normas gerais e abstratas que devem pautar a atuação administrativa.

Pese embora a boa intenção do legislador, a administração é função de Governo. A Casa das Leis do Município de Mirassol, ao legislar sobre a construção de reservatórios de água nas edificações públicas, nada mais fez do que invadir esfera de competência do Poder Executivo, fixando um verdadeiro programa governamental, atribuição inerente à atividade típica do Chefe da Administração Pública.

Acesso ao Sumário

Pois bem. Como essas atribuições foram preestabelecidas pela Carta Política de modo a prevenir conflitos, qualquer tentativa de burla de um Poder pelo outro tipifica violação à independência e harmonia entre eles. E ao editar a lei objurgada, a Câmara de Vereadores local invadiu a esfera de atribuições próprias do Poder Executivo, donde caracterizada a violação aos artigos 5º, 25, da Constituição Paulista, bem como ao artigo 61, § 1º, inciso II, alínea 'b', da

Magna Carta, aplicável aos Municípios por força do artigo 144 da Constituição Bandeirante, todos impeditivos de tal usurpação.

Ademais, o município terá gastos com a construção de reservatórios nas edificações públicas e a lei impugnada não indica a fonte de receita desses recursos, sendo necessário especificar no orçamento municipal a origem da receita correspondente ao custeio.

5. A legislação, no entanto, é constitucional no que concerne a obrigação imposta aos munícipes. Neste ponto, não se vislumbra atuação *ultra vires* do Poder Legislativo que importe em violação das atribuições privativas do Poder Executivo, previstas na Carta Bandeirante (art. 24, § 2º, 1 a 6 e art. 174, I a III).

Como bem mencionou o Procurador Geral de Justiça, a legislação não contém vícios, porque "*versa sobre medidas que tem por objetivo a tutela do meio ambiente e de seus recursos. Refere-se à disciplina do direito de construir, porém não em proporção que possa interferir no ordenamento urbanístico da cidade*".

Conclui-se, portanto, não se tratar de matéria de iniciativa privativa do Poder Executivo, visto que a lei municipal tem por objetivo a tutela do meio ambiente e seus recursos, matéria cuja competência é comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios (art. 23, VI, da Constituição Federal).

6. Pelo exposto, **julga-se procedente em parte a ação, declarando inconstitucional as expressões "edificações públicas, construções públicas e prédios públicos" da Lei Municipal nº 3.617 de 10 de dezembro de 2013, do Município de Mirassol.**

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2067821-02.2014.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é autor APAS – ASSOCIAÇÃO PAULISTA DE SUPERMERCADOS, são réus PREFEITO DO MUNICÍPIO DE RIBEIRÃO PRETO e PRESIDENTE DA CÂMARA MUNICIPAL DE RIBEIRÃO PRETO.

ACORDAM, em Órgão Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "JULGARAM A AÇÃO IMPROCEDENTE. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 19.775)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores RENATO NALINI (Presidente), VANDERCI ÁLVARES, ARANTES THEODORO,

Acesso ao Sumário

TRISTÃO RIBEIRO, ANTONIO CARLOS VILLEN, ADEMIR BENEDITO, LUIZ ANTONIO DE GODOY, NEVES AMORIM, BORELLI THOMAZ, JOÃO NEGRINI FILHO, EROS PICELI, ELLIOT AKEL, GUERRIERI REZENDE, WALTER DE ALMEIDA GUILHERME, XAVIER DE AQUINO, ANTONIO CARLOS MALHEIROS, FERREIRA RODRIGUES, PÉRICLES PIZA, EVARISTO DOS SANTOS, MÁRCIO BARTOLI, JOÃO CARLOS SALETTI, ROBERTO MORTARI, LUIZ AMBRA e FRANCISCO CASCONI.

São Paulo, 17 de setembro de 2014.

PAULO DIMAS MASCARETTI, Relator

Ementa: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE – Lei nº 13.074, de 6 de setembro de 2013, do Município de Ribeirão Preto, que dispõe sobre o tempo de atendimento ao usuário nos caixas dos estabelecimentos comerciais denominados de hipermercados, supermercados ou congêneres – Matéria de interesse local e também atinente à proteção e defesa do consumidor, em relação à qual era lícito ao Município suplementar a legislação federal, nos exatos limites da competência definida no artigo 30, incisos I e II, da CF – Forma de cumprimento da imposição que poderá ser livremente escolhida pela empresa, não havendo que se falar em afronta à livre iniciativa – Obrigação que se estende a todas as empresas do mesmo segmento situadas no Município, não implicando, portanto, em ofensa aos princípios da isonomia e da livre concorrência – Disposição, ademais, que se mostra adequada aos fins a que se destina e comina sanções razoáveis e pertinentes, afastando a alegação de desconsideração aos princípios da proporcionalidade e razoabilidade – Precedente desta Corte – Ação Direta de Inconstitucionalidade julgada improcedente.

Acesso ao Sumário

VOTO

Cuida-se de ação direta de inconstitucionalidade ajuizada pela Apas – Associação Paulista de Supermercados em face da Lei nº 13.074, de 6 de setembro de 2013, de iniciativa parlamentar, promulgada pela Presidência da Câmara dos Vereadores após a rejeição do veto integral aposto pelo Chefe do Poder Executivo, que "dispõe sobre o tempo de atendimento ao usuário nos

caixas dos estabelecimentos comerciais denominados de hipermercados, supermercados ou congêneres", no âmbito do Município de Ribeirão Preto.

Alega o autor, em essência, que: a legislação questionada dispõe sobre relações de consumo, matéria de competência legislativa reservada à União e aos Estados, na forma do art. 275 da Constituição Paulista e art. 24, incisos V e VIII, da Constituição Federal, nem sequer se tratando de hipótese em que permitida a edição de legislação suplementar pelo Município, máxime por não se tratar de matéria que reflita "interesse local"; além disso, o ato normativo impugnado representa verdadeira ingerência da Administração Pública nas atividades internas dos estabelecimentos comerciais, em flagrante violação aos princípios da livre iniciativa e da livre concorrência; outrossim, há manifesta desconsideração aos princípios da isonomia, razoabilidade e proporcionalidade, pois a proteção do consumidor ali prevista dá-se especificamente em relação aos supermercados e hipermercados situados naquela Urbe, causando infundado favorecimento aos demais setores do comércio varejista, na medida em que os atingidos pela legislação objurgada deverão manter uma estrutura de pessoal desproporcional à demanda média diária; de qualquer modo, a questão do tempo de espera para atendimento do consumidor depende de variáveis de toda sorte, sendo impossível sua mensuração, especialmente da característica de sazonalidade da atividade supermercadista; por fim, não se pode esquecer que o cliente deseja ser atendido em suas necessidades, e não simplesmente 'despachado' rapidamente para que se observe o tempo da fila, razão pela qual a lei municipal questionada igualmente contraria o art. 4º, *caput* e inciso V, do Código de Defesa do Consumidor.

A medida liminar postulada na exordial foi deferida para o fim de "suspender a eficácia da Lei nº 13.074, de 06 de setembro de 2013, do Município de Ribeirão Preto, até final decisão do Colendo Órgão Especial deste Tribunal de Justiça" (v. fls. 164/165).

A Procuradoria Geral do Estado foi citada para a demanda (v. fls. 190/191), manifestando seu desinteresse em realizar a defesa da lei atacada nos autos (v. fls. 193/195).

O Prefeito e a Presidência da Câmara do Município de Ribeirão Preto prestaram as informações requisitadas, defendendo a constitucionalidade da legislação impugnada (v. fls. 174/186 e 197/201).

Procuradoria Geral de Justiça opinou pela improcedência da ação (v. fls. 206/222).

É o relatório.

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

Acesso ao Sumário

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.

De qualquer modo, ainda que desconsiderada tal restrição constitucional, a ação não merece acolhida.

Com efeito, a Lei Municipal nº 13.074, de 6 de setembro de 2013, objeto da demanda em causa, dispõe, *in verbis*:

> "Art. 1º Todos os estabelecimentos comerciais denominados de hipermercados, supermercados ou congêneres no Município ficam obrigados a atender os usuários em tempo razoável no setor de caixas.
>
> § 1º Considera-se tempo razoável para o atendimento ao usuário no setor de caixas:
>
> I – até 20 (vinte) minutos em dias normais;
>
> II – até 30 (trinta) minutos:
>
> a) do quinto ao sétimo dias úteis de cada mês, período de incremento nas vendas em virtude do recebimento de salários;
>
> b) nos feriados municipais, estaduais ou federais;
>
> c) na véspera dos feriados municipais, estaduais ou federais.
>
> § 2º Os períodos de que tratam os incisos I e II deste artigo serão delimitados pelo horário de ingresso e saída do usuário no recinto onde estão instalados os caixas, registrados mediante chancela mecânica ou eletrônica.
>
> Art. 2º A infração aos dispositivos expressados nesta lei acarretará ao estabelecimento comercial a aplicação de penalidades administrativas pelos órgãos competentes de fiscalização e ocasionará:
>
> I – advertência;
>
> II – multa de 70 (setenta) UFESP's (Unidade Fiscal do Estado de São Paulo), aplicada em dobro em caso de reincidência.
>
> Art. 3º Os estabelecimentos referidos no artigo 1° terão o prazo de 90 (noventa) dias a contar da promulgação desta lei para adaptar-se às suas disposições.
>
> Art. 4º O Poder Executivo poderá estabelecer os regulamentos necessários à implementação do disposto nesta lei, prevendo o órgão responsável pelas providências administrativas e fiscalização.
>
> Art. 5º Esta lei entrará em vigor na data de sua publicação.
>
> Art. 6º Revogam-se as disposições em contrário."

Como se vê, a lei em comento cuidou de regular matéria atinente à proteção e defesa do consumidor, acerca da qual compete apenas à União, aos Estados e ao Distrito Federal legislar, na forma estabelecida no artigo 24, incisos V e VIII, da Carta Magna[1], e também artigo 275 da Constituição do Estado de

Acesso ao Sumário

1 "Art. 24. Compete à União, aos Estados e ao Distrito Federal legislar concorrentemente sobre:

São Paulo[2].

Não obstante, é certo, também, que o tema poderia ser tratado suplementarmente pelo Município de Ribeirão Preto, regulando questão de interesse predominantemente local, por aplicação da regra do artigo 30, incisos I e II[3], da mesma Carta Magna; arreda-se, destarte, a alardeada invasão de competência legislativa de outros entes federativos e consequente afronta ao princípio federativo e aos preceitos do artigo 24, incisos V e VIII, e § 3º, da Constituição Federal e artigo 275 da Constituição do Estado de São Paulo.

A propósito, destaca Alexandre de Moraes que:

> "O princípio geral que norteia a repartição de competência entre as entidades componentes do Estado Federal é o da **predominância do interesse** (...) e aos municípios concernem os assuntos de interesse local. (...) Apesar de difícil conceituação, interesse local refere-se àqueles interesses que disserem respeito mais diretamente às necessidades imediatas do município, mesmo que acabem gerando reflexos no interesse regional (Estados) ou geral (União), pois como afirmado por Fernanda Dias Menezes, 'é inegável que mesmo atividades e serviços tradicionalmente desempenhados pelos municípios, como transporte coletivo, polícia das edificações, fiscalização das condições de higiene de restaurantes e similares, coleta de lixo, ordenação do uso do solo urbano, etc., dizem secundariamente com o interesse estadual e nacional'. Dessa forma, salvo as tradicionais e conhecidas hipóteses de interesse local, as demais deverão ser analisadas caso a caso, vislumbrando-se qual o interesse predominante (princípio da predominância do interesse)" (v. "Direito Constitucional", 27ª edição, São Paulo, Editora Atlas, 2011, pp. 314 e 328/329).

E o Colendo Supremo Tribunal Federal já assentou o entendimento de que os Municípios detêm competência para editar normas de proteção das relações de consumo, valendo aqui a transcrição das ementas de dois julgados da Primeira Turma daquele Pretório, em casos análogos ao dos autos:

> "Agravo regimental no agravo de instrumento. Constitucional. Competência legislativa dos Municípios. Tempo de espera. Atendimento. Agências bancárias. Assunto de interesse local. Normas de proteção

(...)

V – produção e consumo;

(...)

VIII – responsabilidade por dano ao meio ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico".

2 "Art. 275. O Estado promoverá a defesa do consumidor mediante adoção de política governamental própria e de medidas de orientação e fiscalização, definidas em lei".

3 "Art. 30. Compete aos Municípios:

I – legislar sobre assuntos de interesse local;

II – suplementar a legislação federal e a estadual no que couber".

ao consumidor. Precedentes. 1. É pacífica a jurisprudência desta Corte de que os Municípios detêm competência para legislar sobre o tempo máximo de espera por atendimento nas agências bancárias, uma vez que essa questão é de interesse local e diz respeito às normas de proteção das relações de consumo, não se confundindo com a atividade-fim das instituições bancárias. 2. Agravo regimental não provido" (v. AgR. no AI nº 495187/SP, Primeira Turma, relator Ministro DIAS TOFFOLI, j. 30/08/2011, DJe 11/10/2011);

"Agravo regimental no agravo de instrumento. Constitucional. Competência legislativa dos Municípios. Instalação de sanitários nas agências bancárias. Assunto de interesse local. Normas de proteção ao consumidor. Precedentes. 1. É pacífica a jurisprudência desta Corte de que os Municípios detêm competência para legislar determinando a instalação de sanitários nas agências bancárias, uma vez que essa questão é de interesse local e diz respeito às normas de proteção das relações de consumo, posto que visa o maior conforto dos usuários daquele serviço, não se confundindo com a atividade-fim das instituições bancárias. 2. Agravo regimental não provido" (v. AgR. no RE nº 266536/SP, Primeira Turma, relator Ministro DIAS TOFFOLI, j. 17/04/2012, DJe 11/05/2012).

Possível, então, considerar aqui que a Lei Municipal nº 13.074/2013 nada mais fez do que suplementar as normas gerais traçadas na legislação federal pertinente (Lei Federal nº 8.078/90), nos estritos limites da competência que lhe confere o artigo 30, inciso II, da Constituição Federal, afastando, portanto, definitivamente, qualquer indício de invasão de competências reservadas; e nem se alegue que a matéria versada no ato normativo questionado demandaria tratamento uniforme em todos os Municípios, porquanto se cuida de questão afeta ao peculiar interesse de cada ente público local, inserindo-se em seu poder discricionário aquela regulamentação.

E nem se alegue, ainda, que a legislação local impugnada nos autos obriga à "contratação de mão de obra pelos estabelecimentos supermercadistas, (que) deverão manter uma estrutura de pessoal desproporcional a demanda média em seus quadros para poder assim atender os dias de pico de venda", porquanto as empresas obrigadas poderão livremente decidir quanto à forma de atendimento das imposições do ato normativo questionado, inclusive mediante o deslocamento instantâneo e provisório de funcionários de outros setores para suprir um eventual aumento da demanda nos caixas, como já ocorre em supermercados e hipermercados desta Capital em horários de pico.

Acesso ao Sumário

Além disso, a imposição dirige-se a todas as empresas do mesmo segmento do Município de Ribeirão Preto, sem causar-lhes ônus significativo que possa representar empecilho ao exercício de suas atividades, o que também arreda a alegada afronta aos princípios da isonomia e da livre concorrência,

inseridos nos arts. 5º, *caput*, e 170, inciso IV, ambos da Constituição Federal; ademais, estando todos os estabelecimentos similares obrigados à observância da legislação municipal objurgada, não há que se falar que o incremento de custos daí decorrente possa acarretar uma menor competitividade, que, à evidência, não pode ser aferida em relação a outros setores distintos da economia (açougues, padarias etc.).

Aliás, a providência imposta na legislação local já implicitamente integra o vínculo obrigacional existente entre os estabelecimentos aos quais se dirige e os seus clientes, como decorrência das normas do próprio Código de Defesa do Consumidor, razão pela qual não havia óbice a que o Município dispusesse acerca da forma pela qual esta deveria ser efetivada; destarte, não há que se falar em afronta ao princípio da livre iniciativa, inserido no artigo 170, *caput*, da Constituição Federal, máxime porque este mesmo dispositivo constitucional elege a defesa do consumidor como um dos princípios a serem observados no exercício da atividade econômica (inciso V).

A disposição legal em causa mostra-se, então, adequada aos fins a que se destina e, pelo seu eventual descumprimento, comina sanções razoáveis e pertinentes, dirigindo-se a todos os estabelecimentos de mesma natureza existentes no âmbito do Município de Ribeirão Preto, razão pela qual não há que se falar em desconsideração dos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade; as penas foram estabelecidas de maneira uniforme e são idênticas a todos os que infringirem a legislação, havendo plena congruência entre o descumprimento da obrigação legal e a respectiva sanção, máxime se considerado que todos os estabelecimentos atingidos pela previsão normativa apresentam considerável e similar capacidade financeira.

De qualquer modo, nada obsta a que o estabelecimento atingido por eventual imposição de sanção, por aplicação da legislação em tela, socorra-se do Poder Judiciário com vistas à demonstração de que não estaria sujeito às obrigações ali previstas ou que, na hipótese específica, as exigências seriam de impossível cumprimento.

Na verdade, os fundamentos para rejeição das alegações expendidas pela associação autora na petição inicial da ação foram perfeitamente sintetizados pela douta Procuradoria de Justiça, ao consignar que:

> "... não é inconstitucional o ato normativo por limitar a incidência do diploma legal a supermercados e hipermercados.
>
> A meta da lei é alcançar os grandes conglomerados comerciais desse ramo exatamente porque neles o tempo de atendimento nos caixas é superior àqueles estabelecimentos de menor porte.
>
> E, de outra parte, as sanções administrativas cominadas não se mostram absurdas, ilógicas, inadequadas ou irracionais.
>
> A reiterada pronúncia de constitucionalidade, pelo Supremo

Acesso ao Sumário

Tribunal Federal, de leis municipais que disciplinam o tempo de atendimento em agências de instituições bancárias, implica a dispensa de idêntico tratamento para o tempo de atendimento ao público nos supermercados e hipermercados.

(...)

Por outro lado, não nos parece correto afirmar que a lei impugnada ofende os princípios da livre iniciativa ou da livre concorrência.

É que a lei não limita, em momento algum, o exercício da atividade econômica ou empresarial, cuidando apenas de assegurar adequado tratamento aos consumidores, limitando o tempo de espera nos caixas dos estabelecimentos de grande porte nela mencionados.

Parece, com a devida vênia, excessivo ou distante da realidade desses grandes grupos empresariais (Supermercados ou Hipermercados) imaginar que simples adequação interna destinada a assegurar maior conforto aos seus consumidores possa, verdadeiramente, representar entrave à livre iniciativa ou à atividade econômica.

Não se pode olvidar, ademais, que, como já afirmado anteriormente, eventual declaração da inconstitucionalidade com fundamento no art. 170, 'caput' e inciso IV, da CF é inviável, visto que, em conformidade com o art. 125, § 2º, da CF, o parâmetro de controle concentrado de constitucionalidade no Tribunal de Justiça é somente a Constituição Estadual.

Acrescente-se que a lei não disciplinou, em momento algum, qualquer aspecto do Direito Comercial ou do Direito do Trabalho, não havendo ofensa ao art. 22, I, da CF, que sequer poderia, aqui, ser examinada.

Observe-se que a lei não impõe contratação de empregados, nem estabelece qualquer regra relacionada ao regime de trabalho em Hipermercados ou Supermercados.

Ela apenas prevê a necessidade de observância de tempo máximo de espera em filas, pelos clientes dos estabelecimentos, para efetivarem pagamento. As providências a serem adotadas para que tal padrão de atendimento seja observado ficam a cargo de escolhas internas da administração dos próprios estabelecimentos.

Vale mencionar, outrossim, que a lei não disciplina qualquer aspecto relacionado ao Direito Empresarial, tais como regime dos contratos comerciais, regime jurídico empresarial, peculiaridades relativas à criação ou extinção de estabelecimentos, títulos de crédito, entre outros. Isto é, a lei objeto da presente ação não trata de assuntos cuja temática é, de fato, atinente ao Direito Comercial.

Em suma, a lei apenas cuidou de aspecto peculiar ao Município, no que diz respeito à defesa do consumidor.

Da mesma forma, também não pode ser acolhida, nesse passo,

Acesso ao Sumário

a afirmação de que só a União, os Estados e o Distrito Federal podem cuidar da defesa do consumidor.

Tanto assim que, reiteradamente, o STF tem reconhecido a competência do Município para editar leis em defesa do consumidor, quando o interesse for predominantemente local.

Confiram-se precedentes que, *mutatis mutandis*, são aplicáveis à espécie:

'(...)

Farmácia. Fixação de horário de funcionamento. Assunto de interesse local. A fixação de horário de funcionamento para o comércio dentro da área municipal pode ser feita por lei local, visando o interesse do consumidor e evitando a dominação do mercado por oligopólio. (RE n. 189.170, Rel. p/ o ac. Min. Maurício Corrêa, julgamento em 1º-2-2001, Plenário, DJ de 8-8-2003). No mesmo sentido: AI n. 729.307-ED, Rel. Min. Cármen Lúcia, julgamento em 27-10-2009, Primeira Turma, DJE de 4-12-2009; RE n. 321.796-AgR, Rel. Min. Sydney Sanches, julgamento em 8-10-2002, Primeira Turma, DJ de 29-11-2002; RE n. 237.965-AgR, Rel. Min. Moreira Alves, julgamento em 10-2-2000, Plenário, DJ de 31-3-2000.

(...)'

Aliás, tratando especificamente do tempo máximo de espera na fila em instituições financeiras, reconheceu o STF, com fundamento no art. 30, I, da CF, a competência legislativa do Município:

'(...)

Atendimento ao público e tempo máximo de espera na fila. Matéria que não se confunde com a atinente às atividades fim das instituições bancárias. Matéria de interesse local e de proteção ao consumidor. Competência legislativa do Município. (RE n. 432.789, Rel. Min. Eros Grau, julgamento em 14-6-2005, Primeira Turma DJ de 7-10-2005). No mesmo sentido: RE n. 285.492-AgR, Rel. Min. Joaquim Barbosa, julgamento em 26-6-2012, Segunda Turma, DJE de 28-8-2012; RE n. 357.160-AgR, Rel. Min. Ayres Britto, julgamento em 13-12-2011, Segunda Turma, DJE de 23-2-2012; RE n. 610.221-RG, Rel. Min. Ellen Gracie, julgamento em 29-4-2010, Plenário, DJE de 20-8-2010, com repercussão geral; AC n. 1.124-MC, Rel. Min. Marco Aurélio, julgamento em 9-5-2006, Primeira Turma, DJ de 4-8-2006; AI n. 427.373-AgR, Rel. Min. Cármen Lúcia, julgamento em 13-12-2006, Primeira Turma, DJ de 9-2-2007.

(...)'

Em suma, não subsiste, sob qualquer aspecto que seja analisada a lei, a alegação de inconstitucionalidade" (v. fls. 217/221).

Aliás, nesse mesmo sentido, precedente deste Colendo Órgão Especial assentou, na justa medida, que:

Acesso ao Sumário

"Ação Direta de Inconstitucionalidade – Legitimidade ativa – Lei Municipal n° 9.427/2012, de Santo André – Tempo de atendimento nos caixas de Hipermercados, Supermercados ou congêneres. 1. A legitimidade ativa de associação de classe na ação direta de inconstitucionalidade decorre da demonstração de existência de relação lógica entre a questão versada na lei ou ato normativo impugnado e os objetivos sociais da entidade requerente, em razão da evidente possibilidade de repercussão direta ou indireta da legislação sobre sua atividade profissional ou econômica. 2. O tempo de espera em filas de hipermercados, supermercados e congênere inclui-se no âmbito dos assuntos de interesse local do Município, a quem compete a respectiva regulação. 3. A previsão de manutenção de funcionários, no setor de caixas, em número compatível com o fluxo de consumidores, não implica determinação de contratação de novos empregados, cuidando-se apenas de diretriz a ser observada na criação de escalas de serviço dos colaboradores, a fim de dar efetividade ao critério objetivo do denominado 'tempo razoável de espera'. Interpretação conforme a Constituição. Ação Improcedente" (v. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 0246290-75.2012.8.26.0000, relator Desembargador ITAMAR GAINO, j. 12/06/2013).

Em suma, não havia realmente óbice à edição do ato normativo impugnado, que não padece de qualquer inconstitucionalidade por vício material ou formal, mostrando-se proporcional e adequado aos fins colimados, atinentes à proteção dos consumidores de supermercados, hipermercados e similares estabelecidos no Município de Ribeirão Preto, que detinha plena competência para legislar acerca de matéria de inegável interesse local.

Ante o exposto, julga-se improcedente a presente ação direta de inconstitucionalidade.

ACÓRDÃO

Acesso ao Sumário

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2096235-10.2014.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é autor PREFEITO DO MUNICÍPIO DE GUARULHOS, é réu PRESIDENTE DA CÂMARA MUNICIPAL DE GUARULHOS.

ACORDAM, em Órgão Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "JULGARAM A AÇÃO PROCEDENTE, COM EFEITO 'EX TUNC'. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 22.457 (OE))**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores RENATO

NALINI (Presidente), ANTONIO CARLOS VILLEN, ADEMIR BENEDITO, LUIZ ANTONIO DE GODOY, NEVES AMORIM, BORELLI THOMAZ, JOÃO NEGRINI FILHO, EROS PICELI, ELLIOT AKEL, GUERRIERI REZENDE, WALTER DE ALMEIDA GUILHERME, XAVIER DE AQUINO, ANTONIO CARLOS MALHEIROS, FERREIRA RODRIGUES, PÉRICLES PIZA, EVARISTO DOS SANTOS, MÁRCIO BARTOLI, JOÃO CARLOS SALETTI, ROBERTO MORTARI, LUIZ AMBRA, FRANCISCO CASCONI, PAULO DIMAS MASCARETTI, VANDERCI ÁLVARES e ARANTES THEODORO.

São Paulo, 17 de setembro de 2014.

TRISTÃO RIBEIRO, Relator

Ementa: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. Lei Municipal nº 7.268/14, de iniciativa da Câmara Legislativa, que estabelece o pagamento de bônus pecuniário aos guardas municipais que, no exercício de suas funções, encontrarem ou apreenderem armas de fogo irregulares. Vício de iniciativa. Ocorrência. Matéria com reflexos na remuneração dos servidores. Ação procedente.

VOTO

Trata-se de Ação Direta de Inconstitucionalidade proposta pelo Prefeito do Município de Guarulhos, visando à declaração da inconstitucionalidade da Lei Municipal nº 7.268, de 12 de maio de 2014, que institui sistema de pagamento de bônus pecuniário aos guardas municipais que, no exercício das funções, encontrarem ou apreenderem armas de fogo irregulares. Aduz o autor existência de vício de iniciativa, tendo em vista tratar-se de matéria de competência privativa do Poder Executivo, bem como a criação de despesa sem a respectiva fonte de custeio, indicando infringência do órgão legislativo ao disposto nos artigos 5º, 24, § 2º, 25, 47, incisos II, XIV e XVII, 144, 174 e 176, inciso I, todos da Constituição Estadual.

Foi deferida a liminar para a suspensão da lei (fls. 46/47).

A Câmara Municipal prestou informações sobre o processo de elaboração da norma (fls. 56/60).

O Procurador Geral do Estado manifestou desinteresse em participar da ação (fls. 62/64).

Juntou-se parecer da douta Procuradoria Geral de Justiça opinando pela

Acesso ao Sumário

procedência da ação (fls. 66/75).

É o relatório.

A presente ação visa à retirada do ordenamento jurídico de norma que, em tese, foi elaborada com infringência a disposições constitucionais, consubstanciando-se vício de iniciativa e criação de despesa sem previsão orçamentária pelo órgão do legislativo local.

Dispõe a norma guerreada:

LEI MUNICIPAL Nº 7.268, DE 12 DE MAIO DE 2014

Autoria: Vereador Toninho Magalhães Filho.

Institui o sistema de bônus aos Guardas Municipais pela apreensão de armas de fogo.

O Presidente da Câmara Municipal de Guarulhos, Senhor Eduardo Soltur, nos termos do § 7º do artigo 44 da Lei Orgânica do Município de Guarulhos, promulgada em 05 de abril de 1990, faz saber que, em decorrência do silêncio do Senhor Chefe do Executivo em relação ao comunicado de rejeição, na Sessão Ordinária de 06 de maio de 2014, do Veto Total aposto ao Autógrafo nº 001/14, referente ao Projeto de Lei nº 1591/13, de autoria do Vereador Toninho Magalhães Filho, promulga a seguinte Lei:

Art. 1º Fica instituído o sistema de bônus pecuniário aos integrantes da Guarda Municipal deste Município que, no exercício de suas funções, encontrarem e apreenderem armas de fogo sem registro e/ou autorização legal, entregando-as ao órgão de que trata o art. 2º desta Lei.

Parágrafo único. O bônus de que trata o caput deste artigo tem caráter de gratificação espontânea, não possuindo natureza salarial e não se incorpora, por qualquer meio, à remuneração do beneficiário.

Art. 2º As armas apreendidas serão entregues ao órgão policial ao qual couber a responsabilidade pela adoção dos procedimentos legais cabíveis, inclusive elaboração de laudo pericial e definição final do armamento.

Art. 3º Os responsáveis por aplicações indevidas das disposições desta Lei serão indiciados em processos disciplinares, na forma da legislação própria.

Art. 4º O Poder Executivo regulamentará esta Lei no prazo de 90 (noventa) dias.

Art. 5º As despesas decorrentes da execução da presente Lei correrão por conta das dotações orçamentárias próprias, suplementadas se necessário.

Art. 6º Esta Lei entra em vigor a partir da data de sua publicação.

Câmara Municipal de Guarulhos, em 12 de maio de 2014.

Acesso ao Sumário

É notório que o legislativo municipal tem competência para criar normas que correspondam a temas de interesse local. Contudo, há matérias que são de iniciativa privativa do Chefe do Executivo.

Assim, no dizer de Hely Lopes Meirelles, são matérias de competência privativa do alcaide "**(...) os projetos de leis que disponham sobre a criação, estruturação e atribuição das secretarias, órgãos e entes da Administração Pública Municipal; matéria de organização administrativa e planejamento de execução de obras e serviços públicos; criação de cargos, funções ou empregos públicos na Administração direta, autárquica e fundacional do Município; o regime jurídico e previdenciário dos servidores municipais, fixação e aumento de sua remuneração; o plano plurianual, as diretrizes orçamentárias, o orçamento anual e os créditos suplementares e especiais**" (g.n.) ("Direito Municipal Brasileiro", 12ª ed., São Paulo, Malheiros, p. 578).

Está claro que a inovação proposta pela lei altera os padrões de remuneração da Guarda Municipal, criando novo benefício.

As mudanças promovidas pela lei dizem respeito a matéria constitucionalmente reservada ao Poder Executivo Municipal, conforme se depreende dos dispositivos da Constituição Estadual abaixo reproduzidos:

> "***Artigo 24 – A iniciativa das leis complementares e ordinárias cabe a qualquer membro ou comissão da Assembleia Legislativa, ao Governador do Estado, ao Tribunal de Justiça, ao Procurador-Geral de Justiça e aos cidadãos, na forma e nos casos previstos nesta Constituição.***
>
> ***(...)***
>
> ***§ 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;***
>
> ***(...)***
>
> ***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 análise dos dispositivos constitucionais leva à conclusão da procedência do pedido do requerente, confirmando-se a existência de vício de iniciativa, já que o Órgão Legislativo local de fato invadiu a seara de atuação do Executivo.

Em defesa da norma, a Câmara Municipal afirma não ser procedente a alegação de que a lei cria despesas, na medida em que não traz disposição específica sobre o valor do bônus instituído, ficando tal estipulação a critério do Prefeito. Ademais, alega que o vício de iniciativa somente se observa quando haja um maior conhecimento da matéria discutida na norma pelo Chefe do

Acesso ao Sumário

Executivo, o que não ocorre no caso concreto.

Embora concorde com a posição adotada pelo Ministro Eros Grau no julgamento da ADIn 3.394-8 – AM, no sentido de que o só fato de criar despesa não seja suficiente para tornar a matéria legislativa de iniciativa exclusiva do Chefe do Executivo; deve ser salientado que no julgamento em que tal posicionamento foi manifestado, se tratava de norma que impunha ao Poder Público a obrigatoriedade de fornecimento de testes de DNA em casos de investigação de paternidade de pessoas necessitadas. Obviamente, não se tratava ali de criação de pagamento de verba totalmente despropositada, cujo fundamento apresenta-se como contrapartida a atuação, que não configure exigência do serviço.

Conforme estabelecido na Lei Municipal nº 4.127/92 que criou a Guarda Municipal de Guarulhos: "***Art. 2º A Guarda Municipal deverá ter como principais atribuições a manutenção da ordem, a guarda do patrimônio do Município, dos órgãos da administração direta e indireta, das escolas e hospitais e onde se fizer necessário. (Vide Decreto Municipal nº 20.652, de 1999)***".

Já o Decreto Municipal nº 20.652/99 dispõe sobre outra atribuição da guarda, nos termos de seu artigo 2º, conforme a seguir: "***Art. 2º Ao Departamento da Guarda Civil Municipal caberá aplicar o Curso de Direção Defensiva e Socorros de Urgência, necessários ao exercício das atividades previstas no Artigo 2º da Lei Municipal nº 4.127/92, Código de Trânsito Brasileiro, bem como resoluções do Conselho Nacional de Trânsito – Contran***".

Sendo assim, incorre a lei também em desrespeito ao artigo 128, da Constituição Estadual, que estabelece:

> ***Artigo 128 – As vantagens de qualquer natureza só poderão ser instituídas por lei e quando atendam efetivamente ao interesse público e às exigências do serviço.***
>
> ***(...)***

A norma combatida não representa nenhuma das hipóteses previstas, já que não atende ao interesse público, muito menos às exigências do serviço.

A posse de armas de fogo sem registro e/ou autorização legal é crime e compete às polícias estaduais seu controle e prevenção. São competentes para sua apuração e controle os órgãos de segurança pública dispostos no artigo 139, da Constituição Estadual:

> ***Artigo 139 – A Segurança Pública, dever do Estado, direito e responsabilidade de todos, é exercida para a preservação da ordem pública e incolumidade das pessoas e do patrimônio.***
>
> ***§ 1º – O Estado manterá a Segurança Pública por meio de sua polícia, subordinada ao Governador do Estado.***
>
> ***§ 2º – A polícia do Estado será integrada pela Polícia Civil, Polícia***

Militar e Corpo de Bombeiros.

§ 3º – A Polícia Militar, integrada pelo Corpo de Bombeiros é força auxiliar, reserva do Exército.

Sendo assim, não é atribuição específica da Guarda Municipal apreender armas, ainda que, eventualmente, possa promover prisão em flagrante, conforme disposição do artigo 301, do Código de Processo Penal, diante da constatação prática do delito.

Sem razão, ainda, o requerido quando afirma que a existência de matérias cuja produção legislativa é restrita ao Chefe do Executivo se deve ao fato de este conhecer mais profundamente determinados temas. Ora, a viabilização de um projeto político-administrativo impõe a existência de prerrogativas especiais ao Chefe do Executivo. Trata-se aqui, de evitar-se a criação de empecilhos ao funcionamento da máquina estatal mediante a criação de normas que de qualquer forma possam comprometer a gestão do município.

Por fim, a norma não serviria sequer a coibir eventual prática de apossamento das armas irregulares pelos guardas municipais quando de sua apreensão, pois que tal conduta representa a prática de crime, sujeitando-se os agentes às penas da lei.

Diante de todo o exposto, concluo que a Lei nº 7.268/14, do Município de Guarulhos, é inconstitucional, por desrespeito aos artigos 24, § 2º, 128 e 144, da Constituição Estadual.

Nestes termos, julga-se procedente a ação, declarando-se a inconstitucionalidade da Lei nº 7.268/14, de 12 de maio de 2014, do Município de Guarulhos, com efeito "ex tunc", oficiando-se à respectiva Câmara Municipal para as providências cabíveis, tudo nos termos do v. acórdão.

ACÓRDÃO

Acesso ao Sumário

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2010301-84.2014.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é autor PROCURADOR GERAL DE JUSTIÇA, são réus PRESIDENTE DA CÂMARA MUNICIPAL DE BAURU e PREFEITO DO MUNICÍPIO DE BAURU.

ACORDAM, em Órgão Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "NÃO CONHECERAM DA PRELIMINAR E JULGARAM A AÇÃO PROCEDENTE. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 30.759)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores RENATO

NALINI (Presidente), MÁRCIO BARTOLI, JOÃO CARLOS SALETTI, ROBERTO MORTARI, LUIZ AMBRA, FRANCISCO CASCONI, PAULO DIMAS MASCARETTI, VANDERCI ÁLVARES, ARANTES THEODORO, TRISTÃO RIBEIRO, ANTONIO CARLOS VILLEN, ADEMIR BENEDITO, LUIZ ANTONIO DE GODOY, NEVES AMORIM, BORELLI THOMAZ, JOÃO NEGRINI FILHO, EROS PICELI, ELLIOT AKEL, GUERRIERI REZENDE, WALTER DE ALMEIDA GUILHERME, XAVIER DE AQUINO, ANTONIO CARLOS MALHEIROS, FERREIRA RODRIGUES e PÉRICLES PIZA.

São Paulo, 17 de setembro de 2014.

EVARISTO DOS SANTOS, Relator

Ementa: CITAÇÃO

D. Procurador Geral do Estado. Matéria apreciada em despacho irrecorrido. Preclusão consumativa inviabiliza reapreciação.

Preliminar não conhecida.

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE

Lei municipal nº 5.962, de 2010, de iniciativa do Chefe do Executivo, criando corredores comerciais e de serviços. Imprescindíveis, não só prévios estudos ou planejamento administrativo, mas também a efetiva participação da comunidade, por suas entidades representativas, máxime quando, como no caso, emendas parlamentares ao projeto de lei do Chefe do Executivo promoveram alterações tópicas e casuísticas. A Constituição Estadual prevê a necessidade de participação comunitária em matéria urbanística. Precedentes deste C. Órgão Especial. Inconstitucional o ato normativo impugnado.

Procedente a ação.

Acesso ao Sumário

VOTO

1. Trata-se de **ação direta de inconstitucionalidade** tendo por objeto a **Lei nº 5.962**, de 01.09.10, do Município de Bauru, ao transformar em "... *corredor comercial, de serviços e comercial e de serviços as ruas que especifica*" (fls. 16/19).

Sustentou, em resumo, vícios de inconstitucionalidade. Necessária cooperação das associações representativas quanto ao planejamento municipal

(art. 29, XI, da CE). Constituições Federal e Estadual preordenam exercício da autonomia municipal. Norma impugnada ofende os arts. 180, II e V, 181 e 191, da CE. Assegurada participação da população em todas as matérias atinentes ao desenvolvimento urbano e ao meio ambiente – normas que afetarão a estética urbana, a qualidade de vida e os usos urbanísticos. Nesse sentido a jurisprudência. Inexorável a incompatibilidade entre o diploma em apreço e o ordenamento constitucional estadual, sobretudo como, no caso, as emendas parlamentares ao projeto de lei do Chefe do Executivo promoveram alterações tópicas e casuísticas. Legislação sobre uso e ocupação do solo urbano deve estar em conformidade com o plano diretor. Lei local ofereceu a tópica, casuística e isolada criação de novos corredores de comércio e serviço em espaços territoriais determinados, em disposição desvinculada do planejamento urbano integral. Daí o recebimento da ação e, ao final, a declaração da inconstitucionalidade (fls. 01/12 e 67/79).

Instado (fls. 63), o autor regularizou a inicial (fls. 66/79). Processou-se (fls. 82). Opinou a d. Procuradoria-Geral de Justiça (fls. 92/93). Vieram informações do Prefeito Municipal de Bauru (fls. 95/99).

Cessada a investidura do i. Des. **GRAVA BRAZIL** neste **C. Órgão Especial** (fls. 101), redistribuiu-se a este Relator (fls. 104). Instada (fls. 106), informou a Serventia (fls. 108). Vieram informações da Casa Legislativa Municipal (fls. 112) e documentos (fls. 113/261). Instado (fls. 263), manifestou-se o autor (fls. 266/271).

É o relatório.

2. a) Quanto à citação do D. Procurador Geral do Estado (fls. 93 e 267).

R. decisão, dispensando tal providência (fls. 82), irrecorrida, inviabiliza reexame da matéria. Questão **não** comporta nova discussão.

Operou-se a **preclusão** (art. 183, ***caput***, do CPC). Transcorrido o lapso temporal (art. 522, do CPC), inviável reapreciação.

Assim, **não conheço** da preliminar.

b) Procedente a ação.

Trata-se de **ação direta de inconstitucionalidade** do Procurador-Geral de Justiça do Estado de São Paulo, tendo por objeto a **Lei nº 5.962**, de 01.09.10, do Município de Bauru, ao transformar em "*... corredor comercial, de serviços e comercial e de serviços as ruas que especifica*", respectivamente, em seus **arts. 1º, 2º e 3º** (fls. 16/19).

Com razão o autor.

Observe-se, de início, ter este **C. Órgão Especial** declarado a inconstitucionalidade de diversas leis do Município de Bauru, tratando da

Acesso ao Sumário

criação de corredores comerciais e de serviços, **todas** tendo como fundamento **vício de iniciativa** (***v.g.*** – ADIn nº 179.525-0/8-00 – v.u. j. de 25.11.09 – Rel. Des. **WALTER DE ALMEIDA GUILHERME**; ADIn nº 990.10.168867-0 – v.u. j. de 11.08.10 – Rel. Des. **ARMANDO TOLEDO**; ADIn nº 990.10.168864-6 – v.u. j. de 17.11.10 – Rel. Des. **SAMUEL JUNIOR**; ADIn nº 0.168.883-61.2010.8.26.0000 – v.u. j. de 09.02.11 – Rel. Des. **XAVIER DE AQUINO**).

Outro, porém, o fundamento a ensejar o acolhimento da presente demanda.

Norma local, em que pese ser de iniciativa do Chefe do Executivo, criando novos corredores comerciais e de serviços, descritos, respectivamente, em seus **arts. 1º, 2º e 3º** (fls. 16/19), é **inconstitucional**.

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.

E as ponderações do Chefe do Executivo, entendendo inexistir ofensa aos arts. 180, II e 190, da Constituição Estadual, porquanto "*... a Municipalidade editou lei que, sabidamente, goza de presunção de legitimidade,* ***alterando um pequeno zoneamento em prol da comunidade local*** *e consequentemente todo o Município...*" (grifei – fls. 98), **não** prevalecem, diante das observações já acima transcritas, com os acréscimos, para o caso, dos fundamentos constantes da inicial:

> "*Os dispositivos constitucionais parâmetros do controle de constitucionalidade da lei municipal em foco nesta sede assegura a participação da população em todas as matérias atinentes ao desenvolvimento urbano e ao meio ambiente, inclusive nos anteprojetos e projetos de lei, e, são reiteradamente prestigiados pela jurisprudência.*"
>
> *(...)*
>
> "*A democracia participativa decorrente dos artigos 180, inciso II e 190 da Constituição Estadual, alcança a elaboração da lei antes e durante o trâmite de seu processo legislativo até o estágio final de sua*

produção."

"*Ela permite que a população participe da produção de normas que afetarão a estética urbana, a qualidade de vida e os usos urbanísticos.*"

"*É inexorável a incompatibilidade entre o diploma impugnado e o ordenamento constitucional estadual, pois, a* ***Constituição do Estado de São Paulo prevê objetivamente a necessidade de participação comunitária em matéria urbanística****, resulta a inconstitucionalidade da lei local contestada,* ***sobretudo como, no caso, as emendas parlamentares ao projeto de lei do Chefe do Poder Executivo promoveram alterações tópicas e casuísticas***." (grifei – fls. 75/78).

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, **não só** prévios estudos ou planejamento administrativo (segundo consta, a cargo da Secretaria de Planejamento – fls. 31/32), mas **também** a efetiva participação da comunidade, por suas entidades representativas.

Não vieram elementos a evidenciar, no caso, o atendimento dessa segunda condição, em que pese tenha a ela aludido o Chefe do Executivo ("*... proposta de alteração da Lei já está em fase de estudo por parte da SEPLAN, onde os corredores comerciais e de serviços serão exaustivamente debatidos de forma participativa com todos os seguimentos da sociedade...*" – fls. 32).

Assim se tem entendido neste **Colendo Órgão Especial**:

"***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.***"

(...)

"*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,***

Acesso ao Sumário

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**).

No mesmo sentido: ADIn nº 0.108.499-30.2013.8.26.0000 – v.u. j. de 09.10.13 – Rel. Des. **CAUDURO PADIN** e ADIn nº 0.005.130-35.2004.8.26.0000 – m.v. j. de 12.03.14 – Rel. Des. **CAUDURO PADIN**.

Não se cumpriu o **devido processo legislativo**, específico em seu procedimento, para o caso dos autos.

Plenamente caracterizada a **inconstitucionalidade da norma municipal** em questão, reconhecendo-a como ineficaz desde o início de sua vigência, **alcançando**, portanto, os atos administrativos editados sob seu fundamento.

Mais não é preciso acrescentar.

Diante dos aludidos vícios de inconstitucionalidade, invalida-se **Lei Complementar Municipal nº 5.962**, de 01.09.10, por afronta aos **arts. 180, II e 190**, todos da **Constituição Estadual**.

3. Não conheço da preliminar. Julgo procedente a ação.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2115540-77.2014.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é autor PREFEITO DO MUNICÍPIO DE CATANDUVA, é réu PRESIDENTE DA CÂMARA MUNICIPAL DE CATANDUVA.

ACORDAM, em Órgão Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "JULGARAM A AÇÃO IMPROCEDENTE. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 31.728)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores RENATO NALINI (Presidente), JOÃO CARLOS SALETTI, ROBERTO MORTARI, LUIZ AMBRA, FRANCISCO CASCONI, PAULO DIMAS MASCARETTI, VANDERCI ÁLVARES, ARANTES THEODORO, TRISTÃO RIBEIRO, ANTONIO CARLOS VILLEN, ADEMIR BENEDITO, LUIZ ANTONIO DE GODOY, NEVES AMORIM, JOÃO NEGRINI FILHO, NUEVO CAMPOS, EROS PICELI, ELLIOT AKEL, GUERRIERI REZENDE, XAVIER DE AQUINO, ANTONIO CARLOS MALHEIROS, FERREIRA RODRIGUES,

Acesso ao Sumário

PÉRICLES PIZA e EVARISTO DOS SANTOS.

São Paulo, 24 de setembro de 2014.

MÁRCIO BARTOLI, Relator

Ementa: I. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEI MUNICIPAL QUE DISPÔS SOBRE A RESERVA DE VAGAS DE ESTACIONAMENTO PARA VEÍCULOS DE IDOSOS E PORTADORES DE NECESSIDADES ESPECIAIS NO MUNICÍPIO DE CATANDUVA.

II. REGULAR EXERCÍCIO DE COMPETÊNCIA LEGISLATIVA SUPLEMENTAR PELO MUNICÍPIO, NÃO SE VERIFICANDO EXCESSO LEGISLATIVO A ENSEJAR A DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE.

III. INEXISTÊNCIA DE INVASÃO A INICIATIVA LEGISLATIVA RESERVADA AO CHEFE DO EXECUTIVO, POR SE TRATAR DE MATÉRIA CONSTITUCIONAL DISPOSTA EM ROL TAXATIVO. NÃO SE VERIFICA NO ATO NORMATIVO IMPUGNADO OFENSA A QUALQUER DAS HIPÓTESES ELENCADAS NO ARTIGO 24, PARÁGRAFO 2º, DA CONSTITUIÇÃO DO ESTADO.

IV. NORMA DE CARÁTER ABSTRATO QUE, ADEMAIS, NÃO INVADE A COMPETÊNCIA DO CHEFE DO EXECUTIVO PARA ADMINISTRAR O MUNICÍPIO, PRATICANDO ATOS CONCRETOS DE GESTÃO. INEXISTÊNCIA DE OFENSA AO PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES.

V. AUSÊNCIA, POR FIM, DE OFENSA À REGRA CONTIDA NO ARTIGO 25 DA CONSTITUIÇÃO DO ESTADO. A GENÉRICA PREVISÃO ORÇAMENTÁRIA NÃO IMPLICA A EXISTÊNCIA DE VÍCIO DE CONSTITUCIONALIDADE, MAS INDICA, APENAS, A EVENTUAL INEXEQUIBILIDADE DA LEI NO EXERCÍCIO ORÇAMENTÁRIO EM QUE APROVADA. PRECEDENTES DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL.

Acesso ao Sumário

VI. AÇÃO JULGADA IMPROCEDENTE.

VOTO

1. Trata-se de ação direta de inconstitucionalidade interposta em face da Lei nº 5.547, de 10 de abril de 2014, do Município de Catanduva, que "*[d]ispõe sobre o estacionamento para veículos de idoso e de portadores de necessidades especiais e dá outras providências*".

Alega o requerente, em síntese, que a referida norma padeceria de vício de constitucionalidade formal, por invadir matéria cuja iniciativa legislativa seria de competência privativa do Prefeito Municipal, por dispor sobre matéria referente à Administração. Aduz, ademais, que, pela mesma razão, a norma impugnada é materialmente inconstitucional, por ofender a regra da separação dos poderes. Sustenta, por fim, a existência de ofensa ao artigo 25 da Constituição do Estado, por impor a norma despesas à Administração Pública, sem, todavia, indicar a correspondente dotação orçamentária (fls. 01/12).

O pedido liminar foi indeferido pelo despacho de fls. 16/17.

A Procuradoria Geral do Estado foi citada, afirmando seu desinteresse em realizar a defesa do ato impugnado (fls. 22/24).

Manifestou-se a Procuradoria-Geral de Justiça pela improcedência da ação (fls. 64/73).

2. A lei impugnada tem a seguinte redação:

"*Art. 1º. Fica assegurado às pessoas com idade igual ou superior a 60 (sessenta) anos, bem como às pessoas portadoras de deficiência, a utilização de vagas nos estacionamentos públicos e privados existentes no Município de Catanduva, Estado de São Paulo, independente das já reservadas.*

Parágrafo único. Para efeito de fiscalização, os veículos quando estacionados deverão exibir a credencial emitida pelo órgão ou entidade executiva de trânsito do Município de seu domicílio sobre o painel do veículo, ou em local visível, sob pena de autuação por infração de trânsito e suas consequências.

Art. 2º. As despesas decorrentes da execução desta Lei correrão a conta de dotação orçamentária vigente, suplementada se necessário."

3. **É caso de improcedência da pretensão declaratória**. A lei debatida dispõe sobre a reserva de vagas para idosos e portadores de necessidades especiais no Município de Catanduva, tanto em estacionamentos públicos quanto privados.

E, com efeito, a matéria por ela tratada já se encontra prevista nas Leis Federais 10.098/2000 e 10.741/2003, regulamentadas pelas Resoluções CONTRAN nº 303 e 304, ambas de 18 de dezembro de 2008, que asseguram

Acesso ao Sumário

vagas em estacionamentos, públicos e privados, a idosos e pessoas deficientes em todo o território nacional, **estabelecendo inclusive as atribuições dos órgãos executivos municipais para fins de cumprimento dessa legislação**.

Ou seja, ao dispor, em âmbito municipal, sobre essa reserva, nada mais fez o Município do que exercer sua competência constitucional para suplementar a legislação federal existente sobre o tema, no sentido de adequá-la à realidade local.

Trata-se, portanto, de competência legislativa constitucionalmente exercida pela edilidade de Catanduva, vez que as matérias ora discutidas, quais sejam, direito urbanístico e proteção e integração das pessoas portadoras de deficiência, são de competência legislativa **concorrente** entre União e Estados (artigo 24, incisos I e XIV da Constituição Federal) e, portanto, **passíveis de suplementação**, no que couber, ou seja, no que disser respeito à localidade, pelo Município, de forma a concretizar as normas nacionais e estaduais no âmbito municipal.

4. A instituição da referida reserva de vagas, ademais, não se constitui em **questão de política de governo ou ato concreto de gestão**, inexistindo ofensa material à regra da separação dos poderes.

Dispõe a norma impugnada, abstratamente, sobre a reserva de vagas de estacionamento a idosos e deficientes, cabendo ao Poder Executivo, segundo critérios de oportunidade e conveniência, concretizar essa disposição legal, podendo regulamentar a forma de implementação da norma, por meio de provisões especiais, com respaldo no seu poder regulamentar[1].

Restou encarregado o Poder Executivo, assim, no regular exercício de suas funções de **regulação, fiscalização e execução**, de dar concretude às referidas disposições legais, abstratamente definidas, assegurando sua eficácia através da definição dos locais, quantidades, e do modo de implementação das vagas reservadas; bem como por inserir em sua estrutura fiscalizatória preexistente disposições que assegurem o cumprimento da norma, tanto em estacionamentos públicos quanto em estacionamentos privados.

5. Inexiste, no mesmo sentido, o alegado vício de iniciativa. A regra estabelecida no *caput* do artigo 24 da Constituição do Estado é a da iniciativa **concorrente** entre os membros ou comissões da Assembleia Legislativa, o Governador do Estado, o Tribunal de Justiça e os cidadãos – ressalvados os casos em que, **de forma taxativa**, a iniciativa legislativa seja reservada exclusivamente a algum deles, em razão da matéria.

Esse modelo institucional, de reserva de iniciativa legislativa de

1 De acordo com o ensinamento 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).

determinadas matérias a este ou àquele agente político, ademais, é de obrigatória observância pelos Municípios, em razão do princípio da simetria na organização dos entes federativos e da regra contida no artigo 144 da Constituição do Estado. Verifica-se, assim, que a norma impugnada não ampliou a estrutura da Administração Pública e não dispôs sobre as matérias reservadas, em rol **taxativo**, à iniciativa legislativa do Chefe do Poder Executivo, nos termos da Constituição Estadual.

A lei impugnada não cria ou extingue cargos, funções ou empregos públicos, e não fixa a respectiva remuneração; **não cria ou extingue Secretarias e órgãos** da Administração Pública; e, finalmente, **não dispõe sobre servidores públicos ou sobre militares**, e tampouco sobre os respectivos regimes jurídicos. Inexiste, portanto, ofensa às iniciativas legislativas constitucionalmente reservadas ao Chefe do Poder Executivo, nos termos do artigo 24, parágrafo 2º da Constituição Bandeirante.

E, ainda que a referida norma possa, porventura, impor gastos à Administração Municipal, a jurisprudência do **Supremo Tribunal Federal** afastou a tese de que qualquer projeto de lei que implique a geração de gastos à Administração Pública restaria adstrito à iniciativa do Chefe do Poder Executivo: "*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 – matérias relativas ao funcionamento da Administração Pública, notadamente no que se refere a servidores e órgãos do Poder Executivo. Precedentes.*"[2]

6. Conclui-se que não subsistem, por fim, 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 2º, apenas previsão de dotação orçamentária genérica para o custeio de eventuais encargos financeiros decorrentes de sua implementação – eis que não estabelece a norma, concretamente, quaisquer obrigações ao Município –, tal previsão generalista não se constitui em mácula de constitucionalidade, conforme se demonstrará, importando, no máximo, na inexequibilidade da norma no mesmo exercício orçamentário em que fora promulgada.

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

Acesso ao Sumário

2 ADI 3394/AM – Rel. Min Eros Grau, j. 02 de abril de 2007.

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 subsequente*", 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.

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.

Acesso ao Sumário

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.

A impossibilidade de concretização da norma no orçamento vigente representaria, portanto, caso de mera inexequibilidade da norma, fundamento que, todavia, não se prestaria a torná-la inconstitucional.

7. 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 vige, as providências não autorizadas, mas não as invalida, nem as nulifica.***"[3]

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***

Acesso ao Sumário

3 ADI 2343/SC – Rel. Min. Nelson Jobim, j. 29.03.2001.

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).*"[4]

Inexiste, assim, na norma impugnada, ofensa à regra contida no artigo 25 da Constituição do Estado.

8. Verifica-se, por fim, que, em caso absolutamente similar, firmou-se a jurisprudência deste Órgão Julgador no sentido da improcedência da demanda: "*Ação Direita de Inconstitucionalidade – Lei nº 7.580, de 16 de novembro de 2010, do Município de Jundiaí, que* ***dispõe sobre a utilização do símbolo internacional de acesso da pessoa com deficiência e define critérios para reserva de vagas de estacionamento nos locais que especifica*** *– Matéria de* ***interesse local*** *e também atinente à proteção e garantia de direitos de portadores de deficiência física e pessoas com mobilidade reduzida, em relação à qual era lícito ao Município legislar, nos exatos limites da competência definida nos artigos 23, inciso II, e 30, inciso I, da CF –* ***Questões, de qualquer forma, que já haviam sido objeto de tratamento em legislação federal editada na forma do art. 24, inciso XIV, da CF, cuidando a lei municipal impugnada tão somente de suplementar as normas gerais ali traçadas, consoante lhe era facultado pelo art. 30, inciso II, da CF*** *– Inocorrência, outrossim, de vício de iniciativa do projeto de lei deflagrado pelo Legislativo Municipal, haja vista que* ***a norma editada 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, na verdade, que apenas impõe obrigações a particulares e não implica no aumento de despesa do Município, uma vez que o dever de fiscalização do cumprimento das normas é conatural aos atos normativos e não tem efeito de gerar gastos extraordinários – Precedentes desta Corte – Ação Direta de Inconstitucionalidade julgada improcedente.*"[5]

9. Ante o exposto, julga-se improcedente a presente ação direta de inconstitucionalidade.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2064347-23.2014.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é autor PREFEITO DO MUNICÍPIO DE SANTA ISABEL, é réu

4 ADI 3599/DF – Rel. Min. Gilmar Mendes, j. 21.05.2007.

5 ADI nº 0265031-66.2012.8.26.0000 – Rel. Des. Paulo Dimas Mascaretti, j. 08.05.2013.

Acesso ao Sumário

PRESIDENTE DA CÂMARA MUNICIPAL DE SANTA ISABEL.

ACORDAM, em Órgão Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "JULGARAM A AÇÃO IMPROCEDENTE. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 34740)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores RENATO NALINI (Presidente), LUIZ ANTONIO DE GODOY, NEVES AMORIM, BORELLI THOMAZ, JOÃO NEGRINI FILHO, EROS PICELI, ELLIOT AKEL, GUERRIERI REZENDE, WALTER DE ALMEIDA GUILHERME, XAVIER DE AQUINO, ANTONIO CARLOS MALHEIROS, FERREIRA RODRIGUES, PÉRICLES PIZA, EVARISTO DOS SANTOS, MÁRCIO BARTOLI, JOÃO CARLOS SALETTI, ROBERTO MORTARI, LUIZ AMBRA, FRANCISCO CASCONI, PAULO DIMAS MASCARETTI, VANDERCI ÁLVARES, ARANTES THEODORO, TRISTÃO RIBEIRO e ANTONIO CARLOS VILLEN.

São Paulo, 17 de setembro de 2014.

ADEMIR BENEDITO, Relator

Ementa: Ação direta de inconstitucionalidade de lei – Lei Complementar Municipal nº 165/2014, do Município de Santa Isabel – Vício de iniciativa – Inocorrência – Matéria tributária, artigos 61 da Constituição Federal e 24 da Constituição Bandeirante – Precedentes do STF – Ação improcedente.

VOTO

Trata-se de ação ajuizada pelo Exmo. Sr. Prefeito do Município de Santa Isabel, pela qual se pretende a declaração de inconstitucionalidade da Lei Complementar Municipal nº 165, de 05 de fevereiro de 2014, votada e aprovada pela Câmara Municipal de Santa Isabel, que deu nova redação ao "caput" do art. 1º da Lei Complementar Municipal nº 145/2010, para isentar do pagamento do IPTU os imóveis cuja área construída não exceda a 160 m².

Sustenta que referida Lei ofende os artigos 5º, 111 e 144, todos da Carta Bandeirante, além daqueles que são seus parâmetros na Constituição Federal. Pede o deferimento de liminar, com a suspensão imediata da Lei impugnada.

A liminar foi indeferida às fls. 159/160. Denegado pedido de reconsideração às fls. 177.

O Procurador Geral do Estado, citado nos termos do artigo 90, § 2º, da Constituição Estadual, deixou de se manifestar por entender ausente interesse

Acesso ao Sumário

(fls. 182/185).

A Câmara Municipal apresentou informações às fls. 190/199, acompanhadas dos documentos de fls. 201/252.

Parecer da d. Procuradoria Geral de Justiça pela improcedência do pedido (fls. 254/264), por entender não ocorrida apontada mácula à Carta Bandeirante.

É o relatório.

O Projeto de Lei ora impugnado foi proposto pelo Poder Legislativo. Após regular aprovação do texto, embora vetado em sua integralidade pelo Sr. Prefeito, o diploma restou promulgado pela Câmara Municipal.

Não está configurada invasão da competência do Poder Executivo, porque a lei em comento não versa sobre matéria necessariamente orçamentária e muito menos sobre criação ou aumento de despesa para o Município, prevalecendo, portanto, a competência concorrente para se legislar sobre o assunto (art. 24, da Constituição Estadual, tal como o art. 61, da CF).

O tema já foi apreciado por este C. Órgão Especial, no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 0045262-90.2011.8.26.0000, que enfrentou a questão da instituição de desconto de 50% no IPTU de casas afetadas pelas feiras-livres:

"*Não custa lembrar ter o Órgão Especial rejeitado ação de inconstitucionalidade (por vício de iniciativa parlamentar) de lei municipal que concedeu isenção de IPTU a aposentados (N. 15.766-00 SP, j. 4.11.1992, Desembargador RENAN LOTUFO, in Ação direta de inconstitucionalidade, de Lair da Silva Loureiro e Lair da Silva Loureiro Filho, Saraiva, 1996, p. 192).*

O colendo STF, em decisão monocrática do Ministro Celso de Mello (RE 628074) considerou legítima a lei municipal de iniciativa parlamentar concedendo isenção parcial de imposto predial e territorial (Lei de Guarulhos n. 6413, de 11.9.2008). A despeito de ser controvertida a natureza da norma (se de cunho orçamentário ou simplesmente de feição fiscal) o fato é que não cabe desafiar a diretriz da Corte Suprema que, em reiterados pronunciamentos, estabelece ser concorrente a competência para legislar sobre matéria tributária, tendo ocorrido pronunciamento específico sobre a isenção de IPTU concedida pela Lei Municipal de Guarulhos (n. 6413, de 11.9.2008), exatamente por não ter a Carta de 1988 repetido o que dispunha a CF de 1969 (art. 57,1) e que atribuiu exclusividade ao Chefe do Executivo a iniciativa das leis referentes a matéria financeira. O disposto no art. 61, § 1º, II, 'b', da CF, é destinado às proposições legislativas que disponham sobre matéria tributária pertinente aos Territórios Federais."

Nesse sentido os julgados do E. Supremo Tribunal Federal:

"*EMENTA: ADI – LEI Nº 7.999/85, DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL, COM A REDAÇÃO QUE LHE DEU A LEI Nº 9.535/92 – BENEFÍCIO*

Acesso ao Sumário

TRIBUTÁRIO – MATÉRIA DE INICIATIVA COMUM OU CONCORRENTE – REPERCUSSÃO NO ORÇAMENTO ESTADUAL – ALEGADA USURPAÇÃO DA CLÁUSULA DE INICIATIVA RESERVADA AO CHEFE DO PODER EXECUTIVO – AUSÊNCIA DE PLAUSIBILIDADE JURÍDICA – MEDIDA CAUTELAR INDEFERIDA. ***– A Constituição de 1988 admite a iniciativa parlamentar na instauração do processo legislativo em tema de direito tributário. – 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. – O ato de legislar sobre direito tributário, ainda que para conceder benefícios jurídicos de ordem fiscal, não se equipara – especialmente para os fins de instauração do respectivo processo legislativo – ao ato de legislar sobre o orçamento do Estado***" *(ADI 724 MC/RS, Relator: Min. CELSO DE MELLO, j. 07/05/1992, Órgão Julgador: Tribunal Pleno, Publicação: DJ 27-04-2001 PP-00056 EMENT VOL-02028-01 PP-00065)* (grifo nosso);

"*EMENTA: CONSTITUCIONAL. LEI DE ORIGEM PARLAMENTAR QUE FIXA MULTA AOS ESTABELECIMENTOS QUE NÃO INSTALAREM OU NÃO UTILIZAREM EQUIPAMENTO EMISSOR DE CUPOM FISCAL. PREVISÃO DE REDUÇÃO E ISENÇÃO DAS MULTAS EM SITUAÇÕES PRÉ-DEFINIDAS. ASSEMBLÉIA LEGISLATIVA NÃO LEGISLOU SOBRE ORÇAMENTO, MAS SOBRE MATÉRIA TRIBUTÁRIA CUJA ALEGAÇÃO DE VÍCIO DE INICIATIVA ENCONTRA-SE SUPERADA. MATÉRIA DE INICIATIVA COMUM OU CONCORRENTE. AÇÃO JULGADA IMPROCEDENTE*" *(ADI 2659/SC, Relator: Min. NELSON JOBIM, Julgamento: 03/12/2003 Órgão Julgador: Tribunal Pleno, Publicação: DJ 06-02-2004 PP-00022, EMENT VOL-02138-03 PP-00595)*

Confira-se ainda: *ADI-MC 2464/AP, Tribunal Pleno, Rel. Min. Ellen Gracie, DJ 28.06.2002, p. 88; ADI 3.809/ES, Rel. Min. Eros Grau, j. 14.06.2007; ADI 3205/MS, Rel. Sepúlveda Pertence, j. 19.10.2006.*

Acesso ao Sumário

Ressalvada a posição dos que consideram caracterizado o vício de iniciativa pela subtração da competência exclusiva do Executivo para legislar sobre matéria tributária, notadamente aquelas que acarretam diminuição da receita, não há como ignorar o entendimento já pacificado sobre o tema pela Suprema Corte.

Assim, observada a distribuição de competências relativas a cada ente federado e a cada Poder, bem como a matéria constitucional referente ao tema, a ação é mesmo de ser julgada improcedente.

Diante do exposto, julga-se improcedente a presente ação.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2083735-09.2014.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é autor PROCURADOR GERAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO, são réus PREFEITO DO MUNICÍPIO DE ITUVERAVA e PRESIDENTE DA CÂMARA MUNICIPAL DE ITUVERAVA.

ACORDAM, em Órgão Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "JULGARAM A AÇÃO PROCEDENTE, REVOGADA A LIMINAR QUANTO À CONCESSÃO DA EFICÁCIA 'EX NUNC'. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 30506)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores RENATO NALINI (Presidente), NEVES AMORIM, JOÃO NEGRINI FILHO, JOSÉ DAMIÃO PINHEIRO MACHADO COGAN, NUEVO CAMPOS, EROS PICELI, ELLIOT AKEL, GUERRIERI REZENDE, XAVIER DE AQUINO, ANTONIO CARLOS MALHEIROS, FERREIRA RODRIGUES, PÉRICLES PIZA, EVARISTO DOS SANTOS, MÁRCIO BARTOLI, JOÃO CARLOS SALETTI, ROBERTO MORTARI, LUIZ AMBRA, FRANCISCO CASCONI, PAULO DIMAS MASCARETTI, VANDERCI ÁLVARES, ARANTES THEODORO, TRISTÃO RIBEIRO, ANTONIO CARLOS VILLEN e ADEMIR BENEDITO.

São Paulo, 1 de outubro de 2014.

LUIZ ANTONIO DE GODOY, Relator

Ementa: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE – Lei nº 4.150/2013, do Município de Ituverava – Lei que "*Regulamenta a dispensa de área verde em desmembramento e condomínio fechado de lotes ou de casas de área inferior a 30.000m² com máximo de 120 lotes*" – Processo legislativo que não contou com a participação de entidades comunitárias – Requisito indispensável, conforme previsão expressa do art. 180, II, da Constituição Estadual – Alteração de áreas definidas em projetos de loteamento como áreas verdes ou institucionais que somente pode ocorrer nas hipóteses excepcionais previstas nas alíneas *a*, *b* e *c*, do artigo 180, VII, da Constituição Estadual

Acesso ao Sumário

– Inconstitucionalidade declarada – Violação aos artigos 144, 180, I, II, IV, V, VII, *a*, *b* e *c*, 181, *caput* e § 1º, e 191, da Constituição Estadual – Revogação da decisão liminar, no que diz respeito a concessão de eficácia *ex nunc*, ante a possibilidade de reversão de eventuais efeitos concretos – Ação procedente.

VOTO

Trata-se de Ação Direta de Inconstitucionalidade proposta pelo Procurador-Geral de Justiça do Estado de São Paulo, postulando a declaração de inconstitucionalidade da Lei nº 4.150, de 18 de abril de 2013, do Município de Ituverava. Sustenta não ter sido observada formalidade essencial no processo legislativo, consistente na participação comunitária, prevista no artigo 180, II, da Constituição Estadual, vez que a lei disporia sobre dispensa de área verde em desmembramento e sobre condomínios fechados. Ainda, não incidiria nenhuma das exceções previstas no artigo 180, VII, da Constituição Estadual, para a alteração de áreas verdes. Assim, alega terem sido violados os artigos 144, 180, I, II, IV, V, VII, *a*, *b* e *c*, 181, *caput* e § 1º, e 191, todos da Constituição Estadual. Afirma, ainda, não ter o município competência normativa para dispensa de áreas verdes ou institucionais em desmembramento. Foi deferido o pedido de liminar suspensão de eficácia da lei, com efeitos *ex nunc* (fls. 80/82). O Prefeito e o Presidente da Câmara de Ituverava prestaram informações (fls. 91/99 e 111/113). O Procurador-Geral do Estado manifestou desinteresse no feito (fls. 107/109). A ação foi redistribuída, nos termos do artigo 68, parágrafo único do Regimento Interno desta Corte (fls. 129). A Procuradoria Geral de Justiça manifestou-se pela procedência da ação (fls. 135/143).

É o relatório.

A Lei nº 4.150, de 18 de abril de 2013, do Município de Ituverava, "*Regulamenta a dispensa de área verde em desmembramento e condomínio fechado de lotes ou de casas de área inferior a 30.000m² com máximo de 120 lotes*" e traz a seguinte redação:

> "*Artigo 1º – De acordo com o artigo 5º, inciso XI da Lei Orgânica do Município em sua competência com base no artigo 2º, inciso III, na decisão de diretora n.º 111/2008/C de 17 de junho de 2008 da Companhia de Tecnologia e Saneamento Ambiental – CETESB – (trata-se de desmembramento que resultem a mais de 10 lotes) e no Artigo 3º e inciso I-II-III-IV-V da Lei n.º 6.766 de 9-12-1979 (trata-se de exigência do solo) ficam dispensados de destinação de área verde e/ou institucionais, os desmembramentos urbanos e condomínios fechados de lotes e/ou casas com área inferior a 30.000m² com n.º máximo 120 lotes, desde que,*

preencham os seguintes requisitos mínimos:

I – Estejam inseridas no perímetro urbano há mais de 3 (três) anos;

II – Sejam servidos por redes de água e de coleta de esgotos, guias e sarjetas, energia e iluminação pública, pavimentação asfáltica;

III – Possuam vias de acesso averbadas no Cartório de Registro de Imóveis local;

IV – Do condomínio, os incisos anteriores fica estabelecido que as vias e os diversos equipamentos de infra-estrutura é de responsabilidade dos condomínios em frações ideais e todos os serviços de manutenção e outros devem ser arcados pelos co-proprietários, sem a transferência ao poder público.

Parágrafo único – Não será permitido o parcelamento e/ou condomínios:

a) Do solo em terreno alagadiços e sujeitos a inundações, antes de tomadas as providências para assegurar o escoamento das águas;

b) Em terrenos que tenham sido aterrados com material nocivos à saúde pública, sem que sejam previamente saneados;

c) Em terrenos com declividade igualou superior a 30% (trinta por cento), salvo se atendidas exigências específicas das autoridades competentes;

d) Em terrenos onde as condições geológicas não aconselham a edificação;

e) Em área de preservação ecológica ou naquelas onde a poluição impeça condições sanitárias suportáveis, até a sua correção.

Artigo 2º – Ficam mantidas as demais exigências legais pertinentes à matéria condominiais não tratadas na presente lei.

Artigo 3º – Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação, revogadas as disposições em contrário" (fls. 75/76).

Sem dúvida, trata-se de norma concernente ao desenvolvimento urbano, de sorte que sua edição deveria ter observado o disposto no artigo 180, da Constituição Estadual. Consoante se depreende das informações prestadas pelo Prefeito e pelo Presidente da Câmara Municipal de Ituverava e sobretudo da documentação acostada a fls. 68/76 e 114/122, verifica-se não ter o processo legislativo contado com a participação de entidades comunitárias. Tal requisito mostrava-se indispensável no trâmite do processo legislativo, conforme disposição expressa do artigo 180, II, da Constituição Bandeirante ("*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,*

Acesso ao Sumário

plano, programas e projetos que lhes sejam concernentes").

Mutatis mutandis, vale mencionar os seguintes precedentes deste Colendo Órgão Especial:

> "AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE – LEI COMPLEMENTAR Nº 180/09, DO MUNICÍPIO DE SUZANO, QUE VERSA SOBRE USO E OCUPAÇÃO DO SOLO – INCONSTITUCIONALIDADE MATERIAL – VIOLAÇÃO DO PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES – CONFIGURAÇÃO DE ATO DE GESTÃO ADMINISTRATIVA – INVASÃO DE COMPETÊNCIA DO PODER EXECUTIVO – INEXISTÊNCIA DE ESTUDO E PLANEJAMENTO PRÉVIO – PARTICIPAÇÃO DAS COMUNIDADES INTERESSADAS – INOCORRÊNCIA – VIOLAÇÃO DOS ARTS. 5º, *CAPUT*, 144, 180, I e II DA CONSTITUIÇÃO DO ESTADO DE SÃO PAULO – AÇÃOPROCEDENTE. '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. No caso em análise, entretanto, houve interferência na gestão administrativa, em ofensa aos artigos 5º, *caput*, e 144, ambos da Constituição do Estado de São Paulo. Além disso, não houve prévio planejamento para a elaboração da lei, exigência que deflui do art. 180, I, da citada Constituição. Por fim, não se atendeu ao inciso II deste mesmo dispositivo, o qual requer a participação de entidades comunitárias no estabelecimento de diretrizes e normas relativas ao desenvolvimento urbano' (Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 9032806-23.2009.8.26.0000, São Paulo, Órgão Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, v. un., Rel. Des. Artur Marques, em 25/8/10).

> "Ação direta de inconstitucionalidade – Artigos 38, inciso II, 74, §§ 1º a 3º, 75, *caput* e § 1º, inciso II, e 80, todos da Lei Municipal nº 3.841/04 (que dispõe sobre o Plano Diretor III do Município de Valinhos e dá outras providências) – Ausência de submissão do Projeto de Lei nº 59/04 (que resultou na Lei Municipal nº 3.841/04) à apreciação popular, após a alteração de seu texto pela Câmara de Vereadores do Município de Valinhos – Vício de inconstitucionalidade formal objetiva configurado, por afronta ao disposto no artigo 180, *caput*, inciso II, da Constituição Estadual – Precedentes deste Colendo Órgão Especial – Desrespeito, outrossim, ao princípio da separação dos poderes e às regras constitucionais voltadas à proteção do meio ambiente ecologicamente equilibrado – Inconstitucionalidade material caracterizada, por ofensa aos comandos contidos nos artigos 5º, 47, *caput*, incisos II e XIV, 180, *caput*, incisos I, III e V, 191, 192, *caput*, §§ 1º e 2º, e 193, *caput*, inciso XX,

Acesso ao Sumário

e parágrafo único, alínea *a*, todos da Carta Paulista – Impossibilidade, por fim, de se proceder à modulação dos efeitos temporais da presente declaração de inconstitucionalidade, ante a não verificação, na espécie, de qualquer dos requisitos legais para tanto exigidos (artigo 27 da Lei nº 9.868/99) – Ação procedente" (Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 0353617-50.2010.8.26.0000, São Paulo, Órgão Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, v. un., Rel. Des. Guilherme G. Strenger, em 3/2/11).

Além disso, a alteração de áreas definidas em projetos de loteamento como áreas verdes ou institucionais somente pode ocorrer nas hipóteses excepcionais previstas nas alíneas *a*, *b* e *c*, do artigo 180, VII, da Constituição Estadual. Nenhuma delas, contudo, encontra-se presente no caso.

É irrelevante a alegação de que "A Lei Federal 6.766/79 ao disciplinar os projetos de desmembramentos e exigências para sua implantação não incluiu em seus dispositivos a obrigatoriedade de instituição de áreas verdes e institucionais, ficando a obrigatoriedade afeta tão somente aos projetos de loteamentos" (fls. 94). Isto porque a própria Lei nº 6.766/79 prevê, em seu artigo 11, que "*Aplicam-se ao desmembramento, no que couber, as disposições urbanísticas vigentes para as regiões em que se situem ou, na ausência destas, as disposições urbanísticas para os loteamentos*".

É de se reconhecer, portanto, ter ocorrido violação aos artigos 144, 180, I, II, IV, V, VII, *a*, *b* e *c*, 181, *caput* e § 1º, e 191, da Constituição Estadual.

Diante disso, julga-se procedente a ação, para declarar a inconstitucionalidade da Lei nº 4.150, de 18 de abril de 2013, do Município de Ituverava. Ante a possibilidade de reversão de eventuais efeitos concretos gerados pela lei, não se vislumbra relevante razão para a modulação dos efeitos da declaração de sua inconstitucionalidade. Assim, revoga-se a decisão de fls. 80/82, tão somente no que diz respeito aos efeitos *ex nunc* ali atribuídos.

Custas na forma da lei, sem imposição de honorários advocatícios.

ACÓRDÃO

Acesso ao Sumário

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2088860-55.2014.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é autor PREFEITO DO MUNICÍPIO DE GUARULHOS, é réu PRESIDENTE DA CÂMARA MUNICIPAL DE GUARULHOS.

ACORDAM, em Órgão Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "JULGARAM A AÇÃO PROCEDENTE. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 28.240)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores RENATO NALINI (Presidente), PAULO DIMAS MASCARETTI, VANDERCI ÁLVARES, ARANTES THEODORO, TRISTÃO RIBEIRO, ANTONIO CARLOS VILLEN, ADEMIR BENEDITO, LUIZ ANTONIO DE GODOY, NEVES AMORIM, JOÃO NEGRINI FILHO, JOSÉ DAMIÃO PINHEIRO MACHADO COGAN, NUEVO CAMPOS, EROS PICELI, ELLIOT AKEL, GUERRIERI REZENDE, XAVIER DE AQUINO, ANTONIO CARLOS MALHEIROS, FERREIRA RODRIGUES, PÉRICLES PIZA, EVARISTO DOS SANTOS, JOÃO CARLOS SALETTI, ROBERTO MORTARI e LUIZ AMBRA.

São Paulo, 1 de outubro de 2014.

FRANCISCO CASCONI, Relator

Ementa: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE – LEI Nº 7.182, DE 17 DE OUTUBRO DE 2013, DO MUNICÍPIO DE GUARULHOS – CRIAÇÃO, NA REDE MUNICIPAL DE SAÚDE, DA 'FARMÁCIA 24 HORAS' – INICIATIVA ORIUNDA DO PODER LEGISLATIVO LOCAL – INVIABILIDADE – INCONSTITUCIONALIDADE FORMAL CARACTERIZADA – LEI QUE DISCIPLINA MATÉRIA PRÓPRIA DE GESTÃO PÚBLICA, INTERFERINDO NA ESTRUTURA DA ADMINISTRAÇÃO MUNICIPAL, CUJA INICIATIVA CABE EXCLUSIVAMENTE AO CHEFE DO EXECUTIVO – VIOLAÇÃO DO PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES – ATO LEGISLATIVO IMPUGNADO, ADEMAIS, QUE ACARRETA CRIAÇÃO DE DESPESA SEM INDICAR RESPECTIVA FONTE DE CUSTEIO – OFENSA AOS ARTIGOS 24, § 2º, ITEM 2, 25, 47, INCISOS II E XIV, E 176, INCISO I, DA CONSTITUIÇÃO BANDEIRANTE – PRECEDENTES – PRETENSÃO PROCEDENTE.

Acesso ao Sumário

VOTO

Arguição de inconstitucionalidade voltada contra a Lei nº 7.182, de 17 de outubro de 2013, do Município de Guarulhos, que delibera sobre a criação, na rede municipal de saúde, da "Farmácia 24 Horas" e dá outras providências.

Delineada ***causa petendi*** repousa no alegado vício de iniciativa para o processo legislativo, bem como na violação do princípio da separação dos Poderes, notadamente pela ingerência do Legislativo em matéria afeta à Administração Pública; aponta-se, ainda, criação de despesa sem expressa previsão orçamentária, concluindo com violação aos artigos 5º, 24, § 2º, 1 e 2, 25, 47, incisos II, XIV, XVII, 174 e 176, inciso I, todos da Constituição Bandeirante.

Houve deferimento da liminar para sustar a eficácia do ato legislativo impugnado (fls. 52/53).

Citado, o Procurador Geral do Estado manifestou-se a fls. 59/61, apontando desinteresse na defesa da lei contrastada, por tratar de matéria exclusivamente local.

Manifestou-se a Câmara Municipal de Guarulhos a fls. 68/72, defendendo a higidez do processo legislativo na hipótese concreta, tendo discutido e aprovado o projeto de lei que deu origem ao ato impugnado.

A Douta Procuradoria Geral de Justiça, em parecer encartado a fls. 74/84, opinou pela procedência do pedido, apontando, no interessante, ofensa aos princípios federativo e da separação dos poderes, além da criação de despesas sem correlata indicação específica de previsão orçamentária.

É o Relatório.

Pretensão deduzida busca extirpar do ordenamento jurídico a Lei nº 7.182, de 17 de outubro de 2013, do Município de Guarulhos (fls. 46/47), que "*cria na rede municipal de saúde a Farmácia 24 Horas e dá outras providências*", com a seguinte redação:

"*Art. 1º. Fica criada na Rede Municipal a FARMÁCIA 24 HORAS.*

Art. 2º. A Secretaria Municipal de Saúde criará nos hospitais municipais, a FARMÁCIA 24 HORAS, que deverá funcionar dentro do hospital de forma ininterrupta, durante os sete dias da semana.

Parágrafo Único. Os hospitais mencionados no caput *deste artigo são o HMU – Hospital Municipal de Urgências, o HMPB – Hospital Municipal Pimentas-Bonsucesso e o HMC – Hospital Municipal Santa Casa da Criança de Guarulhos.*

Art. 3º. As FARMÁCIAS 24 HORAS deverão dispensar medicamentos com ênfase em antibióticos, anti-inflamatórios, analgésicos e antialérgicos, ou seja, medicamentos típicos de pronto atendimento.

§ 1º Os médicos dos prontos-socorros deverão estar orientados a preferencialmente receitarem medicamentos da própria farmácia nas suas prescrições.

§ 2º Após ser atendido, o paciente, com uma via especial do receituário

Acesso ao Sumário

na cor rosa, deverá se dirigir à farmácia e lá retirar seu medicamento.

Art. 4º. A Secretaria Municipal de Saúde deverá criar uma relação com um número mínimo de 80 (oitenta) medicamentos emergenciais para compor a FARMÁCIA 24 HORAS.

Art. 5º. Os munícipes atendidos nas UBSs – Unidades Básicas de Saúde, UFSs – Unidades de Saúde da Família e PASs – Unidades de Pronto-Atendimento do Município poderão retirar os medicamentos das FARMÁCIAS 24 HORAS, desde que possuam o receituário apropriado da unidade devidamente carimbado e assinado pelo médico da unidade.

Parágrafo Único. O medicamento receitado pelo médico da unidade deverá constar da relação de medicamentos mencionada no item 4º desta Lei.

Art. 6º. O Executivo Municipal regulamentará a presente Lei no prazo de 90 (noventa) dias após a sua publicação.

Art. 7º. As despesas decorrentes da execução da presente Lei correrão por conta de verbas próprias, consignadas em Orçamento, suplementadas se necessário.

Art. 8º. Esta Lei entrará em vigor na data de sua publicação."

O ato legislativo impugnado tem gênese no Projeto de Lei nº 014/2013 (fls. 34/35), de autoria do Vereador Gilvan Passos (fls. 36), sendo alvo de veto jurídico pelo Prefeito Municipal (fls. 39), veto este rejeitado pela Câmara Municipal (fls. 42).

Inicialmente, não se olvida competência legislativa do ente Municipal para disposição envolvendo saúde, disciplinando interesse puramente local, supletivamente ao que cabe à União e ao Estado, consoante conjugação dos artigos 24, inciso XII, e 30, incisos I e II, da Constituição da República.

O ato legislativo impugnado ostenta inequívoco caráter social a demonstrar incrementação do sistema de saúde pública municipal, instituindo postos de fornecimento de medicamentos – "Farmácias 24 Horas" – na estrutura de determinados hospitais da rede pública municipal, frente às relevantes preocupações de ordem prática identificadas na justificativa que deu azo à lei combatida (fls. 36).

Num aspecto estritamente teleológico, em sintonia a lei questionada com os pilares normativos que regulam o direito à saúde, consagrados nos artigos 196 e seguintes da Constituição da República, 219 e seguintes da Carta Estadual, sem prejuízo de outros diplomas normativos, por evidentemente buscar dar efetividade a elementar garantia pertencente aos munícipes, mediante fornecimento de medicamentos para tratamento e prevenção de doenças.

Entretanto, a validade do ato legislativo não guarda vinculação exclusiva à matéria nele regulada, que embora louvável deve apresentar compatibilidade

Acesso ao Sumário

vertical com aquelas que lhe servem de parâmetro – aspecto substancial, ou nomoestática constitucional –, sem prejuízo do rigor e estrita observância ao processo legislativo que o antecedeu – aspecto formal do ato, ou nomodinâmica constitucional – como forma de efetiva, segura e integral inserção no ordenamento jurídico.

A Constituição da República adotou em seu artigo 61 sistema pluralístico de iniciativa legislativa (fase inicial do processo legislativo), conferindo ordinariamente a prerrogativa a sujeitos diversos. Todavia, o § 1º do mesmo dispositivo excepciona a regra geral, dispondo sobre matérias específicas que estão sujeitas à iniciativa legislativa **privativa** do Chefe do Executivo, as quais devem ser interpretadas em caráter restrito por opção político-normativa.

Tratando-se de norma vinculada ao princípio da simetria, seus preceitos devem ser observados nas respectivas Cartas dos Estados-Membros (art. 25 da Constituição da República), bem assim nas próprias Leis Orgânicas dos Municípios do Estado de São Paulo, à luz do que dispõe o art. 144 da Constituição Bandeirante ("*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.*").

Nesse sentido, já definiu o C. Supremo Tribunal Federal:

"*CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. LEI QUE ATRIBUI TAREFAS AO DETRAN/ES, DE INICIATIVA PARLAMENTAR: INCONSTITUCIONALIDADE. COMPETÊNCIA DO CHEFE DO PODER EXECUTIVO. C.F., art. 61, § 1º, II, e, art. 84, II e VI. Lei 7.157, de 2002, do Espírito Santo. I. – É de iniciativa do Chefe do Poder Executivo a proposta de lei que vise a criação, estruturação e atribuição de órgãos da administração pública: C.F., art. 61, § 1º, II, e, art. 84, II e VI. II. –* ***As regras do processo legislativo federal, especialmente as que dizem respeito à iniciativa reservada, são normas de observância obrigatória pelos Estados-membros.*** *III. – Precedentes do STF. IV. – Ação direta de inconstitucionalidade julgada procedente.*" (ADI 2719, Relator: Min. CARLOS VELLOSO, Tribunal Pleno, julgado em 20/03/2003, DJ 25-04-2003) – negritou-se.

Inarredavelmente e na linha do fundamentado parecer ministerial subscrito pelo D. Subprocurador-Geral de Justiça (fls. 74/84), as disposições do ato normativo impugnado revelam ingerência, pelo Poder Legislativo, na esfera da Administração Pública, notadamente em seus órgãos vinculados à Secretaria Municipal da Saúde (Hospitais Municipais), impondo obrigação legal de criação de órgãos e alteração na estrutura administrativa municipal, fixando condutas a serem cumpridas pelo Poder Executivo.

Ao disciplinar sobre funcionamento e estrutura da administração municipal, propondo o implemento das denominadas "Farmácias 24 Horas"

Acesso ao Sumário

no âmbito de hospitais públicos municipais, deliberou o ato legislativo inequivocamente sobre tema próprio de **organização administrativa** (artigo 61, § 1º, II, 'b', Constituição da República), adentrando seara atinente às realizações materiais inerentes à Administração, alterando a rotina das unidades administrativas.

Logo, a deflagração do processo legislativo competia, privativamente, ao Chefe do Executivo Municipal, à luz do que dispõem os artigos 24, § 2º ("*Compete, exclusivamente, ao Governador do Estado a iniciativa das leis que disponham sobre:*"), item 2 ("*criação e extinção das Secretarias de Estado e órgãos da administração pública, observado o disposto no artigo 47, XIX;*"), e 47, incisos II ("*exercer, com o auxílio dos Secretários de Estado, a direção superior da administração estadual*") e XIV ("*praticar os demais atos de administração, nos limites da competência do Executivo*"), c.c. artigo 144 da Constituição Estadual.

In casu, a iniciativa legislativa é atribuída ao Vereador Gilvan Passos (fls. 46), o que reflete grave mácula do ato legislativo promulgado, como acentuado nas razões de veto ofertadas pelo Sr. Prefeito Municipal (fls. 39), a quem competia exclusivamente a providência, abalando a independência e separação dos Poderes asseguradas no art. 5º da Constituição Bandeirante ("*São Poderes do Estado, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário.*").

O princípio da separação dos poderes também é consagrado no texto da Carta Magna (art. 2º, CR), inclusive rotulado de cláusula pétrea (art. 60, § 4º, inciso III, CR) como garantia da ordem constitucional instituída. Sobre o tema, Uadi Lammêgo Bulos[1] explica:

"*Conforme esse princípio, são Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário. Trata-se, pois, de um conceito que tem por base a ideia de limitação, baseada na fórmula clássica de Montesquieu segundo a qual o poder deve* frear *o poder. Resultado: quaisquer tentativas no sentido de instaurar* instâncias hegemônicas de poder *padecerão do vício de inconstitucionalidade, pois o escopo do constituinte foi claro: neutralizar, no âmbito político-jurídico do Estado, qualquer possibilidade de dominação institucional por parte dos Poderes da República. O pórtico em análise funciona como parâmetro de observância indispensável à exegese das normas constitucionais, sendo uma das vigas-mestras da Constituição de 1988. Veja-se que, em rigor, o poder político é* uno *(não se biparte, esfacelando seu conteúdo) e* indecomponível *(não se divide, cindindo a sua forma). Por isso, quando falamos em separação de Poderes estamos nos reportando a uma* separação de funções estatais*, conferidas a órgãos especializados para cada*

Acesso ao Sumário

1 *In* "Curso de Direito Constitucional", 8ª edição, Saraiva, pág. 516.

atribuição. Algumas funções são típicas, próprias ou preponderantes. Assim, cumpre ao Legislativo elaborar pautas de comportamentos gerais, abstratas e impessoais, é dizer, as leis; ao Executivo incumbe resolver os problemas concretos e individualizados, à luz das leis. Ao fazê-lo exerce função de governo, desempenhando atribuições políticas e de decisão, e a função administrativa, quando promove a intervenção, o fomento e o serviço público; ao Judiciário compete aplicar autoritariamente a lei nos casos concretos, intersubjetivos e litigiosos."

Sob esta ótica, lei de iniciativa parlamentar jamais poderia disciplinar tema próprio de administração pública, com intervenção direta na gestão municipal relacionada ao serviço público de saúde, deliberando sobre criação, alteração ou extinção de órgão ou atividade a ser desempenhada pelo Executivo local. É o que promove a lei impugnada, ao instituir a "Farmácia 24 Horas" no âmbito da Administração Municipal de Guarulhos, interferindo nos órgãos vinculados à Secretaria Municipal de Saúde, em ato típico de administração pública, que deve ser submetido a juízo de oportunidade e conveniência do Chefe do Executivo.

Nesse sentido, em obra dedicada ao estudo do Direito Municipal, Hely Lopes Meirelles bem disseca o tema:

"*A atribuição típica e predominante da Câmara é a 'normativa', isto é, a de regular a administração do Município e a conduta dos munícipes, no que afeta aos interesses locais. A Câmara não administra o Município; estabelece, apenas, normas de administração. Não executa obras e serviços públicos, dispõe, unicamente, sobre a sua execução. Não compõe nem dirige o funcionalismo da Prefeitura; edita, tão somente, preceitos para sua organização e direção. Não arrecada e nem aplica as rendas locais; apenas institui ou altera tributos e autoriza sua arrecadação e aplicação. Não governa o Município; mas regula e controla a atuação governamental do Executivo, personalizado no Prefeito.*

(...)

A interferência de um Poder no outro é ilegítima, por atentatória da separação institucional de suas funções (CF, art. 2º).

Por idêntica razão constitucional, a Câmara não pode delegar funções ao prefeito, nem receber delegações do Executivo. Suas atribuições são incomunicáveis, estanques, intransferíveis (CF, art. 2º). Assim como não cabe à Edilidade praticar atos do Executivo, não cabe a este substituí-la nas atividades que lhe são próprias.

(...)

Daí não ser permitido à Câmara intervir direta e concretamente nas atividades reservadas ao Executivo, que pedem previsões administrativas especiais manifestadas em ordens, proibições, concessões, permissões,

Acesso ao Sumário

nomeações, pagamentos, recebimentos, entendimentos verbais ou escritos com interessados, contratos, realizações materiais da Administração e tudo o mais que se traduzir em atos ou medidas de execução governamental."

Tratando-se o vício de iniciativa de invalidade insuscetível de convalidação nem mesmo por eventual sanção do Chefe do Executivo (nesse sentido, superada a Súmula nº 5 do Pretório Excelso – ADI nº 1.438/DF, rel. Min. Ilmar Galvão, Douto Juízo 11.08.2002; opinião também sustentada por Gilmar Ferreira Mendes *in* "Curso de Direito Constitucional", Saraiva, 8ª edição, pág. 871, bem como Alexandre de Moraes *in* "Direito Constitucional", Atlas, 27ª edição, pág. 676), embora anotado o veto na hipótese concreta (fls. 39), não há como afastar a mácula que assola o ato legislativo impugnado, flagrante a inconstitucionalidade formal.

Não bastasse, a instituição da "Farmácia 24 Horas" na rede pública municipal de saúde inarredavelmente acarreta, além das providências administrativas incutidas ao Executivo, evidente majoração de despesa pública, com substancial incrementação da estrutura material da Administração para adequada prestação do serviço público.

Entretanto, a lei impugnada não indica a correlata fonte de custeio a suportar tais gastos, violando o contido no artigo 25 da Constituição Bandeirante ("*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.*"), insuficiente a tal desiderato menção genérica inserida em seu artigo 7º ("*As despesas decorrentes da execução da presente Lei correrão por conta de verbas próprias, consignadas em Orçamento, suplementadas se necessário*"). É o que tem decidido este C. Órgão Especial: 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, Rel. Des. Evaristo dos Santos, dentre outros arestos.

Não se tem notícia, ademais, de inclusão do programa na lei orçamentária anual, contrastando assim com disposição do artigo 176, inciso I, da Constituição do Estado ("*Artigo 176. São vedados: I – o início de programas, projetos e atividades não incluídos na lei orçamentária anual;*").

Por fim, pertinente consignar que este Colendo Órgão Especial, em oportunidades distintas, declarou a nulidade de leis municipais de iniciativa do Legislativo, que promoviam instituição de programas semelhantes em outros Municípios do Estado:

"*Ação Direta de Inconstitucionalidade. Lei 730, de 7 de agosto de 2013, do Município de Vargem Grande Paulista, de iniciativa parlamentar,*

que dispõe sobre a implantação de farmácia pública de distribuição de medicamentos de período integral. Inconstitucionalidade reconhecida, já que cabe privativamente ao Executivo a iniciativa de projeto de lei que verse sobre a estrutura da administração municipal. Hipótese em que, ademais, a lei criou despesa sem indicação de fonte de receita. Ofensa aos artigos 24 § 2º, 25 e 47 inciso II da Constituição do Estado de São Paulo. Ação procedente." (Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 0171115-41.2013.8.26.0000, rel. Des. Arantes Theodoro, j. em 26.03.2014)

"*Ação Direta de Inconstitucionalidade – Lei Municipal nº 11.260, de 24 de setembro de 2012, do Município de São José do Rio Preto – Implantação de farmácias públicas de distribuição de medicamentos – Vício de iniciativa. A norma emanada do Poder Legislativo, em matéria de competência exclusiva do Poder Executivo, e que cria despesa sem explicitar a respectiva fonte de custeio, evidencia vício de iniciativa caracterizador de sua inconstitucionalidade. Ação procedente.*" (Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 0156655-49.2013.8.26.0000, rel. Des. Itamar Gaino, j. em 05.02.2014)

"*Ação direta de inconstitucionalidade – Lei n. 3.975, de 12/11/2012, do Município de Guarujá – Norma que institui a implantação de farmácias públicas de distribuição de medicamentos (24 horas) nos prontos-socorros municipais e nas unidades de pronto atendimento (UPA) da rede pública de saúde – Lei de iniciativa parlamentar – Violação à separação dos poderes caracterizada – Inteligência dos arts. 47, XIX, a, e 144, da CE – Inconstitucionalidade reconhecida – Ação procedente.*" (Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 0133848-35.2013.8.26.0000, rel. Des. Grava Brazil, j. em 09.10.2013)

Portanto, seja pela interferência do ato legislativo em tema próprio de administração pública (organização administrativa), aferindo-se o vício de origem pela iniciativa parlamentar, seja pela inexistência de previsão orçamentária específica a viabilizar-lhe efetividade, evidente sua integral nulidade pelos motivos expostos.

Meu voto, portanto, julga procedente a pretensão para declarar a inconstitucionalidade da Lei nº 7.182, de 17 de outubro de 2013, do Município de Guarulhos.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2120124-90.2014.8.26.0000, 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: "JULGARAM A AÇÃO PROCEDENTE. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 32.270)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores JOSÉ RENATO NALINI (Presidente), FERREIRA RODRIGUES, PÉRICLES PIZA, EVARISTO DOS SANTOS, MÁRCIO BARTOLI, JOÃO CARLOS SALETTI, ROBERTO MORTARI, LUIZ AMBRA, FRANCISCO CASCONI, PAULO DIMAS MASCARETTI, VANDERCI ÁLVARES, ARANTES THEODORO, TRISTÃO RIBEIRO, ANTONIO CARLOS VILLEN, ADEMIR BENEDITO, LUIZ ANTONIO DE GODOY, NEVES AMORIM, BORELLI THOMAZ, JOÃO NEGRINI FILHO, JOSÉ DAMIÃO PINHEIRO MACHADO COGAN, EROS PICELI, ELLIOT AKEL, GUERRIERI REZENDE e XAVIER DE AQUINO.

São Paulo, 8 de outubro de 2014.

ANTONIO CARLOS MALHEIROS, Relator

Ementa: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE – Lei nº 10.747, de 6 de março de 2014 do Município de Sorocaba, que dispõe sobre a criação do "Serviço Autônomo de Água e Esgoto" (Regulamentada pelo Decreto nº 14.644, de 25 de novembro de 2005), e dá outras providências – Violação à regra de separação de poderes contida nos artigos 5º, 47, incisos II e XIV e art. 114, todos da Constituição Estadual – Ação procedente.

VOTO

Trata-se de ação direta de inconstitucionalidade, relativa à Lei nº 10.747, de 6 de março de 2014 do Município de Sorocaba, que dá nova redação ao § 2º do art. 6º da Lei nº 1.390, de 31 de dezembro de 1965, que dispõe sobre a criação do "Serviço Autônomo de Água e Esgoto" (Regulamentada pelo Decreto nº 14.644, de 25 de novembro de 2005), e dá outras providências, impondo a obrigação de adquirir e instalar gratuitamente os hidrômetros nos domicílios dos usuários.

Sustenta a ação, que a Lei Municipal mencionada, ao tratar de organização da administração pública, viola o princípio da separação de poderes e cria despesa não prevista no orçamento, em afronta aos artigos 5º, 47, inciso II e XIV e art. 144 da Constituição Estadual.

Acesso ao Sumário

Deferida a liminar (fls. 58/59), vieram as informações da Câmara Municipal (fls. 74/83).

Citado, o Senhor Procurador Geral do Estado declinou de oferecer defesa do ato atacado (fls. 70/83).

A d. Procuradoria Geral de Justiça opinou pela procedência da ação (fls.86/99).

É o relatório.

Dispõe a Lei guerreada:

Gervino Cláudio Gonçalves, Presidente da Câmara Municipal de Sorocaba, de acordo com o que dispõe o § 8º, do Art. 46, da Lei Orgânica do Município de Sorocaba, e o § 4º do Art. 176 da Resolução nº 322, de 18 de setembro de 2007 (Regimento Interno) faz saber que a Câmara Municipal de Sorocaba decreta e eu promulgo a seguinte Lei:

Art. 1º – O § 2º do art. 6º da Lei 1.390, de 31 de dezembro de 1965, passa a ter a seguinte redação:

"***Art. 6º ...***

§ 2º – Toda ligação de água será obrigatoriamente dotada do respectivo hidrômetro, em todo ramal predial, de acordo com o plano e prazo de colocação estabelecida pelo SAAE:

I – os hidrômetros serão adquiridos e instalados gratuitamente pelo SAAE nos domicílios dos usuários, e o seu custo integrará a tabela geral de tarifação pelos serviços prestados;

II – o hidrômetro será instalado dentro dos limites do imóvel, o mais próximo possível da entrada, em abrigo especial, convenientemente protegido;

III – o abrigo ou nicho do hidrômetro será construído e custeado pelo proprietário ou usuário do imóvel;

IV – o hidrômetro é propriedade do SAAE, ficando sua guarda e conservação sob a responsabilidade do proprietário ou usuário do imóvel onde estiver instalado;

V – é de competência exclusiva do SAAE, ou de terceiros quando expressamente autorizados pela Autarquia, o acesso ao hidrômetro para sua manutenção, substituição ou aferição;

VI – o usuário poderá utilizar a água para sua serventia ou serventia de alguém em situação emergencial ou de vulnerabilidade social, não devendo desperdiçá-la nem deixá-la contaminar-se. " ***(NR)***

Art. 2º – As despesas decorrentes da aplicação desta Lei correrão por conta de verba orçamentária própria.

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

A Constituição Federal de 1988 atribui à União a competência de legislar

Acesso ao Sumário

sobre diretrizes e bases da educação (art. 22, XXIV, CF) e, concorrentemente com os Estados e Distrito Federal, acerca da educação (art. 24, IX, CF).

Sendo a matéria examinada atinente ao exercício de atos de gestão, nitidamente administrativo, cuja competência é privativa do Executivo, não podem os integrantes do Legislativo, por mais nobre que sejam suas intenções, invadir competência estranha ao Poder que integram, por força da vedação prevista no artigo 5º, § 2º, da Constituição Estadual:

> ***Artigo 5º – São Poderes do Estado, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário.***
>
> ***§ 2º – O cidadão, investido na função de um dos Poderes, não poderá exercer a de outro, salvo as exceções previstas nesta Constituição.***

Portanto, a Casa Legislativa Municipal ao rejeitar o veto total do Poder Executivo à lei em questão, promulgando-a, violou a regra de separação de poderes, uma vez que se trata de matéria tipicamente administrativa, onde a inciativa parlamentar invade a esfera da gestão administrativa, reservada ao Poder Executivo municipal, violando o principio da separação de poderes (art. 5º, art. 47, II e art. 144 da Constituição Estadual).

No mais, a Lei em questão cria despesas sem indicar fonte específica de receita, não bastando a menção genérica para satisfazer o disposto no art. 25, da Constituição Paulista.

Em caso análogo, assim já decidiu este Colendo Órgão Especial:

> "***INCONSTITUCIONALIDADE – Lei municipal – Lei do Município de Bastos, de iniciativa parlamentar, vetada pelo Chefe do Executivo e promulgada pela Câmara de Vereadores, que cria programa de controle de natalidade de animais domésticos e atribui as despesas ao orçamento vigorante – Invasão da competência legislativa do Chefe do Executivo e criação de despesas sem indicação da fonte de custeio – Violação dos arts. 5º, 24, 25, 35, 111, 144 e 176, I, da Constituição do Estado – Lei inconstitucional – Ação direta de inconstitucionalidade acolhida – Vigência suspensa*** **" *(Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 0003872-43.2011.8.26.0000 – Rel. Des. SILVEIRA PAULILO – j. 06.07.2011 – V.U., grifo nosso).***

Ante o exposto, julga-se procedente a ação, para declarar a inconstitucionalidade à Lei nº 10.446, de 02 de maio de 2013, do Município de Sorocaba, comunicando-se esta decisão, por ofício, ao Sr. Prefeito e ao Sr. Presidente da Câmara Municipal daquela cidade.

Acesso ao Sumário

AGRAVOS REGIMENTAIS

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo Regimental nº 2104198-69.2014.8.26.0000/50001, da Comarca de São Paulo, em que são agravantes MARCELO MELLO VENTURA, MARCUS VINICIUS ROMAN SANCHES, MARCOS RODRIGUES LAGO, MARCOS GONÇALVES COLARES, MARCOS ANTONIO DA SILVA, MARCO PASTURINO, MARCO KENJI MISSAKA, MARCO AURÉLIO RESCIA ALHER, MARCIO ANTONIO SERRANO, MARCELO SILVA MAKDEC, MARIA AMÉLIA BEZERRA REIFF, MARCELO BARTOLOZI GRAGNANO, MARCELLO EDUARDO MONACO, MARCEL FREIRE DE MELO, LUIZ NOBURO SAKAUE JUNIOR, LUIZ FERNANDO WATANUKI ARASHIRO, LUIZ CESAR TEIXEIRA DE PINA, LUIZ ANTONIO REIS, LUIS GUILHERME TOMBINI ZENONI, LUCIANE YONAHA NISHIKAWA, LUCIANA VIEIRA DA PAIXÃO, LUCIANA NEVES VIEIRA, MONICA ALMEIDA PENA, NILSON HATANO, NEY KENITI UTIDA, NELSON COZENTINO JUNIOR, NATALY CAROLINA LOVISON SOUTO, NATALIA PAULA MIZUSHIMA, NAIRA SPANO NAKANO, NACIM FELIX FREIRE, MUNIR GASPARINI ORRA, MOSHE PENHA CARNEIRO, MARIA CLARA FURQUIM WERNECK ABDELHAY CABRAL, MIRIAM KAZUE SHIRO, MILTON ADOLFO SANTUCCCI JUNIOR, MELGA DELMONDES BATISTA TEIXEIRA, MAYRA LYGIA ANDERY FANUCHI, MARK WILLIAM ALLAN, MARIO ROSA DA SILVA JUNIOR, MARIANE ANTUNES LOPES, MARIANA SCHIMID BLATTER MOREIRA, MARIANA RIBEIRO TAVARES, MARIA VALERIA ROCHA DE OLIVEIRA FAMELI, ORLANDO DE SOUZA PADEIRO FILHO, JONAS DE ALMEIDA DIAS, JULIANA MANTOVANI ROSSI, JULIANA KIMIE MAEDA, JULIANA GATTI GARBIM, JUAREZ NUNES MOTA, JUAREZ ANDRADE MORAIS, JOSETE TERTO DA SILVA, JOSÉ FRANCISCO DA CUNHA JUNIOR, JOSÉ CLAUDIO GUEDES DAS NEVES, JOSÉ ADELSON PIMENTEL JUNIOR, JULIANA MARTINS PANTANO, JOEL ROCHA XAVIER, JOÃO VITOR BOVERIO DA SILVA GOMES, JOÃO VICTOR DINIZ GONÇALVES DE MELLO ALVES, JOÃO RICARDO JACOMELI, JOÃO PAULO LAGO DOS SANTOS, JOÃO HENRIQUE PEREIRA DE SOUZA, JOÃO HENRIQUE MARCELINO, JOÃO GUILHERME LEAL DA COSTA ANTIQUEIRA ELIAS, JEAN FRANCOIS POHLI, JACKLINE SHEN, LUCAS RENÓ DE SOUZA OLIVEIRA, KEVIN SHINDI SUGANO, LILIAN MAYUMI

Acesso ao Sumário

SAKAGUCHI, LEONARDO OHANA GANEM, LEONARDO MITSUHIRO TANAKA, LEONARDO BOZZA MEJIAS, LEDA CRISTINA PRATES VICENZETTO, LEANDRO MAX BIGONHA COSTA, LAURA RAQUEL SANCHEZ, KLEBER ORMANDE GARCIA, KESIA OLIVEIRA ABRANTES DE LACERDA LINS, JUN KOGA, KELSON CHAN, KATIUCIA APARECIDA CAMPOS VON MUHLEN, KAROLINE FERREIRA DUTRA MOLINA, KARINA YAMASHIRO BARRINUEVO, KARINA SCHUMACHER BUENO QUINTANA, KARINA KURODA, KARIN CRISTINE MORALES DUQUE, KAREN YAMAMOTO ALVES TEIXEIRA, KAREN NOMURA NISHIZAKI, JURACI BARRETO, ISRAEL DE PAULA LOPES, THAIS HOMEM DE MELLO OLIVEIRA COSTA, TIAGO MAIA DE OLIVEIRA, TIAGO GUIMARÃES PEREIRA, TIAGO AFONSO PIOVANI, THOMAS SCHMIDT MASO, THIAGO VIEGAS FROSSARD, THIAGO MORELLO PERES, THIAGO FERNANDES AQUINO, THIAGO BAZETH CAVALHEIRO, THAZIA CORTEZ TEIXEIRA DE CARVALHO, TIAGO PRETTI MELNIC, THAIS DE JESUS SOUZA DA COSTA, TATIANA SALLES DE SOUZA MALASPINA, TATIANA DE LIMA ALVES, TADEU CHUNG IN LEE, SUZANA MITIE MUNAKATA, SILVANA LUCIA DE PADUA MARQUES, SERGIO CAMILO SICARDI BOM JOANNI, SAULO MEGA SOARES E SILVA, SARAH RENATA RAMOS GARCIA, SANDRO SINISCALCHI MARTINS, SANDRO RIBEIRO MASCHIETTO, VITOR NOZUMA, YOSHIE ADRIANA ABE, WILSON AKIO ARIGA, WESLEY HJALMAR LINDQUIST, WESLEY FERNANDO MORAES SEMBENELI, WELLINGTON LOPES DA ROCHA FILHO, WALBERT OLIVEIRA VEIGA, WAGNER DA ENCARNAÇÃO FERREIRA, WAGNER ALEXANDRE ALBUQUERQUE PESSOA, VIVIANE VIDALE GALLINARI, TIAGO SOUTO RIBEIRO, VITOR MATSUDA AZEKA, VINICIUS RODRIGUES QUEIROZ, VICTOR HUGO SILVA DO AMARAL, VERENA LISE DE MELO GATTO, VANIA GORI PENALVA DE OLIVEIRA, VANESSA RAMIREZ CORRÊA ANASTÁCIO, VALMIR MEZES MAGALHÃES, VALERIA ZORZI PEDRAZOLI, VALERIA GUZZI MACHADO, TONY YUJI FUJITA, PAMELA BARBOSA ENGEL, PAULO RYOITI KOJIMA, RENATO NOGUEIRA PRIOSTE, RENATO FERREIRA DA CUNHA, REGINA DO AMARAL SINGH, RENAN DE OLIVEIRA MOREIRA, RAYMUNDO JOSÉ DE VASCONCELLOS BITTENCOURT NETO, RAQUEL MELO BARBOSA, RAPHAEL MARTINS PASCOLI, RAFAEL SENA DA CONCEIÇÃO, PEDRO LOMBARDI NETO, RIANE APARECIDA AGUIAR, PAULO RODRIGO PERUSSI SILVESTRE, PAULO GUSTAVO HENRIQUES DE MIRANDA SANTOS, PAULO FRANCISCO NOGUEIRA, PAULO EDUARDO RITTER RYDLEWSKI, PAULO AUGUSTO DE CARVALHO DALBONI, PAULA THIEMI KAWATO BALIEIRO, PAULA SOPHIA MOLINA DA CRUZ,

Acesso ao Sumário

PAULA ALMEIDA MELO, PATRICIA VIEIRA FERRAZ, PATRICIA BOSCARIOL MUTTI, SANDRA SONOE USUDA MORITA, RODRIGO FRAGA DO VALE QUARESMA, SAMUEL SIMEÃO MARTINS BENEDITO, SAMANTA FLECHTMAN LOSCHI, RUI HAYASHI, RUBENS BERGAMIN, RONAN COSTA PEREIRA, ROGERIO MONTALI DE OLIVEIRA, RODRIGO DE SOUZA DANTAS, RODRIGO PAULINO JORGE, RODRIGO GERVÁSIO DA COSTA BARROS, RICARDO HIROTAKA HIRAMA, RODRIGO CARLOS HERNANDES, RODOLFO BORGES COELHO JUNIOR, ROBERTO SANTUCHE, ROBERTO DA SILVA STEFFELER, ROBERTO CRISTIANO GUIMARÃES ELIAS, RINALDO FUZISAKA, RIKCHARD IBRAIM SILVESTRE, RICARDO PEIXOTO CAVALCANTE, RICARDO MIRANDA ROCHA LEITÃO, RICARDO JOSE ALBERTI, VANESSA PACHECO DE SOUZA ROMÃO, CÉLIO DE CASTRO COSTA, DAGOBERTO PINTO COELHO DE CARVALHO, CRISTIANO KALYBATAS DE LIMA, CRISTIANE KYOKO KANASHIRO, CRISTINA KUNIYOSHI, CRISTIANO RODRIGUES DE SOUZA SILVA, CLARISSA RODRIGUES MENDES, CINTHYA ALESSANDRA DA SILVA, CELSO LUIZ TIEZZI JUNIOR, CÉLIO SOARES FREIRE JUNIOR, DANIEL BORGES RICARDO, CECILIA BEZERRA DA SILVA FONSECA, CAROLINA DE ALMEIDA CARMO, CAROLINA ALVES DE ALMEIDA, CARLOS EDUARDO ASSINI, CARLOS AUGUSTO GONÇALVES CLEMENTE, CARLO XAVIER ANTONACCIO, CARLA MAYUMI ISSONURA SILVA, CAMILA ANDRAUS DE FIGUEIREDO, CAIO PINHEIRO DE ARAUJO SILVA, BRUNO RAFAEL PROSERPIO MARTINS, BRUNO HENRIQUE GONÇALVES, DIEGO RIBAS SMANIOTTO, EDUARDO AFONSO GIBELLI, EDSON MAISONNETTE JUNIOR, EDNA FERREIRA DA SILVA, EDITON VOLPI GOMES, EDERLEI NOBERTO MAJOLO, DOUGLAS HENRIQUE VILLATORA, DOUGLAS ALEXANDRE FERREIRA DA SILVA, DIRCEU SUGAHARA, DIOGO CESAR DOS SANTOS TORTAJADA, DANIEL RODRIGO ISSAMU MIYASHIRO, DIEGO PARREIRA DA COSTA, DIEGO CERQUEIRA BERBERT VASCONCELOS, DIEGO ABEL MAURO AGUTOLI, DÉCIO LOPES DO COUTO, DAVID UENAKA DOS SANTOS PEREIRA, DAVID DE SOUSA BORGES, DANIELLE FRANCISCA BRAINER AMORIM DA SILVA, DANIELE OBEID ROCHA, DANIELE DAGORT ANGONEZE, DANIELA MANZ, EDUARDO ONODA, ADRIANA YUKIE TANAMACHI YAMAUCHI, ALEXANDRE DA COSTA CASTELLI, ALEXANDRE CHUFAN PIRES, ALEXANDRE ALVES DE FREITAS, ALEX SANCHES TRANCHE, ALEX DA ROS, ALESSANDRO DOMINGUES FERREIRA, ALBERTO JUNGO NISHI, ALAN DE PALMA PROVENZA REIS, ADRIANO MARQUES GIBRAN, ALEXANDRE DA ROCHA ZAMBRANO, ADRIANA NAMI YAMAKAWA, ADRIANA LEMES DA

Acesso ao Sumário

SILVA FERRARI, ADRIANA EMY TOMO MIURA, ADILSON DOS SANTOS MIRANDA, ADERALDO EUGÊNIO DA SILVA, MAX DA SILVA BANDEIRA, PAULO SERGIO DE BARROS JUNIOR, ISABELLA DE AZEVEDO, SIMONE BARBUIO HERVAS VICENTINI, ELUANI MAUTONE, BRUNO GALVES RODRIGUES, ANDREA CROCCI DE SOUZA NASSIF, BRUNO CURSINO DA SILVA, BENICIO SUZANA COSTA, AUGUSTO RICARDO BARBOZA SILVA, ARTHUR CRUZ GOULART, ARMANDO CASTELAN NETO, ARIEL BOLSAN WITCZAK, ANNA CAROLINA ARANTES FIGUEIREDO VENTURA, ANELISA ZERLIM, ANDREW HUMBERT COSTA NAUATA, ALEXANDRE GRUBER PUGLIESSE, ANA TAISSA AGUIAR LOPES, ANA SUELY MEDEIROS DA CUNHA, ANA LUCIA TARANTELLI BRASIL, ANA KEYLA ESTEVES DOS REIS FUGIKAHA, ANA ELISA RIBEIRO RAMIM, ALINE FRUGOLI VERDE, ALEXANDRE VENCY YANG, ALEXANDRE TAMAKI, ALEXANDRE SILVA, ALEXANDRE MONTEIRO NEVES, ISAIAS THOMAS SABINO, AMANDA GOUVEIA FOLLY, ANTONIA DE FATIMA COELHO, ANDREA EMY ARITA, ANDRE TAKASHI UEDA SAKUGAWA, ANDRÉ PINERO VALLE, ANDRE LUIS DE AMORIM PRATA, ANDRE LUIZ AMORIM ACATAUSSÚ NEVARES, ANDRE HIROSE, ANA LPUCIA FERREIRA LEITE IANI, ANA CAROLINA DE CAMPOS AGUIAR, CARLOS HIDEMI HIRAOKA, ALICE HELENA BOTTEON RODRIGUES, ALEXANDRE MIRABETTI OZAHATA, ALEXANDRE FERREIRA DE ALENCAR, ALESSANDRO LOPES SOARES, ALESSANDRA CRISTINA NERY LIMA, HÉLIO SUSSUMU HIRONAKA, HALLYSON CLEBYSON FONSECA MACIEL, GUSTAVO JUBÉ XAVIER NUNES, GUSTAVO D'AMBROSIO AROUNIAN, GUSTAVO ANDRADE MANRIQUE, GUIMARIA GERALDINA GOULART, FABIO LOUREIRO LIMA, ISABEL ROSEANE GUIMARÃES DE OLIVEIRA, INGRID LOPES DUARTE, INES CRISTINA SCHMIDT CAPELLA, HERMINIA DE JESUS MARTINS DIAS BRUNO, HELLEN CASSIA SILVA NAMAN CARDOSO, HELIO SUSSUMU HIRONAKA, HENRIQUE MEDEIROS SILVA, GUILHERME LANA DE CARVALHO, FABRICIO EDUARDO DE LIMA AUGUSTO, CARLOS WU, EDUARDO MEDEIROS JACOMEL DE OLIVEIRA SILVA, DUBIANCA ULTRAMARI FREITAS PICCOLOTTO, DANILO MATOS SOARES, DANIEL JOÃO DO AMARAL, DAIZO HARADA, CLEYTON CESAR SOUZA MONTEIRO, CLEIBER FERREIRA, CLEBER DE CASTRO COSTA, CELINA ZHEN ZHEN LIANG, CATARINA MARQUES MORAIS DE LIMA, EDUARDO ROJAS MARTINES, ESDLEY TROVON NASCIBENI, FABIO ROCHA VERBICARIO, FÁBIO LUIS TAVARES, FÁBIO HENRIQUE FRAZÃO MENDES, FÁBIO FERREIRA DA COSTA, FÁBIO CHAGAS BIANCHI, FÁBIO BUENO MONTEIRO, FABIANO YUDI SILVEIRA,

Acesso ao Sumário

FABIANA TERUMI KUDO, ESTEVAM ROGÉRIO DE ARAÚJO, FABIOLA KAGOHARA HIRAI, ERIKA NAKAMURA BELLANDI, EMANUEL PEDROSA LINS, ELSON ATUSHI KONDO, ELSON ABE MEDEIROS, ELLYE KIYOMI ISHIY, ELISA MERKEL FERREIRA, ELCIO CRISTIANO CAMPOS DE DEUS LAURINDO, ELAINNE PRISCILLA LIMA AUGUSTO, ELAINE CRISTINA DA COSTA, EDUARDO TAKEO KOMATSU, GUILHERME GIOVANNNI, FLAVIO OLIVEIRA BRINCK, GIULIANO GIUSTI ZAMPAA, GILBERTO MASTER PENEDO, GERUSA CASTILHO FRANÇA DE MIRANDA, GERALDO NUNES CALLEGARI, GEORGE FELIPE ROSNER, GABRIELA ROCHA DIAS, GABRIELA CRISTINA CARVALHO MARTINS DOS SANTOS, FRANCIS MAZIERO, FRANCIELLE ARAUJO DE MARCO, FELIPE DE MOURA PEDRO, FLÁVIO DONATTI FILHO, FERNANDO RODRIGUES DOS SANTOS, FERNANDO NAPPI VENTURA, FERNANDO IMBERNOM NASCIMENTO, FERNANDO GUILHERME VIAL DA CUSTÓDIA, FERNANDO DI CIERO DE MIRANDA, FERNANDO CORREIA RISERIO DO BONFIM, FERNANDA YWASAKI e FERNANDA FERRO GARCIA DE SOUZA LOUZADA.

ACORDAM, em Órgão Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "NEGARAM PROVIMENTO AO AGRAVO REGIMENTAL. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 29928)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores RENATO NALINI (Presidente sem voto), EROS PICELI, ELLIOT AKEL, GUERRIERI REZENDE, WALTER DE ALMEIDA GUILHERME, XAVIER DE AQUINO, ANTONIO CARLOS MALHEIROS, FERREIRA RODRIGUES, PÉRICLES PIZA, EVARISTO DOS SANTOS, MÁRCIO BARTOLI, JOÃO CARLOS SALETTI, ROBERTO MORTARI, LUIZ AMBRA, FRANCISCO CASCONI, PAULO DIMAS MASCARETTI, VANDERCI ÁLVARES, ARANTES THEODORO, ANTONIO CARLOS VILLEN, ADEMIR BENEDITO, LUIZ ANTONIO DE GODOY, NEVES AMORIM, BORELLI THOMAZ e JOÃO NEGRINI FILHO.

São Paulo, 17 de setembro de 2014.

ENIO ZULIANI, Relator

Ementa: Agravo regimental contra decisão do relator que negou liminar em mandado de segurança. Candidatos (350) aprovados em concurso de Agente Fiscal de Rendas do Estado de São Paulo e que buscam nomeação (ou reserva de vaga) ao fundamento de existência de maior número de vagas das que foram

Acesso ao Sumário

abertas para preenchimento, o que justificaria a convocação dos excedentes para atendimento da demanda. Direito questionável e sem urgência. Valores da Administração que são sopesados para que se aguardem a formação do devido processo legal. Não provimento.

VOTO

Vistos.

Os recorrentes (ADERALDO EUGÊNIO DA SILVA e mais 349) não se conformam com o indeferimento da liminar em mandado de segurança e manejam o presente recurso para que o Órgão Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo lhes dê a investidura provisória (precária) como Agente Fiscal de Rendas do Estado de São Paulo. Figuram os recorrentes na lista dos aprovados que aguardam convocação para a posse oficial, sendo que a pretensão deduzida contra a voluntariedade administrativa decorre da existência de erro na avaliação do Estado de São Paulo quando elaborado o cálculo de vagas a serem preenchidas (estaria aquém do número deficitário), de modo que diante da inequívoca necessidade de mais selecionáveis serem chamados, as nomeações são imperativas, o que faz com que a recusa se transforme em ato violador de direito líquido e certo.

Transcrevo o que escrevi para melhor compreensão do tema discutido:

"***Vistos.***

Não concedo a liminar almejada pelos impetrantes. Cabe reconhecer uma progressiva jurisprudência que alargou o conceito de direito subjetivo de investidura (nomeação) do candidato não classificado dentro do número de vagas previsto, o que torna praticamente certo o direito a ser declarado no prazo de validade do certame quando vagas surgem no interregno, não se alcançou, ainda, o patamar posto na inicial. No AgReg. no RE 593.440 SC, o STF declarou que se o Estado cria novos cargos dentro do prazo de validade do concurso, deve aproveitar os concursados que estão na lista de remanescentes, o que é, sem dúvida, uma evolução para os aprovados diante da discricionariedade do Poder Público. Aqui, contudo, os impetrantes querem rever o critério de cálculo de vagas, uma etapa anterior da abertura do procedimento de seleção, ao argumento de que existem falhas na contagem de vagas, porque não seriam 885 cargos, mas, sim 4025 (fls. 52 da inicial). Considera-se discutível o afirmado direito de nomeação por erro da elaboração do cálculo ou dos critérios administrativos e não teria sentido admitir que o número definido é inferior ao necessário e obriga o aproveitamento dos excedentes, pelo menos para fins de liminar.

Acesso ao Sumário

O impacto da nomeação poderá ter repercussões em diversos e importantes ambientes do Estado e não se soluciona uma questão de tal envergadura por meio de decisões monocráticas. É preciso ouvir os impetrados e colher pronunciamento da ilustrada Procuradoria Geral de Justiça.

Indefiro a liminar e determino que se notifiquem as autoridades para que prestem informações no prazo legal. Em seguida, colha-se parecer da ilustrada Procuradoria Geral de Justiça.

Intimem-se".

Posteriormente e em virtude de embargos declaratórios, foi emitido o seguinte despacho:

"***Vistos.***

De acordo com a leitura da inicial tem-se que os impetrantes questionam o critério de cálculo das vagas e em nenhum instante o despacho do relator deixou transparente que os impetrantes pretendem nomeação para provimento de 4025 cargos.

Agora os impetrantes afirmam que desejam que se faça a investidura de 139 vagas, porque, a rigor, a necessidade de preenchimento do número de 4025 quando, na ativa, existem 3886. No fundo os impetrantes estão discutindo critérios administrativos e os motivos da decisão. Ainda que possa parecer ter equivocado o relator quanto aos fatos, o regime jurídico que fundamenta a decisão de indeferimento é o mesmo, ou seja, a dúvida sobre a verossimilhança do direito dos impetrantes. O edital do concurso é, em princípio, a regra normativa a ser observada e não há como, em juízo monocrático, investir os impetrantes pelos argumentos deduzidos.

O relator recomenda que os interessados interponham os recursos permitidos para que o Plenário decida.

Não há o que modificar e o indeferimento fica mantido (art. 535, I e II do CPC)."

É o relatório.

O Órgão Especial do Tribunal de Justiça examinou, em data recente, agravo regimental tirado em mandado de segurança impetrado por candidato que se encontra na espera de convocação (N. 2110928-96.2014.8.26.0000/5000 – Murilo de Oliveira e Souza) e negou provimento. As razões são as mesmas, agora reforçadas para o fato de que a liminar representaria o ingresso de 350 agentes fiscais, sem qualquer estrutura administrativa para o acesso e transcrevo o que foi redigido naquela sessão de conferência de votos.

Acesso ao Sumário

"*A decisão agravada levou em conta os ditames do art. 7º, da Lei 12.016/2009. Embora ponderáveis as razões do impetrante sobre seu direito, não há risco de ineficácia final do provimento favorável em se aguardando manifestação do Exmo. Governador do Estado e do próprio Estado de São*

Paulo.

O recorrente afirma que o despacho é omisso e afronta elementares preceitos fundamentais da técnica procedimental (cita o art. 93, IX, da CF e artigos 128 e 460, do CPC), concentrando sua argumentação em posição externada sobre a não conveniência de o relator decidir, monocraticamente, decisão de tal envergadura. Cabe referir que a decisão cumpre o mandamento constitucional citado e somente não ampliou a motivação para não incidir no erro de adiantar conceitos cuja revelação é imprópria para essa fase embrionária da relação processual. É preciso cuidado na escolha das palavras que concedem ou negam uma liminar para que o Magistrado não faça transparecer a sua convicção que será decisiva para o julgamento final, porque o pré-julgamento é um risco que compensa evitar para manter a segurança jurídica.

As decisões monocráticas carregam a mesma potencialidade das colegiadas e realmente não há nada que impeça o relator de conceder liminar, mesmo sem ouvir as demais partes envolvidas, determinando que se dê posse precária ao postulante para que inicie suas funções e receba as remunerações correspondentes. Não é, contudo, a decisão sensata a ser efetivada, porque igual ao impetrante existem outros (dezenas) de candidatos que, aprovados, seriam, também, favorecidos, o que redobra o cuidado diante das intensas repercussões. O fato é que o direito do autor não é praticamente absoluto (verossímil), embora guarde coerência com os julgados e com a finalidade do concurso público.

No dia 12.8.2014 o Diário Oficial da União publicou o Acórdão do colendo Superior Tribunal de Justiça no MS 39.167 DF (relator designado o Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES), pelo qual foi rejeitado pedido de candidatos aprovados no concurso de Procurador de Assistência Judiciária, que desejam nomeação porque existiam cargos vagos para preenchimento pelos aprovados que aguardavam chamada para investidura. A ementa é sugestiva:

'1. Em matéria de concurso público, a Administração Pública tem o dever de nomear tanto os candidatos aprovados dentro do limite de vagas previsto do edital de abertura quanto aqueles que se classificaram em cadastro de reserva, nesta última hipótese quando demonstrado o surgimento da vacância e a necessidade de serviço.

2. Essa obrigação, contudo, pode ser excepcionada desde que motivadamente e em caso da ocorrência de situação caracterizada pela superveniência, pela imprevisibilidade, pela gravidade e pela necessidade. Inteligência do entendimento consolidado no RE 598.099/MS, relator o Em. Ministro Gilmar Mendes.

3. Caso concreto em que a Administração Pública do Distrito Federal conseguiu demonstrar que a pretensão de nomeação dos recorrentes apresentava-se impossível em razão da ausência de dotação orçamentária e de recursos financeiros, o que poderia ensejar a violação à Lei de Responsabilidade Fiscal.

4. Recurso ordinário em mandado de segurança não provido.'

Acesso ao Sumário

Caminham ao lado do direito individual do postulante outros valores com magnitude semelhante ou em graduação superior, como o interesse público e a segurança e presteza da Administração Pública que, por ser institucional e delegada ao exercício controlado, depende de critérios para desenvolvimento de suas políticas e atuações financeiras. O Estado de São Paulo é titular do direito de abrir concurso para preenchimento das vagas consideradas pendentes e dignas de lotação, seguindo métodos de produção e de necessidade, sem desconhecimento dos orçamentos previsíveis ou possíveis, de modo constituiria ameaça para a estabilidade jurídica e administrativa o Judiciário intervir e ampliar os quadros sem permissão para que se fizesse impugnação dos questionamentos postos no mandado de segurança. Daí o indeferimento e que não é alvo de arrependimento porque as razões suscitadas no agravo perdem a lógica quando enveredam para o periculum in mora.

O recorrente diz que cada dia que se passa sem que ocorra sua nomeação o agravo ao seu direito aumenta e cabe enfatizar que essa explanação somente seria aceita concorrendo dano ao erário público, o que não há. Reserva de vaga e nomeação precária somente são ordens lançadas com observância do due process of law (art. 5º, LV, da CF) e o direito do impetrante é, além de questionável, despido da urgência que justifica decisões liminares."

Nega-se provimento.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo Regimental nº 2119228-47.2014.8.26.0000/50001, da Comarca de São Paulo, em que é agravante SINDICATO DOS FUNCIONÁRIOS DA PREFEITURA MUNICIPAL, CÂMARA MUNICIPAL, AUTARQUIAS, EMPRESAS E FUNDAÇÕES MUNICIPAIS DE SÃO JOÃO DA BOA VISTA, é agravado MUNICÍPIO DE SÃO JOÃO DA BOA VISTA.

ACORDAM, em Órgão Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "NEGARAM PROVIMENTO AO AGRAVO REGIMENTAL. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 29.612)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores RENATO NALINI (Presidente), EVARISTO DOS SANTOS, MÁRCIO BARTOLI, JOÃO CARLOS SALETTI, ROBERTO MORTARI, LUIZ AMBRA, FRANCISCO CASCONI, PAULO DIMAS MASCARETTI, VANDERCI ÁLVARES, ARANTES THEODORO, TRISTÃO RIBEIRO, ANTONIO CARLOS VILLEN, ADEMIR BENEDITO, LUIZ ANTONIO DE GODOY, NEVES AMORIM, BORELLI THOMAZ, JOÃO NEGRINI FILHO, EROS

Acesso ao Sumário

PICELI, ELLIOT AKEL, GUERRIERI REZENDE, WALTER DE ALMEIDA GUILHERME, XAVIER DE AQUINO, ANTONIO CARLOS MALHEIROS e FERREIRA RODRIGUES.

São Paulo, 17 de setembro de 2014.

PÉRICLES PIZA, Relator

Ementa: Agravo Regimental. Deferimento parcial de liminar que determinou a manutenção integral dos serviços ou atividades essenciais, inclusive os relacionados à Educação. Pleiteia o sindicato a revisão da decisão. Pedido de revogação. Impossibilidade. Embora não conste no rol exemplificativo da Lei 7.783/1989, a Educação é tida como serviço essencial, não se mostrando, no presente caso, legítima a greve neste setor. Agravo regimental improvido.

VOTO

I – Trata-se de Agravo Regimental interposto pelo SINDICATO DOS FUNCIONÁRIOS DA PREFEITURA MUNICIPAL, CÂMARA MUNICIPAL, AUTARQUIAS, EMPRESAS E FUNDAÇÕES MUNICIPAIS DE SÃO JOÃO DA BOA VISTA, contra decisão prolatada por este Relator que deferiu parcialmente pedido de concessão de liminar, nos autos da presente Medida Cautelar Incidental em Ação de Dissídio Coletivo de Servidores, determinando, inicialmente, aos servidores em greve, que mantivessem a integralidade dos serviços ou atividades essenciais do artigo 10, da Lei nº 7.783/89, bem como que o efetivo dos servidores em exercício nas outras áreas fosse aumentado para 50%, sendo tal decisão posteriormente ampliada, em sede de Agravo Regimental, determinando-se, também, a manutenção integral dos serviços atinentes à educação.

Alega o Agravante, em síntese, que a decisão deve ser reconsiderada, pois ao se exigir a continuidade dos serviços essenciais, inclusive os atinentes à educação, apenas cerca de 10% dos funcionários municipais poderiam continuar em greve, o que significaria, em seu entender, em última análise, a proibição do direito de greve.

Ao que pese os argumentos apresentados, não assiste razão ao Agravante.

Primeiramente, ressalte-se que no presente procedimento cautelar não está sendo analisado o mérito do dissídio coletivo, mas tão somente a legalidade da greve. Assim sendo, os argumentos de que o Município possui orçamento suficiente para o reajuste pretendido não são relevantes no presente momento.

Acesso ao Sumário

Como já explicitado anteriormente por este Relator, a greve é um direito essencial conquistado pelos trabalhadores brasileiros. Resguardados os limites legais, seu exercício é legítimo, cabendo tão somente aos próprios trabalhadores a decisão quanto ao mesmo, a fim de garantirem seus direitos básicos.

Neste diapasão, não pode a Justiça proibir um direito essencial, conquistado socialmente ao longo dos anos, justamente na tentativa de equilibrar minimamente a tão desigual relação patrão-empregado.

Todavia, na órbita do direito público, não se pode olvidar que o munícipe pode ser brutalmente penalizado pelo gozo do direito de greve de servidores municipais, eis que acaba cerceado dos serviços públicos oferecidos pelo ente público.

Cumpre reiterar que, inicialmente, a liminar foi parcialmente deferida exigindo-se apenas o efetivo de 50% dos servidores municipais para os serviços tidos como comuns e a integralidade para as atividades elencadas no artigo 10 da Lei de Greve (lei aplicável aos trabalhadores privados, mas que, por extensão, aplica-se, com adaptações, a servidores públicos).

Depois, passadas mais de duas semanas sem qualquer sucesso nas negociações entre as partes, determinou-se, em sede de agravo regimental, a volta ao serviço de todos servidores que laborem nas atividades educacionais.

Decisão contra a qual ora se insurge.

Sem razão, contudo.

Isso porque, como é cediço, há distinções muito básicas entre o direito de greve entre trabalhadores privados e servidores públicos. A Constituição Federal, ao tratar dos trabalhadores em geral, não prevê limitações quanto ao direito de greve. Diz a Carta Magna apenas que a lei definirá os serviços ou atividades essenciais e disporá sobre o atendimento das necessidades inadiáveis da comunidade.

No que concerne aos servidores estatutários, entretanto, a Constituição Federal foi além, estabelecendo que o "*direito de greve será exercido nos termos e limites definidos em lei específica*".

Como é cediço, o serviço público tem suas peculiaridades próprias. As principais bem ressaltadas pelo E. Ministro Eros Grau, quando do julgamento do condutor Mandado de Injunção nº 712, STF:

> "*Na relação estatutária do emprego público não se manifesta tensão entre trabalho e capital, tal como se realiza no campo da exploração da atividade econômica pelos particulares. Neste, o exercício do poder de fato, a greve, coloca em risco os interesses egoísticos do sujeito detentor de capital – indivíduo ou empresa – que, em face dela, suporta, em tese, potencial ou efetivamente, redução de sua capacidade de acumulação de capital. Verifica-se, então, oposição direta entre os*

Acesso ao Sumário

interesses dos trabalhadores e os interesses dos capitalistas. Como a greve pode conduzir à diminuição de ganhos do titular de capital, os trabalhadores podem em tese vir a obter, efetiva ou potencialmente, algumas vantagens mercê do seu serviço. O mesmo não se dá na relação estatutária, no âmbito da qual, em tese, aos interesses dos trabalhadores não correspondem, antagonicamente, interesses individuais, senão o interesse social. Vale dizer: a greve no serviço público não compromete, diretamente, interesses egoísticos, mas sim os interesses dos cidadãos que necessitam da prestação do serviço público".

E prossegue:

"*Por isso é relativamente tênue, por exemplo, enquanto poder de fato dotado de capacidade de reivindicação social, a greve exercida no setor do ensino público. Como a falta da utilidade social somente será sentida a tempo mais longo, as paralisações aí praticadas permanecem durante largos períodos de tempo, até que as reivindicações às quais estejam voltadas sejam atendidas, quando e se isso ocorra*" (STF, MI 712, Rel. Min. EROS GRAU, j. em 25.10.2007).

Assim sendo, quando decidiu o Supremo Tribunal Federal que, diante da inércia do legislador em editar norma específica para o direito de greve de servidores públicos, aplicar-se-ia a Lei de Greve dos trabalhadores comuns, decerto que tal aplicação não seria feita de maneira automática, seca e direta. Pelo contrário, sua aplicação deve ser avaliada especificamente no caso concreto.

Não por outro motivo a decisão ora recorrida considerou, ultrapassando a literalidade da lei supramencionada, que Educação também deve ser considerada um serviço essencial, para o presente caso em concreto.

Sobretudo porque também estão englobadas nos serviços de Educação as creches e pré-escolas, que, além de seu aspecto educacional, também prestam verdadeiro serviço assistencial, eis que auxiliam justamente a parcela mais empobrecida da população, já tão carente de serviços públicos eficientes.

Não pode o munícipe aguardar indefinidamente o desfecho das negociações entre servidores e ente público, que, como retro mencionado, após duas semanas de paralisações, nada avançaram.

Por fim, acrescente-se que a greve, entendida como meio de pressão, dirigido pela coletividade de trabalhadores sobre os empregadores, pode ser relacionada a diversas condutas, não apenas à paralisação total dos serviços. Há diversos outros mecanismos de pressão dos quais dispõem os trabalhadores, relacionados com o movimento paredista, mas que com ele não se confundem.

Assim sendo, entende-se que os trabalhadores não estão alijados de mecanismos de pressão para conquista dos direitos que reivindicam. Até mesmo porque a negociação por novos salários está já a depender de decisão judicial em dissídio coletivo.

Acesso ao Sumário

Por isso, neste momento, os prejuízos causados pela greve em setores fulcrais, como o da educação por exemplo, não se justificam perante sua utilidade prática.

Assim sendo, não me convenci do desacerto da r. decisão impugnada.

De qualquer forma, os argumentos lançados pelo impetrante serão sopesados ao final, em toda sua amplitude, pelo Órgão Especial.

Ante ao exposto, nego provimento ao agravo regimental.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo Regimental nº 2117642-72.2014.8.26.0000/50000, da Comarca de São Paulo, em que é agravante PRESIDENTE DO TRIBUNAL DE CONTAS DO MUNICÍPIO DE SÃO PAULO, é agravada LECTÍCIA MARIA DIAS E SILVA BUASSALY BERTO.

ACORDAM, em Órgão Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "NEGARAM PROVIMENTO AO AGRAVO REGIMENTAL. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 35113)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores RENATO NALINI (Presidente sem voto), LUIZ ANTONIO DE GODOY, NEVES AMORIM, JOÃO NEGRINI FILHO, NUEVO CAMPOS, EROS PICELI, ELLIOT AKEL, GUERRIERI REZENDE, XAVIER DE AQUINO, ANTONIO CARLOS MALHEIROS, FERREIRA RODRIGUES, PÉRICLES PIZA, EVARISTO DOS SANTOS, MÁRCIO BARTOLI, JOÃO CARLOS SALETTI, ROBERTO MORTARI, LUIZ AMBRA, FRANCISCO CASCONI, PAULO DIMAS MASCARETTI, VANDERCI ÁLVARES, ARANTES THEODORO, TRISTÃO RIBEIRO e ANTONIO CARLOS VILLEN.

São Paulo, 24 de setembro de 2014.

ADEMIR BENEDITO, Relator

Ementa: AGRAVO REGIMENTAL – Decisão que concede liminar em mandado de segurança – Corte de subsídio para adequação à EC 41/2003 – Benefício de caráter eminentemente alimentar, incorporado ao patrimônio da impetrante de forma legítima, devendo prevalecer a preservação do direito à irredutibilidade dos vencimentos – Existência dos

Acesso ao Sumário

requisitos autorizadores da medida liminar pleiteada – Manutenção da decisão agravada – Recurso desprovido.

VOTO

Trata-se de Agravo Regimental interposto pelo PRESIDENTE DO TRIBUNAL DE CONTAS DO MUNICÍPIO DE SÃO PAULO contra decisão deste Relator que, nos autos da ação constitucional de mandado de segurança impetrado pela agravada, deferiu liminar pleiteada.

Aduz o agravante, inicialmente, tratar-se de decisão paradigma, que ensejará "um efeito multiplicador de proporções gigantescas". Diz que a quebra precoce do teto remuneratório constitucional promoveria risco de grave lesão à ordem e à economia públicas. Sustenta que o ato impugnado apenas e tão somente instrumentalizou comando constitucional de aplicação nacional imediata, sem qualquer desrespeito a princípios constitucionalmente instituídos. Defende a legalidade na aplicação do limite remuneratório e a ocorrência de prejuízo irreversível ao erário, alegando que a concessão de liminares como a que ora se ataca traz consigo o *periculum in mora in reverso*, resultante da necessidade de ressarcimento dos cofres públicos em caso de denegação final da segurança, que seria dificultado diante do caráter alimentar que reveste os vencimentos dos servidores públicos. Sustenta que não estão presentes os requisitos para a concessão de liminar. Por tais razões, requer o provimento do recurso, e a cassação da liminar concedida.

É o relatório.

A decisão deste Relator é do teor seguinte:

"***Vistos.***

Trata-se de mandado de segurança, com pedido de liminar, impetrado por LECTÍCIA MARIA DIAS E SILVA BUASSALY BERTO contra ato do Exmo. Senhor PRESIDENTE DO TRIBUNAL DE CONTAS DO MUNICÍPIO DE SÃO PAULO, em razão do corte remuneratório de seu subsídio, que foi limitado ao do Senhor Prefeito, por ser esse o teto remuneratório municipal.

O mandamus se funda no alegado direito adquirido, uma vez que as vantagens pessoais da impetrante já estariam incorporadas aos seus vencimentos antes do advento da Emenda Constitucional nº 41/03.

Alega a impetrante que a decisão afronta o artigo 60, § 4º, inciso IV, da Constituição Federal, bem como os demais princípios constitucionais aplicáveis, como o direito adquirido e a irredutibilidade de vencimentos. Pede a concessão de liminar para que seja de imediato restabelecido seu direito ao recebimento integral de seus vencimentos.

É o relatório.

Dois são os requisitos para a concessão de liminares em mandado

Acesso ao Sumário

de segurança: a). a relevância dos fundamentos da impetração; e b). a possibilidade de ineficácia da ordem se concedida apenas a final.

Tratando-se de subsídio, benefício de caráter eminentemente alimentar, incorporado ao patrimônio da impetrante de forma legítima, deve prevalecer a preservação do direito à irredutibilidade dos vencimentos, porquanto representativa de garantia fundamental prevista na Constituição Federal em seu artigo 37, inciso XV, com respaldo em entendimentos jurisprudenciais de parte respeitada deste C. Órgão Especial.

O periculum in mora, por sua vez, se traduz na possibilidade de a norma atacada causar dano irreparável ou de difícil reparação à servidora, com a retenção indevida de parcela de seu salário.

Diante do exposto, defiro o pleito liminar, com efeito ex nunc, determinando-se a abstenção de redução dos vencimentos da impetrante, até final julgamento deste mandamus.

Oficie-se à D. autoridade apontada como coatora, solicitando-lhe as informações cabíveis. Dê-se ciência à Procuradoria Geral do Estado para que, em querendo, ingresse no feito.

Após, abra-se vista à d. Procuradoria-Geral de Justiça para manifestação.

Oportunamente, tornem os autos conclusos.

Int.

São Paulo, 31 de julho de 2014."

Sem embargo do zelo e cuidado que se reconhece na atuação do ilustre subscritor, o agravo interno não comporta provimento.

Não obstante o Exmo. Sr. Ministro Ex-Presidente do Colendo Supremo Tribunal Federal tenha cassado liminar que autorizava servidores a receberem seus vencimentos acima do teto imposto pelo art. 37, inciso XI, da CF, decisão exarada pelo C. Órgão Especial deste E. Tribunal de Justiça, aquela decisão, como dito pelo próprio agravante, foi proferida a título precário "*e não poderá ser invocada para estabilizar expectativas, nem para consolidar situações*" (fls. 15/18).

Assim, até que a decisão tenha caráter definitivo, com objetivo de pacificar questões da mesma natureza, entende-se que é perfeitamente possível a concessão de liminar para autorizar servidores a receberem seus vencimentos sem a irredutibilidade, ante o seu direito adquirido, e até final decisão em mandado de segurança.

De outra parte, em que pesem os argumentos trazidos pelo ora agravante em seu recurso, nada autoriza a modificação do que restou decidido na concessão da liminar.

Conforme estabelecido na decisão combatida, a liminar foi concedida

Acesso ao Sumário

para afastar a aplicação da norma que determinou a redução da remuneração da impetrante, até final decisão desta Corte.

Ressalte-se que ficou consignado que se tratando "*de subsídio, benefício de caráter eminentemente alimentar, incorporado ao patrimônio da impetrante de forma legítima, deve prevalecer a preservação do direito à irredutibilidade dos vencimentos, porquanto representativa de garantia fundamental prevista na Constituição Federal em seu artigo 37, inciso XV, com respaldo em entendimentos jurisprudenciais de parte respeitada deste C. Órgão Especial.*"

Assim, por considerar que os requisitos para a concessão da medida estavam presentes, diante da relevância dos fundamentos da impetração e possibilidade de ineficácia da ordem se concedida apenas a final, foi concedida a liminar para afastar a aplicação do ato normativo que determinou a redução da remuneração da impetrante, até o julgamento de mérito da ação.

Por fim, ressalte-se que a decisão que concedeu a liminar não implica em lesão ao erário público, isto porque, se após uma análise mais detida da questão, a segurança for denegada, a devolução dos valores pela impetrante poderá ser realizada mediante descontos em seus vencimentos.

Sobreleva ainda observar a inexistência, *in casu*, do chamado *efeito multiplicador*, não se demonstrando, na hipótese, impacto financeiro de tamanha extensão frente ao todo do orçamento da pessoa jurídica devedora.

Por essas razões, com a devida vênia, por ora mantém-se a decisão que deferiu a liminar, presentes os requisitos necessários para sua concessão.

Isto posto, nega-se provimento ao agravo regimental.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo Regimental nº 2115822-18.2014.8.26.0000/50000, da Comarca de Santos, em que é agravante E.D.S.R. (MENOR), é agravado DESEMBARGADOR RELATOR DA CÂMARA ESPECIAL DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em Órgão Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "NEGARAM PROVIMENTO AO AGRAVO REGIMENTAL. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 29.850)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores RENATO NALINI (Presidente sem voto), EVARISTO DOS SANTOS, MÁRCIO BARTOLI, JOÃO CARLOS SALETTI, ROBERTO MORTARI, LUIZ AMBRA, FRANCISCO CASCONI, PAULO DIMAS MASCARETTI,

Acesso ao Sumário

VANDERCI ÁLVARES, ARANTES THEODORO, TRISTÃO RIBEIRO, ANTONIO CARLOS VILLEN, ADEMIR BENEDITO, LUIZ ANTONIO DE GODOY, NEVES AMORIM, JOÃO NEGRINI FILHO, JOSÉ DAMIÃO PINHEIRO MACHADO COGAN, NUEVO CAMPOS, EROS PICELI, ELLIOT AKEL, GUERRIERI REZENDE, XAVIER DE AQUINO, ANTONIO CARLOS MALHEIROS e FERREIRA RODRIGUES.

São Paulo, 1 de outubro de 2014.

PÉRICLES PIZA, Relator

Ementa: Agravo Regimental. Indeferimento da liminar em Mandado de Segurança. Pleito prévio do *mandamus* objetivou afastar decisão da Câmara Especial que deferiu a tutela antecipada em um Agravo de Instrumento ministerial para caçar uma decisão de primeiro grau, a qual concedia guarda provisória de criança a um casal. Decisão da Câmara Especial não se mostrou teratológica ou desprovida de fundamentação. Ao contrário, rebateu todas as fissuras da decisão de primeiro grau. Direito líquido e certo não demonstrado. Ilegalidade ou abusividade, a princípio, não configuradas. Portanto, questões de mérito serão sopesadas em toda sua amplitude apenas ao final pelo Órgão Especial. Agravo regimental improvido.

VOTO

I – Trata-se de Agravo Regimental interposto pela DEFENSORIA PÚBLICA contra a decisão em que este Relator indeferiu o pedido liminar de Mandado de Segurança. O pleito prévio do *mandamus* objetivou afastar uma decisão proveniente da Câmara Especial que deferiu a tutela antecipada em um Agravo de Instrumento ministerial para caçar uma decisão de primeiro grau de jurisdição, a qual concedia guarda provisória de uma criança a um casal.

II – Pretende a impetrante obter, por meio do presente Agravo Regimental, a reconsideração da decisão liminar indeferida por este Relator (fls. 224/ 227).

Conforme desta se extrai, a impetrante alega, em síntese, que a decisão do douto magistrado (fls. 216/219) encontra-se eivado por vícios, "*quer por violação do princípio da legalidade e seus derivados, quer pelo abuso do poder pela indevida intervenção do Estado em situação consolidada e que de fato protegia a impetração e assegurava seus direitos fundamentais*" (fl. 25).

Em que pese os argumentos expostos pela zelosa DEFENSORIA

PÚBLICA, os mesmos não me convenceram do desacerto da decisão ora guerreada.

Isto porque, a decisão liminar deste Relator analisou os argumentos lançados no remédio heroico, nos estreitos limites de cognição sumária, inerentes de sua fase, e entendeu pela inexistência de ilegalidade ou abuso de poder pela Autoridade apontada como coatora.

Como já assentei na decisão ora guerreada:

"*Não estão presentes os requisitos justificadores da concessão da liminar ante ao exame sumário da inicial e dos documentos que a instruem. Tal medida só é possível quando o constrangimento ilegal é manifesto e detectado de plano, porém tal não ocorre no caso aqui sopesado.*

Ao contrário.

Infere-se dos autos que a menor foi acolhida pelo casal sem que desta situação, no mínimo pelos primeiros três meses, tivessem tomado quaisquer atitudes convergentes aos trâmites legais para obtenção de sua adoção ou guarda e responsabilidade.

Não há que se creditar acerto à afirmação do combativo Defensor Público sobre a existência de abuso de poder na intervenção estatal, visto que tal tutela, em verdade, trata-se de um dever para casos desta natureza. Ademais, no presente, inexiste situação quieta ou 'consolidada', até mesmo diante das diversas ações judiciais que demandam justamente solucionar a situação da melhor maneira à criança E.D.S.R. (processo nº 0006123-89.2014.8.26.0562; processo nº 00006050-20.2014.0562; processo nº 0012452-20.2014.8.26.0562; processo nº 2002327-90.2013.8.26.0562).

Importante, ainda, se faz consignar algumas características do casal M.H.P.G. e R.C.G..

Nota-se que a 'habilitação para adoção' deles já havia sido interrompida por decisão judicial, que acolheu um laudo psicológico a eles desfavorável (fls. 182/184 e 194/197), interrupção esta, que compreendia o exato período da ocorrência de 'acolhimento' da infante.

Não só isso torna temerária a concessão da guarda, mas também a sequência das condutas adotadas pelo casal, circunstâncias avaliadas até mesmo pela (concisa e pouco fundamentada) decisão de primeiro grau que, apesar de conferir-lhes guarda temporária, apontou a evidente conclusão de que 'o casal tentou burlar o cadastro de adoção' (cf. fl. 79).

A meu sentir, com o mesmo intuito objetivado pelo zeloso defensor público – em assegurar a observância dos direitos fundamentais da impetrante, todavia, trilhando caminho diverso a alcançar tal proteção,

Acesso ao Sumário

entendo que a égide estatal conferida pela instituição filantrópica em que se encontra possui, ao menos neste momento, maior consistência em lograr tal êxito.

Portanto, não se pode dizer que a decisão guerreada (fls. 216/219) se mostre teratológica, ou viciada de flagrante ilegalidade ou violação de direito líquido e certo da ora impetrante, a recomendar que, aqui e agora, seja corrigida. Contra ela, inclusive, houve interposição de Agravo Regimental.

Matéria com pouco destaque neste caderno processual que, igualmente, está a recomendar a não prevalência da decisão que deferiu a guarda temporária, assunto o qual, a seu tempo, será de vital análise, é a possibilidade do pai biológico da criança formar seu entendimento contra a total destituição do poder familiar. Acresço esta observação pelo fato de que, conforme se extrai da oitiva dos pais biológicos (fls. 167 e 168), não há concordância expressa deles sobre o futuro de E.D.S.R., cenário que, em tese, pode se tornar litigioso."

Merecida a ressalta de que no dia 14 de agosto, próximo passado, foi realizada audiência na Vara de Infância e da Juventude, oportunidade em que o pai biológico se retratou "*para dizer que R. e M.H. efetivamente adotassem E.*".

Houve ainda a manifestação da família paterna pelo desejo de que a menor ficasse sob os cuidados da tia paterna *V.*, enquanto o litígio não encontra desfecho definitivo, sendo certo que diante disso, o magistrado *a quo* determinou a realização de estudo psicossocial com *V.* para melhor avaliação de tal hipótese, visto que, conforme deliberado: "*em sendo irrenunciável o poder familiar, apenas ação específica de destituição do poder familiar poderá ter por finalidade retirar dos pais o poder familiar*" (termo de audiência).

A meu sentir, mesmo na atual conjuntura, não resta presente a **fumaça do bom direito** (*fumus boni iuris*) que aludiu o presente recurso.

Isso porque, conforme bem dispôs o representante do *parquet* em primeiro grau de jurisdição, a "*criança é sujeito de direitos e não está a mercê da livre vontade da família em entregá-la para quem entender mais adequado mormente em se considerando que o Estatuto da Criança e do Adolescente prevê uma ordem legal do cadastro de adotantes; que as hipóteses excepcionais previstas no artigo 50, parágrafo 13 (adoção unilateral, parentes ou guarda legal de crianças com mais de 3 anos e que tenham laços de afetividade constituídos) não se subsumem ao casal R. e M.H. que não se enquadram em nenhuma dessas hipóteses e estão com o cadastro de adotantes suspenso*".

Por fim, vale dizer que o Agravo de Instrumento (processo nº 2078609-75.2014.8.26.0000) que concedeu a tutela antecipada ao pleito ministerial, aqui combatido, está com o mérito muito próximo de ser analisado.

Acesso ao Sumário

Em consulta ao seu processamento através do sítio eletrônico desta E. Corte de Justiça, pude constatar que os autos encontram-se na Procuradoria Geral de Justiça para parecer desde o dia 11 de setembro, próximo passado.

Portanto, na iminência do desfecho do referido Agravo de Instrumento, cuja tutela antecipada aqui se busca afastar, mais prudente se mostra que a questão seja ponderada por completo pelo Juízo adequado à sua avaliação, qual seja, a Câmara Especial.

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

Conflitos de Competência

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Conflito de Competência nº 0034284-49.2014.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é suscitante 5ª CÂMARA DE DIREITO PRIVADO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO, é suscitada 3ª CÂMARA DE DIREITO PÚBLICO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em Órgão Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "JULGARAM O CONFLITO PROCEDENTE E COMPETENTE A 3ª CÂMARA DE DIREITO PÚBLICO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO. V.U. IMPEDIDO O EXMO. SR. DES. ANTONIO CARLOS MALHEIROS.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 24054)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores RENATO NALINI (Presidente sem voto), FRANCISCO CASCONI, PAULO DIMAS MASCARETTI, VANDERCI ÁLVARES, ARANTES THEODORO, TRISTÃO RIBEIRO, ANTONIO CARLOS VILLEN, ADEMIR BENEDITO, LUIZ ANTONIO DE GODOY, NEVES AMORIM, BORELLI THOMAZ, JOÃO NEGRINI FILHO, FERRAZ DE ARRUDA, EROS PICELI, ELLIOT AKEL, GUERRIERI REZENDE, WALTER DE ALMEIDA GUILHERME, XAVIER DE AQUINO, FERREIRA RODRIGUES, PÉRICLES PIZA, MÁRCIO BARTOLI e JOÃO CARLOS SALETTI.

São Paulo, 20 de agosto de 2014.

LUIZ AMBRA, Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: Conflito de competência – Contrato administrativo, regido pelo Direito Público, de permissão remunerada de uso celebrado com concessionária de serviço público – Matéria afeta a uma das Câmaras de Direito Público – Conflito julgado procedente, reconhecida a competência da 3ª Câmara da Seção de Direito Público.

VOTO

Trata-se de conflito de competência entre a 5ª Câmara de Direito Privado, desta Corte, e a 3ª de Direito Público. Relativo à ação de cobrança ajuizada pela CPTM contra particular ao qual deferida permissão remunerada de uso de bem dessa concessionária. Despachado a fl. 169, a douta Procuradoria Geral de Justiça se manifestando pela competência da 5ª Câmara de Direito Privado, a fls. 173/177.

É o relatório.

Data venia da manifestação em contrário da douta Procuradoria, meu voto tem, ao dar pela procedência do conflito, como competente para o julgamento do apelo aqui interposto a 3ª Câmara de Direito Público.

Trata-se de ação de cobrança, mas não regida pelo direito comum e sim pelo Direito Administrativo. Relativa ao termo de ***permissão*** remunerada de uso que vem a fls. 5/8, pelo qual a Companhia Brasileira de Trens Urbanos – ***concessionária*** de serviço público estadual – outorgou a particular o direito de se utilizar de área de que proprietária, no interior da Estação Ferroviária de São Miguel Paulista. Mediante pagamento de uma taxa mensal (não se tratando, pois, de locação regida pelo Direito Privado; fosse, aliás, a competência recursal tocaria ao DP3 e não ao DP1) então estipulada, e, mais, da obrigação de implementar melhoramentos no local – mas o permissionário não teria feito uma coisa e nem outra.

Há precedente, mencionado pelo acórdão de fls. 160/164 que suscitou o conflito (Apelação 9130238-42.2009.8.26.0000, relator Desembargador Edson Luiz de Queiroz), a noticiar precedente praticamente igual ao presente, relatado neste Órgão Especial pelo Desembargador Itamar Gaino.

Nele (Conflito de Competência nº 0202604-96.2013.8.26.0000, julgado em 5.2.14) igualmente se decidiu pela competência da Seção de Direito Público, em ação promovida pela Companhia Paulista de Trens Metropolitanos para a cobrança do preço (público, a bem dizer) ajustado em termo de autorização de uso de espaço junto à Estação Ferroviária de Jurubatuba.

A douta Procuradoria se insurge contra o teor desse acórdão, porque teria assentado se tratar de ***bem público*** aquele objeto da permissão. E empresas

Acesso ao Sumário

públicas e sociedades de economia mista, como se sabe, possuem personalidade jurídica de direito privado de acordo com o artigo 173, § 2,º da Constituição Federal, daí seu patrimônio não ser público.

O que importa, *data venia*, para fins de fixação de competência, ***não é a natureza do bem***, mas a natureza ***do contrato*** frente a ele celebrado. Regido, inequivocamente, pelo direito público, não se trata de locação comum como se assinalou.

Desde o Provimento 63/2004 e Resoluções 194/2004 e 281/2006 do Tribunal de Justiça – o que ainda prevalece, há convir –, à Seção de Direito Público toca, dentre outras atribuições, o julgamento de ações afetas ao controle e execução de atos administrativos, ainda àquelas relativas aos contratos administrativos em geral e "*outros contratos de prestação de serviços regidos pelo Direito Público*".

Nos termos do artigo 175 da Constituição Federal de 1988, cumpre ao Poder Público diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos. Importando menos se prestados por empresas públicas ou sociedade de economia mista, concessionárias ou permissionárias.

Dessa maneira, a pessoa jurídica de direito público transfere atribuições de sua titularidade para outra pessoa jurídica de direito privado, descentralizando a prestação dos serviços públicos. Essa transferência pode ocorrer de diversas formas, dentre as quais por meio de concessão, permissão e autorização de serviço público.

Para Celso Antônio Bandeira de Mello:

> "*O concessionário (...) gera o serviço por sua conta, risco e perigos. Daí que incumbe a ele responder perante terceiros pelas obrigações contraídas ou por danos causados.*" (Curso de Direito Administrativo. 13ª ed. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 669).

A Companhia Paulista de Trens Metropolitanos é uma sociedade de economia mista estadual, que age sob regime próprio das empresas privadas.

Acesso ao Sumário

À antiga Seção de Direito Privado competia, nos termos do Provimento 63/2004, julgar as "ações de responsabilidade civil extracontratual, salvo a do Estado" (item XXVI). Ações de responsabilidade civil do Estado, tocavam à Seção de Direito Público (item VII da competência desta).

A situação continua a mesma, diferença única do regramento subsequente (Resolução 194/2004) a de que, agora, a Seção de Direito Privado se desdobrou em três, a competência antiga a cargo das suas 1ª à 10ª Câmaras, as outras duas com o que sobejou dos Tribunais de Alçada Civis. E, ainda quando haja particular corréu da demanda, prevalece a *vis atractiva* do ente estatal.

Para Maria Sylvia Zanella di Pietro (*in* Direito Administrativo, 14ª ed.,

São Paulo: 2002, Atlas, p. 529):

"*A regra da responsabilidade objetiva exige, segundo artigo 37, § 6º, da Constituição:*

1. que se trate de pessoa de direito público ou de direito privado prestadora de serviços públicos; a norma constitucional veio pôr fim às divergências doutrinárias quanto à incidência de responsabilidade objetiva quando se tratasse de entidades de direito privado prestadoras de serviços públicos (fundações governamentais de direito privado, empresas públicas, sociedades de economia mista, ***empresas permissionárias e concessionárias de serviços públicos****).*"

Questão análoga foi discutida em recente Conflito de Competência, pelo Órgão Especial desta C. Corte:

COMPETÊNCIA – Conflito – Arguição em apelação contra sentença que julgou parcialmente procedente ação de reparação de danos interposta em face da Companhia de Saneamento Básico do Estado de São Paulo (SABESP), buscando indenização por prejuízos causados em imóvel rural em virtude de instalação de tubulação de água e esgoto – Demanda que versa relação jurídica situada no âmbito do direito público – Reparação de dano por ilícito extracontratual de empresa concessionária de serviço público – Compete preferencialmente às Câmaras da Seção de Direito Público, julgar as "ações de responsabilidade civil do Estado, inclusive as decorrentes de apossamento administrativo, ocupação temporária, imposição de servidão ou limitação, desistência de ato expropriatório, bem como os ilícitos extracontratuais de concessionárias e permissionários de serviço público" – Teor do disposto no anexo I, Seção de Direito Público, inciso VII, do Provimento Presidencial n. 63/2004 e da Resolução n. 194/2004 – Conflito julgado procedente e competente a suscitante, 2ª Câmara de Direito Público deste Tribunal de Justiça. (Conflito de Competência nº 990.10.083399-5 – Órgão Especial – Relator: Mário Devienne Ferraz – 05.05.10 – Unânime).

Há, ainda, diversos outros julgados no mesmo sentido:

DÚVIDA DE COMPETÊNCIA. Responsabilidade Civil. Indenização por danos acarretados a imóvel, em consequência de má execução de serviços de manutenção de rede de esgoto, a cargo de autarquia municipal. Ilícito extracontratual decorrente de prestação de serviço público municipal. Competência da Seção de Direito Público, e não do Primeiro Tribunal de Alçada Civil. Provimento nº 51/98, inciso VII da respectiva Seção. Procedência, afirmada a competência da Colenda Sétima Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça. (Dúvida de Competência nº 994010971071 – Órgão Especial – Relator: José Roberto

Acesso ao Sumário

Bedran – 30.05.05).

COMPETÊNCIA RECURSAL – Ação de reparação de danos material e moral decorrente de má execução de serviços de manutenção de rede coletora de esgoto – Responsabilidade civil objetiva da ré, autarquia municipal – Competência da Seção de Direito Público – Resolução nº 194/2004, artigo 2º, II, alínea "a" – Competência da 1ª a 13ª Câmaras da Seção de Direito Público – Precedentes – Recurso não conhecido, determinada a redistribuição. (Apelação com Revisão nº 1.215.384-0/2 – 33ª Câmara de Direito Privado – Relator: Sá Duarte – 29.11.10 – Unânime).

COMPETÊNCIA RECURSAL – Responsabilidade civil de empresa concessionária de serviço público estadual (SABESP) – Competência de uma das Câmaras da Seção de Direito Público desta Corte – Redistribuição determinada – Apelações não conhecidas (Apelação com Revisão 994040842754 (3470284300) – Relator Luiz Antônio de Godoy – 1ª Câmara de Direito Privado – 15.12.09 – Data de registro: 15/01/2010).

Meu voto, tal sucedendo, dando pela procedência do conflito entende tocar, seu julgamento, à 3ª Câmara de Direito Público.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Conflito de Competência nº 0034642-14.2014.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é suscitante 8ª CÂMARA DE DIREITO PRIVADO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO, é suscitada 13ª CÂMARA DE DIREITO PÚBLICO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em Órgão Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "JULGARAM O CONFLITO PROCEDENTE E COMPETENTE A 13ª CÂMARA DE DIREITO PÚBLICO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO. V.U. IMPEDIDOS OS EXMOS. SRS. DES. BORELLI THOMAZ, FERRAZ DE ARRUDA E JOÃO NEGRINI.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 27.253)**

Acesso ao Sumário

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores RENATO NALINI (Presidente sem voto), PÉRICLES PIZA, EVARISTO DOS SANTOS, MÁRCIO BARTOLI, JOÃO CARLOS SALETTI, LUIZ AMBRA, FRANCISCO CASCONI, PAULO DIMAS MASCARETTI, VANDERCI ÁLVARES, ARANTES THEODORO, TRISTÃO RIBEIRO, ANTONIO

CARLOS VILLEN, ADEMIR BENEDITO, NEVES AMORIM, EROS PICELI, WALTER DE ALMEIDA GUILHERME, XAVIER DE AQUINO e ANTONIO CARLOS MALHEIROS.

São Paulo, 27 de agosto de 2014.

FERREIRA RODRIGUES, Relator

Ementa: CONFLITO DE COMPETÊNCIA. Ação Civil Pública. Inexistência de questão relacionada à regularização de loteamento. Ação que, na verdade, visa a compelir a municipalidade a remover moradores de área de risco. Imóveis particulares. Irrelevância. Pretensão que envolve – como objeto principal e preponderante – o exame sobre cumprimento de políticas públicas voltadas ao uso e ocupação do solo urbano. Enquadramento no âmbito de controle e cumprimento de atos administrativos (art. 3º, inciso I.2, da Resolução nº 623/2013). Conflito julgado procedente. Competência da 13ª Câmara de Direito Público.

VOTO

Trata-se de conflito de competência suscitado pela 8ª Câmara de Direito Privado, em razão de a 13ª Câmara de Direito Público ter-se dado por incompetente para conhecer do Agravo de Instrumento nº 0222667-16.2011.8.26.0000, interposto nos autos da Ação Civil Pública nº 0029593-32.2011.8.26.0053, promovida pelo Ministério Público do Estado de São Paulo visando a compelir a municipalidade a remover moradores de área de risco, sem prejuízo do monitoramento dos imóveis envolvidos.

O recurso foi inicialmente distribuído à 13ª Câmara de Direito Público, que, entretanto, entendeu que a competência seria da Câmara Reservada ao Meio Ambiente, por "*cuidar-se de situação indicativa de disputa acerca de questão ambiental*" (fls. 115/121).

A Câmara Reservada ao Meio Ambiente, por sua vez, sustentou que a questão ambiental foi tratada apenas de forma secundária, não se justificando, portanto, a incidência da regra contida na Resolução TJSP 520/2010, daí porque suscitou conflito negativo de competência (fls. 128/133).

O mencionado conflito foi decidido pela Turma Especial da Seção de Direito Público, com definição da competência da 13ª Câmara de Direito Público (fls. 139/146).

Acesso ao Sumário

Remetidos os autos à 13ª Câmara de Direito Público, esta não conheceu do recurso com determinação de remessa à Seção de Direito Privado deste Tribunal, passando a Câmara a entender que a matéria, na verdade, envolve discussão sobre regularização de loteamento (fls. 152/158).

Redistribuídos os autos à 8ª Câmara de Direito Privado, novo conflito foi suscitado, porque a Câmara suscitante entende que a controvérsia não envolve discussão sobre regularização de loteamento, "*e sim de ocupação irregular de área pública classificada como de risco*" (fls. 162/171).

A douta Procuradoria Geral de Justiça, com as considerações de fls. 179/187, opinou pela procedência do conflito, reconhecendo-se a competência da 13ª Câmara da Seção de Direito Público.

É o relatório.

Nos termos do art. 100 do Regimento Interno deste E. Tribunal de Justiça, "*a competência dos diversos órgãos do Tribunal firma-se pelos termos do pedido inicial, ainda que haja reconvenção ou ação contrária ou o réu tenha arguido fatos ou circunstâncias que possam modificá-la*".

No caso destes autos, o Ministério Público pretende compelir a municipalidade "*a proceder a remoção de moradores em área de risco localizada no imóvel delimitado pela Rua Palácio Monroe (Viela II), Rua José Lopes, Avenida Fernando Mendes de Almeida (Parada de Taipas), Travessa Santo Antonio (Parada de Taipas), Ruas Natal, Maceió e Fortaleza (Vila Nova Esperança), Rua Nicolas Bravo (Vila Nardini), loteamento denominado 'Parada de Taipas', minuciosamente descrito na inicial, bem como promover as medidas necessárias para monitoramento da área e eliminação da situação de risco descrita no estudo realizado pelo Instituto de Pesquisas Tecnológicas (IPT), classificados como 'R-3 (alto)' e 'R-4 (muito alto)'*"" (fl. 04).

A ação principal, portanto, não versa sobre regularização de loteamento (o que justificaria o deslocamento da competência para a Primeira Subseção de Direito Privado), e sim sobre remoção de moradores de área considerada de alto risco, daí o reconhecimento da competência recursal da Seção de Direito Público, com apoio no artigo 3º, incisos I.2, I.10 e I.11, da Resolução TJSP nº 623/2013, ainda que os imóveis envolvidos sejam de natureza particular, porque a pretensão do autor, aqui, envolve – como objeto principal e preponderante – o exame sobre cumprimento de políticas públicas, mais especificamente sobre responsabilidade da administração em promover o adequado ordenamento do uso e preservação do solo urbano, inclusive providências para preservação de áreas de risco. Tanto que a petição inicial aponta como fundamentos jurídicos do pedido o "***dever da municipalidade de eliminar as áreas de risco***" (fl. 13) e o "***direito à moradia***" como "***dever do poder público.***" (fl. 19)

Na lição de Hely Lopes Meirelles, "*a competência dos Municípios com*

Acesso ao Sumário

assuntos de urbanismo é ampla, e decorre do preceito constitucional que lhes assegura autonomia para legislar sobre assuntos de interesse local (art. 30, I); promover, no que couber, adequado ordenamento territorial, mediante planejamento e controle do uso, do parcelamento e da ocupação do solo urbano (art. 30, VIII) e, ainda, executar a política de desenvolvimento urbano (...) é óbvio que cabe ao Município editar normas de atuação urbanística para o seu território, especialmente para a cidade, promovendo concretamente todos os assuntos que se relacionam com o uso do solo urbano, as construções, os equipamentos e as atividades que nele se localizam e dos quais dependem a vida e o bem-estar da comunidade local." ("Direito Municipal Brasileiro, Malheiros Ed., 8ª ed., pág. 381/382).

Ademais, como foi bem mencionado pela douta Procuradoria Geral de Justiça, "*trata-se, na realidade, de Ação Civil Pública proposta pela Promotoria de Justiça de Habitação e Urbanismo da Capital contra a Prefeitura do Município de São Paulo, com o propósito de que seja obrigada a tomar diversas medidas para minimizar o risco derivado de ocupação irregular de área privada (cf. fls. 11). Ainda que se tratasse de regularização de loteamento, a matéria seria eminentemente de Direito Público, em razão da obrigação de fazer pretendida pelo Ministério Público do Estado de São Paulo frente ao Município de São Paulo, responsável legal pela eliminação de riscos em áreas construídas e habitadas.*" (fl. 183).

Ante o exposto, pelo meu voto, julga-se procedente o conflito, declarando-se a competência da 13ª Câmara de Direito Público para conhecer e julgar o Agravo de Instrumento nº 0222667-16.2011.8.26.0000.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Conflito de Competência nº 0046361-90.2014.8.26.0000, da Comarca de Mirassol, em que é suscitante 33ª CÂMARA DE DIREITO PRIVADO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO, é suscitada 18ª CÂMARA DE DIREITO PÚBLICO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em Órgão Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "JULGARAM O CONFLITO PROCEDENTE E COMPETENTE A 18ª CÂMARA DE DIREITO PÚBLICO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO. V.U. IMPEDIDO O EXMO. SR. DES. FERRAZ DE ARRUDA.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 30.557)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores RENATO

Acesso ao Sumário

NALINI (Presidente sem voto), FERREIRA RODRIGUES, PÉRICLES PIZA, EVARISTO DOS SANTOS, MÁRCIO BARTOLI, JOÃO CARLOS SALETTI, LUIZ AMBRA, FRANCISCO CASCONI, PAULO DIMAS MASCARETTI, VANDERCI ÁLVARES, ARANTES THEODORO, TRISTÃO RIBEIRO, ANTONIO CARLOS VILLEN, ADEMIR BENEDITO, BORELLI THOMAZ, JOÃO NEGRINI FILHO, EROS PICELI, ELLIOT AKEL, GUERRIERI REZENDE, WALTER DE ALMEIDA GUILHERME e XAVIER DE AQUINO.

São Paulo, 3 de setembro de 2014.

ANTONIO CARLOS MALHEIROS, Relator

Ementa: DÚVIDA DE COMPETÊNCIA – Apelação Cível – Mandado de Segurança – Aumento de tarifas, relativas à água e esgoto – Tema relativo à competência afeta às Câmaras de Direito Público do Egrégio Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, consoante se infere da Resolução nº 623/2013 do Regimento Interno, desta Corte – Dúvida acolhida, reconhecida a competência da 18ª Câmara de Direito Público.

VOTO

Trata-se de dúvida suscitada pela 33ª Câmara de Direito Privado desta Corte em razão do V. Acórdão de fls. 494/498, proferido pela 18ª Câmara de Direito Público, que se deu por incompetente para o julgamento do recurso de Apelação nº 9097481-29.2008.8.26.0000, que versa sobre a majoração dos custos dos serviços municipais de fornecimento de água e esgotamento sanitário.

É o relatório.

Depreende-se da petição inicial (fls. 02/33) e dos documentos que a instruíram, tratar-se de Mandado de Segurança contra o Prefeito do Município, contra o aumento das tarifas relativas ao serviço de água e esgotamento sanitário.

A Câmara suscitada funda-se no argumento de que a natureza jurídica das tarifas é de preço público e, portanto, não são caracterizadas como tributo.

Além disso, alega que não há informação que tenha havido inadimplemento, e consequentemente execução fiscal, assim, não haveria motivos para que a competência fosse das Câmaras Especializadas da Seção de Direito Público.

Traçadas estas premissas, verifica-se que a competência para apreciar e julgar o presente é da 18ª Câmara de Direito Público do Egrégio Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

Estatui o artigo 100 do Regimento Interno do Tribunal de Justiça do

Acesso ao Sumário

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.***

O pedido formulado pelo autor é para que seja reconhecida a ilegalidade do aumento do sistema tarifário, instituído por decretos da Municipalidade de Mirassol.

A Câmara suscitada equivocou-se, ao propor que os autos fossem designados à competência das 11ª a 36ª Câmaras de Direito Privado deste Tribunal, uma vez que a discussão não está centrada em questões relativas à prestação do serviço público pela concessionária, ou obrigações bilaterais envolvendo o consumidor e aquela.

Ademais, em âmbito de primeira instância, a r. sentença em apreço considerou a condição compulsória para declarar a cobrança como taxa, espécie tributo.

Assim, pode-se aplicar a regra contida no artigo 3º, inciso II, da Resolução nº 623/2013, deste Colendo Tribunal de Justiça, que estabelece a competência da Seção de Direito Público:

"*II – 14ª, 15ª e 18ª Câmaras, com competência preferencial para as ações relativas a tributos municipais e execuções fiscais, tributárias ou não*".

Isto posto, acolhe-se a presente dúvida e julga-se competente a Colenda 18ª Câmara de Direito Público.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Conflito de Competência nº 0044571-71.2014.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é suscitante 2ª CÂMARA DE DIREITO PRIVADO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO, é suscitado 13ª CÂMARA DE DIREITO PÚBLICO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em Órgão Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "JULGARAM O CONFLITO PROCEDENTE E COMPETENTE A 2ª CÂMARA DE DIREITO PRIVADO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO. V.U. IMPEDIDO O EXMO. SR. DES. FERRAZ DE ARRUDA.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 19245)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores RENATO

Acesso ao Sumário

NALINI (Presidente sem voto), BORELLI THOMAZ, JOÃO NEGRINI FILHO, EROS PICELI, WALTER DE ALMEIDA GUILHERME, XAVIER DE AQUINO, ANTONIO CARLOS MALHEIROS, FERREIRA RODRIGUES, PÉRICLES PIZA, EVARISTO DOS SANTOS, MÁRCIO BARTOLI, JOÃO CARLOS SALETTI, LUIZ AMBRA, FRANCISCO CASCONI, PAULO DIMAS MASCARETTI, VANDERCI ÁLVARES, ARANTES THEODORO, TRISTÃO RIBEIRO, ANTONIO CARLOS VILLEN e ADEMIR BENEDITO.

São Paulo, 27 de agosto de 2014.

NEVES AMORIM, Relator

Ementa: CONFLITO DE COMPETÊNCIA – EXCLUSÃO DE COOPERADO DOS QUADROS DE COOPERATIVA – PERMISSIONÁRIA DE SERVIÇOS PÚBLICOS DE TRANSPORTE – RELAÇÃO ESTABELECIDA ENTRE PARTICULARES (COOPERADO E COOPERATIVA) – INTERESSE PÚBLICO INEXISTENTE – COMPETÊNCIA DA 2ª CÂMARA DE DIREITO PRIVADO.

VOTO

Trata-se de conflito negativo de competência, nos autos do agravo de instrumento nº 0044934-29.2012.8.26.0000, estabelecido entre as Colendas 2ª Câmara de Direito Privado (suscitante) e a 13ª Câmara de Direito Público (suscitada).

O recurso foi inicialmente distribuído à D. Câmara Suscitada, que, em decisão relatada pelo i. Desembargador Ferraz de Arruda, declinou da competência por entender que a matéria encontra-se inserida na competência da Seção de Direito Privado, nos termos da Resolução 194/2004, determinando a remessa dos autos a uma das Câmaras de Direito Privado (fls. 40/41).

Redistribuído o feito à D. Câmara Suscitante, foi proferido julgamento, relatado pelo i. Desembargador José Joaquim dos Santos, suscitando o conflito em acórdão de fls. 46/51.

A D. Procuradoria Geral de Justiça ofertou o parecer de fls. 62/67, reconhecendo a Colenda 2ª Câmara de Direito Privado competente para conhecer, processar e julgar o recurso.

É o relatório.

Trata-se de ação ajuizada por ex-cooperado contra a Cooperativa dos Trabalhadores Autônomos em Transportes de São Paulo – COOPER PAM,

Acesso ao Sumário

permissionária de serviços públicos de transporte, visando a reintegração do autor ao quadro de cooperados da ré, bem como a declaração de ilegalidade e respectiva anulação do ato que culminou no seu descredenciamento.

A Câmara suscitada (13ª Câmara de Direito Público) não conheceu do recurso, por entender que a matéria encontra-se inserida na competência da seção de Direito Privado, nos termos da resolução 194/2004.

Já a Câmara suscitante (2ª de Direito Privado), entendeu que "trata-se de ação declaratória tendo como objeto ato praticado pela cooperativa (exclusão imotivada do autor dos quadros da ré), permissionária de serviço público. E, como cediço, aos órgãos da Seção de Direito Público, compreendendo-se, dentre outros, os relativos a controle e cumprimento de atos administrativos (art. 2º, II, "a", da Resolução nº 194, de 29 de dezembro de 2004).

A d. Procuradoria Geral de Justiça, em seu parecer, asseverou que:

"*A Cooperativa dos Trabalhadores Autônomos em Transportes de São Paulo – COOPER PAM é uma sociedade cooperativa de responsabilidade limitada, sem fins lucrativos, regida pela Lei nº 5.764/71, que mantém com a prefeitura do Município de São Paulo vínculo de permissionária, originário em licitação pública, ou seja, é responsável pela organização administrativa dos serviços de transporte. Em razão de ausência de vínculo jurídico entre o autor-agravado e a permissionária, de acordo com a COOPER PAM, não lhe foi permitido continuar operando no Sistema de Transporte Público de Passageiros.*

Trata-se, in casu*, de questão de natureza privada, porquanto, segundo a agravante, o autor não detém a condição de prestador de serviço de transporte público, vez que não é filiado à permissionária de serviço público (cf. fls. 02/38).*

Aplica-se, aqui, o disposto no artigo 5º, inciso I.37 da Resolução nº 623/2013 deste C. Tribunal de Justiça, que assim dispõe em relação à competência residual da C. Primeira Subseção de Direito Privado:

'1.37 – todos os demais feitos que, regidos pelo direito privado, não sejam de competência recursal de outras seções do Tribunal de Justiça, tampouco das subseções Segunda e Terceira de Direito Privado' ".

Respeitado o entendimento do ilustre Relator Sorteado, a análise da competência deve considerar tanto a pessoa jurídica que integra a lide, quanto a natureza da questão de direito material debatida nos autos e, no caso em questão, não se vislumbra matéria pertinente ao direito público.

Com efeito, a relação estabelecida é entre particulares (cooperado e cooperativa) e de cunho patrimonial, não havendo qualquer discussão referente à relação jurídica entre a concessionária e o poder público.

Nesse sentido, já se posicionou este Órgão Especial, quando do julgamento do Conflito de Competência nº 0087028-55.2013.8.26.0000, relatado pelo nobre Des. Grava Brazil, em 14 de agosto de 2013, assim assentado:

Acesso ao Sumário

"*O fato de a cooperativa atuar como permissionária de serviço público de transporte, por si, não influi na fixação da competência, pois, como se sabe, não é a qualidade da parte, mas sim os termos do pedido inicial que firmam a competência dos órgãos deste Tribunal, em atenção ao art. 100, do Regimento Interno.*

A relação entre cooperado e cooperativa permissionária de serviço público, em especial no que diz respeito ao cumprimento dos deveres pelo cooperado, situa-se no âmbito do direito privado, de modo que a competência para o julgamento da demanda pertence à Primeira Subseção de Direito Privado, nos termos do art. 2º, III, a*, da Resolução nº 194/2000, deste C. Órgão Especial*".

Assim, pelo meu voto, julgo procedente o conflito, afirmando-se a competência da 2ª Câmara de Direito Privado.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Conflito de Competência nº 0033209-72.2014.8.26.0000, da Comarca de Franca, em que é suscitante 5ª CÂMARA DE DIREITO PÚBLICO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO, é suscitada 9ª CÂMARA DE DIREITO PRIVADO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em Órgão Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "POR MAIORIA DE VOTOS, JULGARAM O CONFLITO PROCEDENTE E COMPETENTE UMA DAS CÂMARAS COMPREENDIDAS ENTRE A 11ª E A 38ª QUE COMPÕEM A 2ª E 3ª SUBSEÇÕES DE DIREITO PRIVADO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 29.906)**

Acesso ao Sumário

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores RENATO NALINI (Presidente sem voto), MÁRCIO BARTOLI, PAULO DIMAS MASCARETTI, VANDERCI ÁLVARES, ARANTES THEODORO, TRISTÃO RIBEIRO, ADEMIR BENEDITO, BORELLI THOMAZ, ELLIOT AKEL e FERREIRA RODRIGUES, julgando o conflito procedente e competente uma das Câmaras compreendidas entre a 11ª e a 38ª que compõe a 2ª e 3ª subseções de Direito Privado do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo; e LUIZ AMBRA, ANTONIO CARLOS VILLEN, LUIZ ANTONIO DE GODOY, NEVES AMORIM, JOÃO NEGRINI FILHO, EROS PICELI, WALTER DE ALMEIDA GUILHERME, XAVIER DE AQUINO, ANTONIO CARLOS MALHEIROS, julgando o conflito procedente e competente a 5ª Câmara de

Direito Público do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

São Paulo, 30 de julho de 2014.

PÉRICLES PIZA, Relator

Ementa: Conflito de competência. Deslocamento de poste de energia elétrica, interferindo diretamente na entrada e saída de veículos na garagem de residência particular. Não se há cogitar pelo simples fato de estar no polo passivo da demanda uma concessionária de serviço público ser a matéria afeta a Seção de Direito Público. A competência deve ser fixada em razão da matéria e não da qualidade da parte envolvida (Resolução nº. 623/2013, art. 5º, § 1º e Regimento Interno TJSP, art. 100). Precedentes deste C. Órgão Especial. Suscitação procedente. Competência de uma das Câmaras que integram a Segunda e a Terceira Subseções do D. Privado desta Corte de Justiça.

VOTO

I – Trata-se de **Conflito de Competência** em Apelação contra sentença proferida pelo MM. Juiz de Direito da 1ª Vara Cível da Comarca de Franca, que julgou procedente a demanda a fim de condenar a CPFL (Companhia Paulista de Força e Luz) na obrigação **de fazer** consistente na retirada do questionado poste de energia de frente da garagem do requerente *Pedro Fidélis da Silva Neto*, recolocando-o na divisa dos imóveis. A fim de assegurar o comando judicial foi estipulado prazo de 30 (trinta) dias, sob pena de multa diária, no importe de R$ 500,00 (quinhentos reais) dia, numerário, que por hipótese, seria revertido ao requerente (cf. fls. 64/73).

O manejo recursal interposto foi inicialmente distribuído à Colenda 9ª Câmara da Seção de Direito Privado, que deixou de conhecê-lo por se tratar de serviço público de energia, de modo que a competência para apreciação e julgamento do feito pertence a uma das Câmaras da Seção de Direito Público, apontou, para tanto, a Resolução nº 194/2004 e Provimento nº 63/2004 desta Corte de Justiça (cf. fls. 117/120).

Redistribuído o recurso à Colenda 5ª Câmara da Seção de Direito Público, tal, por sua vez, deixou de conhecer do recurso de apelação e suscitou o presente conflito de competência, por não entender como motivo justificador de deslocamento de competência o simples fato de uma das partes envolvidas na lide ser concessionária de serviço público (cf. fls. 129/133).

A douta Procuradoria-Geral de Justiça opinou pela improcedência do

Acesso ao Sumário

conflito, para reconhecer a competência da suscitada, à Egrégia 9ª Câmara da Seção de Direito Privado deste Tribunal de Justiça (fls. 139/146).

É o relatório.

II – Em que pese o entendimento esposado pelos eminentes integrantes da Colenda 9ª Câmara da Seção de Direito Privado, a sua Seção compete julgar a apelação versada nestes autos, tendo sido correta a declinação da competência realizada pela 5ª Câmara da Seção de Direito Público.

Com efeito, da simples leitura da peça vestibular, verifica-se que o objeto da demanda visa **o mero deslocamento do poste de energia elétrica** que, na atual situação, inviabiliza o fácil acesso de seu automotor na garagem.

Sem maiores delongas, irrefutável a competência em razão da matéria, a se valer do simples critério de qualidade da parte envolvida (concessionária de serviço público).

No ponto nevrálgico da presente demanda, não se vislumbra embate no que tange ao fornecimento de energia elétrica, mas sim, como já dito, mera remoção do poste.

Nesse sentido, já se manifestou o pleno deste C. Órgão Especial:

"*Conflito de competência. Recurso inicialmente distribuído à 15ª Câmara da Seção de Direito Privado e que, redistribuído à 8ª Câmara da Seção de Direito Público, gerou a suscitação de dúvida. Ação em que se pleiteia cobrança das parcelas em atraso referentes à prestação dos serviços de distribuição de água e coleta de esgoto. Matéria vinculada à Seção de Direito Privado.* ***Competência recursal determinada pela matéria discutida e não pela qualidade da parte. Resolução 194/2004 e Anexo I do Provimento nº 063/2004 do Tribunal de Justiça de São Paulo****. Conflito procedente e fixação da competência da 15ª Câmara da Seção de Direito Privado*" (Conflito de Competência nº 0204900-28.2012.8.26.0000, relator Des. Kioitsi Chicuta, j. 05.12.2012).

Um ponto deve ser levantado.

A competência é, em regra, afeta a Segunda e Terceira Subseções do Direito Privado, composta pelas 11ª a 38ª Câmaras, conforme norma vazada no art. 5º, § 1º.

Nesses casos, a teor do disposto no § 1º, do art. 5º da Resolução nº 623/2013, publicada no Diário Oficial de 06.11.2013:

"*Art. 5º – A seção de Direito Privado, formada por 19 (dezenove) Grupos, numerados ordinalmente, cada um deles integrado por 2 (duas) Câmaras, em ordem sucessiva, é constituída por 38 (trinta e oito) Câmaras, também numeradas ordinalmente, e subdividida em 3 (três) Subseções, assim distribuídas:*

(...)

Acesso ao Sumário

§ 1º – Serão de competência preferencial e comum às Subseções Segunda e Terceira, composta pelas 11ª a 36ª Câmaras as ações relativas à locação ou prestação de serviços, regidas pelo Direito Privado, inclusive as que envolvam obrigações irradiadas de contratos de prestação de serviços escolares e de ***fornecimento de*** *água, gás,* ***energia elétrica*** *e telefonia;*".

Regra em consonância com o disposto no artigo 100, do Regimento Interno deste Tribunal:

"*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.*"

Portanto, de conformidade em razão dos fundamentos retromencionados, a competência para julgar a presente ação é da Seção de Direito Privado desta Corte, compreendidas entre 11ª e 38ª Câmaras que compõem a Segunda e Terceira Subseções.

Por derradeiro, rendo homenagens ao sensível parecer da d. Procuradoria-Geral de Justiça que caminhou no mesmo sentido desta decisão (cf. fls. 139/146).

Ante o exposto, julgo procedente o conflito, reconhecendo a competência de uma das Câmaras compreendidas entre a 11ª e a 38ª que compõem a Segunda e Terceira Subseções de Direito Privado desta Corte de Justiça, à qual os autos devem ser remetidos para julgamento do recurso interposto.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Conflito de Competência nº 2075178-33.2014.8.26.0000, da Comarca de São José do Rio Preto, em que é suscitante ARANTES ALIMENTOS LTDA., são suscitados MM. JUIZ DE DIREITO DA 8ª VARA CÍVEL DE SÃO JOSÉ DO RIO PRETO e 16ª CÂMARA DE DIREITO PRIVADO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em Órgão Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "NÃO CONHECERAM DO CONFLITO. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 16.342)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores RENATO NALINI (Presidente sem voto), XAVIER DE AQUINO, ANTONIO CARLOS MALHEIROS, FERREIRA RODRIGUES, PÉRICLES PIZA, MÁRCIO BARTOLI, JOÃO CARLOS SALETTI, LUIZ AMBRA, FRANCISCO CASCONI, PAULO DIMAS MASCARETTI, VANDERCI ÁLVARES, ARANTES THEODORO, TRISTÃO RIBEIRO, ANTONIO CARLOS

Acesso ao Sumário

VILLEN, ADEMIR BENEDITO, LUIZ ANTONIO DE GODOY, NEVES AMORIM, BORELLI THOMAZ, JOÃO NEGRINI FILHO, FERRAZ DE ARRUDA, EROS PICELI, ELLIOT AKEL e GUERRIERI REZENDE.

São Paulo, 20 de agosto de 2014.

WALTER DE ALMEIDA GUILHERME, Relator

Ementa: Conflito de Competência – Arantes Alimentos Ltda. suscitou o presente em face do Juízo de Direito da 8ª Vara Cível da Comarca de São José do Rio Preto e da Colenda 16ª Câmara da Seção de Direito Privado, sob a alegação de que a 8ª Vara Cível deveria ter competência exclusiva para os atos de execução e expropriação dos bens do grupo Arantes, de modo que, em consequência, deveria ser suspenso qualquer ato neste sentido oriundo da 16ª Câmara de Direito Privado desta Corte – Inexistência, na hipótese, de conflito entre órgãos de Seções diversas do Tribunal – Inteligência do artigo 13, I, "e", do Regimento Interno desta Corte – Conflito não conhecido.

VOTO

Arantes Alimentos Ltda. suscitou, nesta Corte, conflito de competência entre o MM. Juiz de Direito da 8ª Vara Cível da Comarca de São José do Rio Preto e a 16ª Câmara de Direito Privado desta Corte. Aduz ser '*parte interessada na solução deste conflito de competência, surgido entre o Juízo Recuperacional, onde tramita seu pedido de recuperação judicial e a 16ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo. Isto, para que o Grupo Arantes possa ter um único Juízo determinado os atos de expropriação de seus bens, com o objetivo de obter o maior sucesso em sua recuperação judicial.*' (fls. 2).

Foi determinada, em caráter excepcional, a oitiva preliminar das nobres autoridades apontadas na inicial. A Egrégia 16ª Câmara de Direito Privado manifestou-se no sentido de que '*não considera haver colidência nem interferência quanto à conduta deste juízo colegiado com a do juízo da recuperação judicial, acreditando, sempre s.m.j., que na espécie em exame o caso é de rejeitar o conflito de competência.*' (fls. 1.160/1.161). O MM. Juiz da 8ª Vara Cível de São José do Rio Preto informou que foram concedidas recuperações judiciais de determinadas empresas, sendo que *foi homologado o Plano de Recuperação Judicial do citado grupo econômico* (fls. 1.163/1.220). Manifestaram-se, também, DM Promomarket Recursos Humanos e Marketing Profissional Ltda. (fls. 1.071/1.076) e Arantes Alimentos Ltda. (fls. 1.097/1.104).

Acesso ao Sumário

A D. Procuradoria Geral de Justiça manifestou-se pelo não conhecimento do conflito (fls. 1.222/1.227).

É o relatório do essencial.

De fato, o conflito não comporta conhecimento. Determina o artigo 13, inciso I, letra "e", do Regimento Interno do Tribunal de Justiça que compete a este Colendo Órgão Especial processar e julgar originariamente os conflitos de competência entre Órgãos do Tribunal de Justiça pertencentes a Seções Diversas, o que não ocorre na hipótese ora *sub judice*, a toda evidência.

Como bem anotou a D. Procuradoria Geral de Justiça, em parecer da lavra do Procurador de Justiça Rossini Lopes Jota e do Promotor de Justiça Lycurgo de Castro Santos:

'*No caso presente, não há conflito entre Órgãos do Tribunal de Justiça pertencentes a Seções diversas. Ao contrário, o que se verifica é irresignação da suscitante com o v. acórdão proferido pela C. 16ª Câmara da Seção de Direito Privado, especialmente nos autos do Agravo de Instrumento nº 0076444-94.2011.8.26.0000, que decidiu favoravelmente à empresa DM Promomarket Recursos Humanos e Marketing Promocional Ltda., de maneira a manter a constrição sobre determinado valor monetário, malgrado entender a suscitante que o crédito desta empresa esteja sujeito ao plano de recuperação judicial, nos moldes da Lei nº 11.101/2005.*'.

Ressalto que, em caso semelhante, este C. Órgão Especial decidiu, em acórdão assim encapsulado: '*Dúvida de competência – Inexistência – Ausência de dúvida ou conflito de competência entre os Colendos Órgãos desta Egrégia Corte – Dúvida de competência não conhecida* (TJSP, Órgão Especial, DC n. 0000393-71.2013.8.26.0000, Rel. Des. Roberto Mac Cracken, j. em 27.03.2013).'. Extraio do referido voto: '*... a presente dúvida de competência não deve ser conhecida, pois, nos termos do artigo 13, inciso I, alínea "e", do Regimento Interno deste Egrégio Tribunal de Justiça, os suscitantes não apresentaram, efetivamente, qualquer espécie de dúvida ou conflito entre os Colendos Órgãos integrantes desta Egrégia Corte.*'.

Ex positis, **não se conhece do presente conflito de competência**.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Conflito de Competência nº 0036115-35.2014.8.26.0000, da Comarca de Urupês, em que é suscitante 5ª CÂMARA DE DIREITO PÚBLICO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO, é suscitada 1ª CÂMARA DE DIREITO PRIVADO

DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em Órgão Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "JULGARAM O CONFLITO PROCEDENTE E COMPETENTE A 5ª CÂMARA DE DIREITO PÚBLICO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO. V.U. IMPEDIDO O EXMO. SR. DES. ELLIOT AKEL.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 24.419/14)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores RENATO NALINI (Presidente sem voto), ARANTES THEODORO, TRISTÃO RIBEIRO, ANTONIO CARLOS VILLEN, ADEMIR BENEDITO, LUIZ ANTONIO DE GODOY, NEVES AMORIM, BORELLI THOMAZ, JOÃO NEGRINI FILHO, EROS PICELI, GUERRIERI REZENDE, WALTER DE ALMEIDA GUILHERME, XAVIER DE AQUINO, ANTONIO CARLOS MALHEIROS, FERREIRA RODRIGUES, PÉRICLES PIZA, EVARISTO DOS SANTOS, MÁRCIO BARTOLI, JOÃO CARLOS SALETTI, ROBERTO MORTARI, LUIZ AMBRA, FRANCISCO CASCONI e PAULO DIMAS MASCARETTI.

São Paulo, 17 de setembro de 2014.

VANDERCI ÁLVARES, Relator

Ementa: Conflito de competência. Concessionária de serviço público. Ação indenizatória por ilícito extracontratual. Morte de transeunte, por eletroplessão, em razão de fio de alta tensão caído ao chão, por suposta falta de manutenção da rede elétrica. Procedência decretada em 1º grau. Distribuição do recurso de apelo à 1ª Câmara de Direito Privado. Recurso não conhecido, com redistribuição à 5ª Câmara de Direito Público. Conflito negativo suscitado.

1. A divergência antes existente em torno dessa questão, pertinente à competência para apreciar e julgar recursos oriundos de ações indenizatórias por responsabilidade civil extracontratual de concessionários e permissionários de serviço público, hoje cedeu à definição alcançada por este Colegiado, na alteração promovida pela Resolução 684/2014 ao inciso I.7, do artigo 3º, da Resolução 623/2013, que, estabelecendo a competência da Seção de Direito Público, especificamente de suas câmaras 1ª a 13ª, passou a ter a seguinte redação:

Acesso ao Sumário

"I.7 – Ações de responsabilidade civil do Estado, inclusive as decorrentes de ilícitos extracontratuais de concessionárias e permissionárias de serviço público, que digam respeito à prestação de serviço público, ressalvado o disposto no item III.15 do art. 5º desta Resolução; ...".

2. Julgaram procedente o conflito, definindo a 5ª Câmara de Direito Público, ora suscitada, como competente para apreciar e julgar o recurso de apelação.

VOTO

1. Trata-se de conflito de competência suscitado pela **5ª Câmara de Direito Público** do Tribunal de Justiça, em face de remessa determinada pela suscitada **1ª Câmara de Direito Privado**, que não conheceu de recurso de apelação interposto em ação indenizatória por danos morais e materiais manejada por Antonio Sérgio Paterro e outros contra Companhia Nacional de Energia Elétrica, em razão da morte do filho dos autores, decorrente de eletroplessão resultante da queda de fio de alta tensão na via pública por onde transitava a vítima, evento atribuído à falta de manutenção na rede elétrica.

É o sucinto relatório.

Voto.

2. A matéria versada nos autos da apelação onde instaurado este conflito refere-se à pretensão de indenização pelo evento letal que vitimou o filho dos autores, supostamente decorrente de manutenção inadequada dos fios de alta tensão da rede elétrica de responsabilidade da concessionária Companhia Nacional de Energia Elétrica.

A Colenda Câmara suscitante afirma competir à suscitada o exame da matéria, em face do disposto no Provimento nº 07/2007, em seu inciso XXVIII, invocando, ainda, a Resolução nº 605/2013.

A 1ª Câmara de Direito Privado, por seu turno, traz como suporte ao seu entendimento o quanto disposto na Resolução nº 194/2004 e Provimento 63/2004.

***Data venia* dos fundamentos legais trazidos, a questão deve ser decidida à luz da recente Resolução nº 648/2014, deste Órgão Especial.**

A divergência antes existente em torno dessa questão, pertinente à competência para apreciar e julgar recursos oriundos de ações indenizatórias por responsabilidade civil extracontratual de concessionários e permissionários de serviço público, hoje cedeu à definição alcançada por este Colegiado, na alteração promovida no inciso I.7, do artigo 3º, da Resolução 623/2013, que,

Acesso ao Sumário

estabelecendo a competência da Seção de Direito Público, especificamente de suas Câmaras 1ª a 13ª, passou a ter a seguinte redação:

"***I.7 – Ações de responsabilidade civil do Estado, inclusive as decorrentes de ilícitos extracontratuais de concessionárias e permissionárias de serviço público, que digam respeito à prestação de serviço público, ressalvado o disposto no item III.15 do art. 5º desta Resolução; ...***".

Já aplicando a nova regra de competência, assim se posicionou o Órgão Especial, no julgamento do Conflito de Competência nº 0030182-81.2014.8.26.0000, em data de 2/7/2014, pelo voto do eminente Desembargador Antonio Luiz Pires Neto:

> "***CONFLITO DE COMPETÊNCIA. Ação que versa sobre indenização por danos materiais. Responsabilidade extracontratual de concessionário de serviço público. Recente alteração do inciso i.7, do art. 3º, da Resolução nº 623/2013, que passou a prever de forma específica a competência da Seção de Direito Público para julgamento de recursos envolvendo questões dessa natureza. ... Conflito procedente. Competência da Quinta Câmara de Direito Público***".

E, mais recentemente:

> "***Conflito de competência. Responsabilidade civil extracontratual de concessionária de serviço público. Aplicação do artigo 3º, item i.7, da Resolução nº 623/2013, modificado pela Resolução nº 648/2014, do Órgão Especial. Competência de uma das Câmaras de Direito Público desta Corte. Conflito julgado procedente. Fixada a competência da Câmara suscitada (3ª de Direito Público)***".
>
> **(CC nº 0198699-83.2013.8.26.0000, j. 30/07/2014, rel. Des. Márcio Bartoli).**

Não havendo mais dúvida sobre o tema, julgo procedente o conflito para definir a suscitante, colenda 5ª Câmara de Direito Público, como competente para o julgamento do recurso de apelação.

3. ***Ex positis*****, pelo meu voto, julgo procedente o conflito, definindo a 5ª Câmara de Direito Público, ora suscitante, como competente para apreciação e julgamento do recurso de apelo.**

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Conflito de Competência nº 0038143-73.2014.8.26.0000, da Comarca de Jales, em que é suscitante 8ª

CÂMARA DE DIREITO PÚBLICO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO, é suscitada 26ª CÂMARA DE DIREITO PRIVADO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em Órgão Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "JULGARAM O CONFLITO PROCEDENTE E COMPETENTE A 26ª CÂMARA DE DIREITO PRIVADO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO. V.U. IMPEDIDO O EXMO. SR. DES. PAULO DIMAS MASCARETTI.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 23.259)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores RENATO NALINI (Presidente sem voto), ROBERTO MORTARI, LUIZ AMBRA, FRANCISCO CASCONI, VANDERCI ÁLVARES, ARANTES THEODORO, TRISTÃO RIBEIRO, ANTONIO CARLOS VILLEN, ADEMIR BENEDITO, LUIZ ANTONIO DE GODOY, NEVES AMORIM, JOÃO NEGRINI FILHO, NUEVO CAMPOS, EROS PICELI, ELLIOT AKEL, GUERRIERI REZENDE, XAVIER DE AQUINO, ANTONIO CARLOS MALHEIROS, FERREIRA RODRIGUES, PÉRICLES PIZA, EVARISTO DOS SANTOS e MÁRCIO BARTOLI.

São Paulo, 24 de setembro de 2014.

JOÃO CARLOS SALETTI, Relator

Ementa: CONFLITO DE COMPETÊNCIA – "Ação de indenização por dano material" – Acidente de trânsito envolvendo veículo de propriedade do Município de Três Fronteiras – Nos termos da Resolução nº 623/2013, é competente a Subseção de Direito Privado III para o julgamento das "ações de reparação de dano causado em acidente de veículo, ainda que envolvam a responsabilidade civil do Estado, concessionárias e permissionárias de serviços de transporte, bem como as que digam respeito ao respectivo seguro, obrigatório ou facultativo" – Precedentes do Órgão Especial – Conflito julgado procedente, competente a Câmara suscitada (26ª Câmara de Direito Privado).

Acesso ao Sumário

VOTO

A r. sentença de fls. 109/114 julgou improcedente a "ação de indenização por dano material". Opostos embargos, foram rejeitados (fls. 124/125).

Apelou o autor (fls. 127/134). O corréu José Guilherme Basso Menardi

respondeu (fls. 137/140).

O recurso foi distribuído, por prevenção, à 26ª Câmara de Direito Privado, tendo como Relator o Desembargador VIANNA COTRIM (fls. 145). Essa Câmara dele não conheceu e determinou a remessa a uma dentre as 1ª e 13ª Câmaras da Seção de Direito Público (fls. 146/152), ao argumento de que,

> "Em princípio, a despeito do agravo de instrumento nº 1.289.599-0/2 ter sido equivocadamente apreciado por este Relator, é inaplicável a regra de prevenção do artigo 102 do atual Regimento Interno deste Tribunal de Justiça, visto que a 26ª Câmara da Seção de Direito Privado não tem competência material para o julgamento do feito.
>
> "...
>
> "A presente demanda versa sobre responsabilidade civil objetiva do Estado, pois diz respeito a acidente de trânsito envolvendo automóvel pertencente à prefeitura de Três Fronteiras, conduzido por funcionário a seu serviço.
>
> "Trata-se de ação relativa à responsabilidade civil do Estado, cuja competência era da antiga seção de Direito Público do Tribunal de Justiça (Provimento nº 63/04, Anexo I, inciso VII), agora cometida às Colendas 1ª a 13ª Câmaras da Seção de Direito Público desta Corte por força do inciso II, letra *a* do art. 2º da Resolução nº 194/2004."

O feito foi então redistribuído à 8ª Câmara de Direito Público, Relator o Desembargador JARBAS GOMES (fls. 156), Colegiado esse que igualmente não conheceu do apelo e determinou a redistribuição à Seção de Direito Privado (fls. 159/164), porque,

> "Pelo exame dos autos, constata-se a causa de pedir da presente ação emerge, efetivamente, do acidente de trânsito envolvendo autor e corréu, e que, em tese, viabilizaria a pretensão indenizatória.
>
> "Com efeito, a nova redação do artigo 103 do Regimento Interno desta Corte estabelece que '*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*'. Por seu turno, explicita o artigo 104 que '*a competência em razão da matéria, do objeto ou do título jurídico é extensiva a qualquer espécie de processo ou tipo de procedimento*'.
>
> "Neste sentido, nos termos da Resolução nº 194, de 9.12.2004, que disciplina a integração dos extintos Tribunais de Alçada, com a redação que lhe foi dada pela Resolução nº 605, de 19.6.2013, ambas editadas pelo Colendo Órgão Especial desta Corte e recepcionadas pelo Regimento Interno, nos termos do artigo 288 deste, a competência para a apreciação de lides dessa natureza caberia às 25ª a 36ª Câmaras de Direito Privado

Acesso ao Sumário

deste Tribunal. ...

"...

"Assim, com a devida vênia, a competência para julgamento do feito é da 26ª Câmara de Direito Público, que não conheceu do presente recurso e determinou sua redistribuição".

O conflito de competência foi inicialmente distribuído ao Desembargador PAULO DIMAS MASCARETTI (fls. 168), que pediu a redistribuição visto integrar a Câmara suscitante. Foi então ao Desembargador ROBERTO MAC CRACKEN, vindo a mim em virtude do término da sua investidura no Órgão Especial (art. 68 RI).

A douta Procuradoria Geral de Justiça manifestou-se pela competência da 26ª Câmara de Direito Privado (fls. 175/180).

É o relatório.

1. Como "regra, a competência recursal fixada em razão da matéria leva em consideração a *causa petendi* remota, isto é, o fato gerador do direito", consoante já afirmou v. decisão do C. Órgão Especial (Dúvida de Competência nº 183.628.0/2-00, relator o Desembargador BORIS KAUFFMANN, j. 18.11.2009, v.u.). Define-se a competência dos diversos órgãos da Corte pelos termos do pedido inicial, estabelece o artigo 100 do Regimento Interno, tendo a norma por pressuposto lógico a causa de pedir que lhe dê sustentação.

2. A pretensão veiculada neste feito é de "indenização por dano material" (fls. 2/10). Sustenta o autor que

"No dia 08/04/2009, por volta de 15 horas e 35 minutos, José Guilherme Basso Menardi conduzia o veículo Fiat Uno, que é de propriedade e estava a serviço do Município de Três Fronteiras (prefeitura), pela Avenida João Amadeu, sentido Centro à Santa Casa, quando resolveu virar à esquerda para pegar a Rua 9, com a intenção de retornar. Porém, logo após ter iniciado a manobra, verificou que tal manobra era proibida, inclusive, consta placa neste sentido no local.

"Ao tentar corrigir o erro, o motorista ..., de maneira imprudente, engatou a marcha ré de seu veículo, pouco se importando com os que atrás transitavam.

"Por ter se tratado de manobra brusca, José Cassimiro de Lima Filho, que vinha logo atrás com seu veículo Fiat Strada, transitando de maneira tranquila, mas atenta, respeitando as normas do Código de Trânsito Brasileiro, tentou parar o mesmo, não conseguindo, contudo, fazê-lo a tempo. Como consequência, ambos os veículos colidiram, havendo um grande prejuízo para o requerente. As áreas atingidas dos veículos podem ser comprovadas através do Boletim de Ocorrência ..."

Acesso ao Sumário

Daí o pedido de indenização que o autor formula em face do condutor do veículo causador do dano e da Prefeitura Municipal de Três Fronteiras.

Essa a demanda.

3. Nos termos da Resolução nº 623/2013, art. 5º, III.15, compete à Terceira Subseção de Direito Privado, composta pelas 25ª a 36ª Câmaras, o julgamento preferencial das

> "ações de reparação de dano causado em acidente de veículo, ainda que envolvam a responsabilidade civil do Estado, concessionárias e permissionárias de serviços de transporte, bem como as que digam respeito ao respectivo seguro, obrigatório ou facultativo ...".

Referida disposição já havia sido objeto da Resolução nº 605/2013, que alterou o art. 2º, III, alínea "c", da Resolução nº 194/2004.

No caso, não está envolvida a responsabilidade civil do Estado, de forma direta.

A Resolução em apreço teve em mira atribuir a um só conjunto de Câmaras da Corte a competência para conhecer e julgar as ações de **reparação de dano causado em acidente de veículo**. Para assim resolver, o C. Órgão Especial considerou "*a necessidade de fixar a competência para julgamento das ações que versem sobre acidentes com veículos*" e "*ainda a reiteração de conflitos de competência em ações nas quais se cuida de Responsabilidade Civil do Estado*".

A intenção do Tribunal, portanto, foi enfeixar a competência para julgar essas ações somente na Seção de Direito Privado III, para evitar a suscitação de novos conflitos de competência "em ações nas quais se cuida de Responsabilidade Civil do Estado".

Enfim, como o pedido formulado nesta demanda não é outro senão o de obtenção de indenização por dano causado em acidente de trânsito, envolvendo veículo da Prefeitura local, a competência é mesmo da Terceira Subseção de Direito Privado (25ª a 36ª Câmaras).

Acesso ao Sumário

O C. Órgão Especial, no julgamento do Conflito de Competência nº 0166943-56.2013.8.26.0000 (j. 11.12.2013), em voto da lavra do E. Desembargador ANTONIO LUIZ PIRES NETO,

> "De fato, depois de um período de muita controvérsia, com posicionamentos divididos entre a competência da Seção de Direito Público e a competência da Seção de Direito Privado, o C. Órgão Especial, finalmente, em Sessão realizada no dia 12/06/2013, aprovou a Resolução nº 605/2013, alterando o artigo 2º, inciso III, alínea "c", da Resolução nº 194/2004 ...
>
> "Assim sendo, existindo norma específica tratando da questão antes

controvertida, é caso de aplicá-la neste caso concreto, reconhecendo-se a competência da Câmara suscitada (Seção de Direito Privado), como, aliás, tem decidido este C. Órgão Especial em casos semelhantes:

"DÚVIDA DE COMPETÊNCIA. AÇÃO DE REPARAÇÃO DE DANOS. ACIDENTE DE VEÍCULOS. Ação de reparação de danos decorrente de acidente de veículo, promovida em face da concessionária de transporte público. Competência recursal regulada pela Resolução nº 194/04, com as alterações advindas da Resolução nº 605/2013, dispondo que as ações de reparação de dano causado em acidente de veículo, ainda que envolvam a responsabilidade civil do Estado, concessionárias e permissionárias de serviços de transporte, é de competência das Colendas Câmaras Integrantes da Subseção de Direito Privado 3. Dúvida de competência acolhida. Competência da Colenda 27ª (Vigésima Sétima) Câmara de Direito Privado desta Egrégia Corte" (CONFLITO DE COMPETÊNCIA nº 0130445-58.2013.8.26.0000. Rel. Des. Roberto Mac Cracken, j. 21/08/2013).

"CONFLITO DE COMPETÊNCIA. Acidente de veículo. Ação fundada na culpa do condutor do veículo. Culpa aquiliana. Responsabilidade objetiva do Estado não caracterizada. Inexistência de interesse público. Aplicação da Resolução 605/2013, que modificou a alínea 'c', do inciso III, do artigo 2º da Resolução nº 194/2004, incluindo na competência da 25ª à 36ª Câmaras de Direito Privado ações que versem sobre reparação de dano causado em acidente de veículo, ainda que envolvam a responsabilidade civil do Estado. Precedentes deste C. Órgão Especial. Suscitação procedente. Competência da 30ª Câmara de Direito Privado" (CONFLITO DE COMPETÊNCIA nº 0137872-09.2013.8.26.0000, Rel. Des. Péricles Piza, j. 28/08/2013).

"CONFLITO DE COMPETÊNCIA. Ação de indenização por danos morais e materiais ajuizada contra CMTC, GRAJATUR e SPTRANS. Pretensão de reparação de dano. Competência da Seção de Direito Privado em face da nova redação, dada pela Resolução nº 605/2013 do Órgão Especial, ao artigo 2º, III, 'c', da Resolução nº 194/2004. Causa de pedir é a responsabilidade civil do Estado, ou de suas concessionárias e/ou permissionárias, em face, ao menos em tese, de dano causado por seus agentes. Conflito procedente. Competência da própria Câmara suscitante" (CONFLITO DE COMPETÊNCIA nº 0134886-82.2013.8.26.0000, Rel. Des. Walter de Almeida Guilherme, j. 28/08/2013)."

4. Ante o exposto, julgo procedente o conflito e competente a Câmara suscitada (26ª Câmara de Direito Privado).

É meu voto.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Conflito de Competência nº 0039465-31.2014.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é suscitante 11ª CÂMARA DE DIREITO PRIVADO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO, é suscitada 6ª CÂMARA DE DIREITO PÚBLICO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em Órgão Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "POR MAIORIA DE VOTOS, JULGARAM O CONFLITO PROCEDENTE E COMPETENTE A 6ª CÂMARA DE DIREITO PÚBLICO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO. IMPEDIDO O EXMO. SR. DES. EVARISTO DOS SANTOS.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 26.816)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores RENATO NALINI (Presidente sem voto), ANTONIO CARLOS MALHEIROS, FERREIRA RODRIGUES, PÉRICLES PIZA, MÁRCIO BARTOLI, JOÃO CARLOS SALETTI, LUIZ AMBRA, FRANCISCO CASCONI, PAULO DIMAS MASCARETTI, VANDERCI ÁLVARES, ARANTES THEODORO, TRISTÃO RIBEIRO, ANTONIO CARLOS VILLEN, JOÃO NEGRINI FILHO, EROS PICELI, ELLIOT AKEL, GUERRIERI REZENDE e WALTER DE ALMEIDA GUILHERME, julgando o conflito procedente e competente a 6ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo; e ADEMIR BENEDITO e BORELLI THOMAZ, julgando o conflito procedente e competente a 11ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

São Paulo, 3 de setembro de 2014.

XAVIER DE AQUINO, Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: CONFLITO DE COMPETÊNCIA – Reintegração de Posse – Autorização de uso concedida por empresa de economia mista – CPTM. Matéria afeta à Câmara de Direito público por se tratar de discussão acerca de uso de bem público – Competência que, diante dos termos do artigo 103 do RITJSP é aferida pelo pedido inicial – Irrelevância, para fins de fixação de competência, da natureza da parte – Interesse Público inerente – Inteligência do artigo 3º, I.7, da Resolução nº 623/2013 do Órgão Especial –

Conflito procedente, para declarar a competência da 6ª Câmara de Direito Público.

VOTO

Trata-se de conflito negativo de competência suscitado pela 11ª Câmara de Direito Privado deste Tribunal de Justiça nos autos de ação de reintegração de posse de espaço público, julgada parcialmente procedente.

Alega a Colenda Câmara suscitante que consoante se verifica da petição inicial a autora, CPTM – Companhia Paulista de Trens Metropolitanos cedeu típico espaço público à Ré pretendendo, com a ação, a retomada do mesmo, informando cuidar-se de Autorização de uso. A matéria, assim, é de competência da 6ª Câmara de Direito Público, ora suscitada, razão pela qual pleiteia a procedência do presente conflito, com a determinação de remessa dos autos à Colenda Câmara suscitada.

Recebidos os autos, sobreveio o parecer do douto representante do Ministério Público, pelo reconhecimento da competência da Colenda 6ª Câmara de Direito Público desta Corte.

É o relatório.

O conflito é de ser julgado procedente, declarando-se a competência da Colenda 6ª Câmara de Direito Público para processar e julgar o recurso.

Com efeito, colhe-se da peça inicial que a COMPANHIA PAULISTA DE TRENS METROPOLITANOS – CPTM, sociedade de economia mista, na qualidade de proprietária/possuidora da Estação Ferroviária de Santo Amaro, cedeu alguns espaços para terceiros naquela localidade, destinados à exploração comercial, mediante a celebração de Autorização de Uso (CAU) destinado à formalização da cessão; em julho de 2010 a Autora notificou a Ré à desocupação do espaço cedido diante da impossibilidade de renovar a autorização; esgotado o prazo sem a desocupação, caracterizado o esbulho possessório, pretende a reintegração na posse do espaço.

Pese o entendimento da Colenda Câmara suscitada, trata-se de reintegração de área cedida para ocupação através de "Termo de Autorização de Uso", celebrado entre a autora, Companhia Paulista de Trens Metropolitanos – CPTM e a Requerida. Tal documento tem natureza estritamente administrativa, consistindo em ato negocial, unilateral e discricionário, através do qual a Administração permite ao particular se utilize de determinado **bem público**, como no caso trazido à análise pela exordial. Este é o entendimento de Hely Lopes Meirelles, que acrescenta que essas autorizações "são comuns para a ocupação em terrenos baldios, para a retirada de água em fontes não abertas ao uso comum do povo e para outras utilizações de interesses de certos

Acesso ao Sumário

particulares"[1].

Assim sendo, a competência para processamento e julgamento do recurso é da Colenda Câmara suscitada, 6ª Câmara de Direito Público desta Corte, ao teor do que dispõe o artigo 3º, I.7, da Resolução nº 623/2013.[2]

De se observar que consoante dispõe o artigo 103 do Regimento Interno deste Tribunal de Justiça, ***verbis***: "**Art. 103**. 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." (**g.n.**)

Neste diapasão, não se há indagar a natureza da parte, aqui a Companhia Metropolitana de Trens Metropolitanos, porque o que importa é que houve a cessão de bem público, mediante celebração de Autorização de Uso, ensejando, assim, a análise do tema pela Seção de Direito Público e, ***in casu***, pela Colenda Câmara suscitada.

Este é o entendimento da Corte, consubstanciado nos seguintes julgados:

"***202604-96.2013.8.26.0000*** *Conflito de Competência/Posse*

Relator: *Itamar Gaino*

Comarca: *São Paulo*

j. em *05/02/2014*

Ementa. Conflito de Competência. Ação de Reintegração de Posse cc. Ação de cobrança. Bem imóvel. Espaço comercial em estação ferroviária. Permissão de uso concedida a particular por empresa de economia mista. A competência para processar e julgar ação de reintegração de posse de bem imóvel de domínio público, cedido, a título precário, por meio de termo de permissão de uso, por empresa de economia mista a particular, é da Seção de Direito Público. Inteligência do artigo 3º, inciso I.7, da Resolução n. 623/2013. Reconhecida a competência da 4ª Câmara de Direito Público para processar e julgar o recurso. Conflito de competência procedente";

"***CONFLITO DE COMPETÊNCIA nº 0186280-31.2013.8.26.0000***

Relator: PÉRICLES PIZA

j. em 18/11/2013

Conflito de Competência. Ação de reintegração de posse. Autorização de uso concedida por empresa de economia mista – CPTM. Matéria afeta à Câmara de Direito Público por se tratar de discussão acerca de uso sobre bem público. Interesse Público inerente. Expressa disposição na alínea IX do provimento nº 63/2004 da Presidência desta Corte. Precedentes deste órgão Especial. Conflito acolhido para declarar como competente

Acesso ao Sumário

1 *DIREITO ADMINISTRATIVO BRASILEIRO*. São Paulo: Malheiros; 38ª ed., 2011, pg. 583

2 Resolução 623/2013, artigo 3º, I.7: "*Ações de Responsabilidade Civil do Estado, de apossamento administrativo, de desistência de ato expropriatório, de* ***uso e ocupação de bem público...***"

a 1ª Câmara de Direito Público."

"***CONFLITO DE COMPETÊNCIA Nº 0147764-73.2012.8.26.0000***

Relator: SILVEIRA PAULILLO

J. em 29/12/2012

CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA – Uso especial de bem público – A autorização de uso é, por excelência, como todos sabem, ato unilateral, discricionário e precário por força do qual a Administração consente na prática de atividade, ordinariamente empresarial, sobre bem público. O instituto nada tem a ver com a Seção de Direito Privado deste egrégio Tribunal porquanto encerra contrato de direito público informado pelo interesse público, ainda que consubstanciado em modesta renda para sociedade e economia mista pertencente à administração indireta estadual, vinculada à Secretaria de Transportes Metropolitanos – Competência recursal da Seção de Direito Público – Conflito de competência conhecido para pronunciar a competência recursal da 11ª Câmara de Direito Público.".

Diante do exposto, acolho o presente Conflito, declarando a competência da Colenda 6ª Câmara de Direito Público deste Tribunal de Justiça, determinando a remessa dos autos.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Conflito de Competência nº 0056808-40.2014.8.26.0000, da Comarca de Jaú, em que é suscitante 12ª CÂMARA DE DIREITO PÚBLICO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO, é suscitada CÂMARA ESPECIAL DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em Órgão Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "JULGARAM O CONFLITO PROCEDENTE E COMPETENTE A CÂMARA ESPECIAL DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO. V.U. IMPEDIDOS OS EXMOS. SRS. DES. EROS PICELI E TRISTÃO RIBEIRO.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 19.008)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores RENATO NALINI (Presidente sem voto), NUEVO CAMPOS, ELLIOT AKEL, GUERRIERI REZENDE, XAVIER DE AQUINO, ANTONIO CARLOS MALHEIROS, FERREIRA RODRIGUES, PÉRICLES PIZA, EVARISTO DOS SANTOS, MÁRCIO BARTOLI, JOÃO CARLOS SALETTI, ROBERTO MORTARI, LUIZ AMBRA, FRANCISCO CASCONI, PAULO DIMAS MASCARETTI, VANDERCI ÁLVARES, ARANTES THEODORO,

Acesso ao Sumário

ANTONIO CARLOS VILLEN, ADEMIR BENEDITO, LUIZ ANTONIO DE GODOY e NEVES AMORIM.

São Paulo, 24 de setembro de 2014.

JOÃO NEGRINI FILHO, Relator

Ementa: CONFLITO DE COMPETÊNCIA – PEDIDO DE ALUGUEL SOCIAL ("AUXÍLIO-ALUGUEL") REALIZADO POR CRIANÇAS E ADOLESCENTES DA MESMA FAMÍLIA, POR INTERMÉDIO DE SUA GENITORA, EM FACE DO MUNICÍPIO DE JAÚ – PLEITO CALCADO EM RISCO DE ACOLHIMENTO INSTITUCIONAL DOS MENORES CASO PERMANEÇAM NA RESIDÊNCIA ATUAL, NA QUAL NÃO HÁ CONDIÇÕES DE HABITAÇÃO, PRINCIPALMENTE EM RAZÃO DE CONFLITOS, BRIGAS E AGRESSÕES ENVOLVENDO SEUS GENITORES, SEPARADOS JUDICIALMENTE, E A AVÓ PATERNA, QUE RESIDEM TODOS NA MESMA CASA JUNTAMENTE COM OS MENORES – Matéria que se insere na competência da CÂMARA ESPECIAL, nos termos do art. 33, INC. IV, DO REGIMENTO INTERNO E DO ART. 148, INC. IV, DO ECA – Conflito dirimido e julgado procedente, para fixar a competência CÂMARA ESPECIAL DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO, A SUSCITADA.

VOTO

Trata-se de conflito negativo de competência instaurado pela 12ª Câmara de Direito Público desta Corte em face da decisão proferida pela Câmara Especial do Tribunal de Justiça, que se deu por incompetente para o julgamento da Apelação Cível nº 0001866-93.2012.8.26.0302, a qual versa sobre pedido de aluguel social ("auxílio-aluguel") formulado em face do Município de Jaú por menores com receio de serem submetidos a acolhimento institucional caso não possam se mudar para outra residência, com adequadas condições de habitação, com sua genitora, a qual não tem condições de arcar sozinha com o aluguel, dada a situação de dificuldade financeira por que tem passado.

A Câmara Especial (suscitada), por seu relator, Des. Silveira Paulilo, argumenta não ser objeto da demanda a adequação ou inadequação do ambiente

Acesso ao Sumário

familiar para desenvolvimento saudável dos menores, inexistindo indícios, outrossim, de risco de acolhimento institucional. Aduz que o feito trata, na realidade, de pedido de auxílio-moradia de pessoa maior e capaz (a genitora) em face do Poder Público, nos termos da seguinte ementa (fls. 166/168):

> "*Apelação. Ação de obrigação de fazer para pagamento de aluguel social. Crianças que residem com a família extensa. Questão envolvendo a necessidade de deixar a residência familiar que deve ser objeto de outro processo. Análise do direito ao aluguel social em si. Possíveis reflexos no bem estar da criança que não têm o condão de deslocar a competência para a Vara da Infância. Recurso não conhecido com determinação de remessa dos autos à Secção de Direito Público.*"

Por sua vez, o Des. Edson Ferreira, da 12ª Câmara de Direito Público (suscitante), também proferiu voto deixando de conhecer do recurso e instaurou conflito negativo de competência, ante a constatação de que a ação tramitou em Vara da Infância e Juventude e de que a Câmara Especial tornou-se preventa para julgamento do apelo, nos termos do art. 102 do RITJSP, por já ter proferido decisão em sede de agravo de instrumento (fls. 187/190).

É o relatório.

Trata-se de conflito negativo de competência instaurado pela 12ª Câmara de Direito Público desta Corte em face da decisão proferida pela Câmara Especial, que se deu por incompetente para o julgamento da Apelação Cível nº 0001866-93.2012.8.26.0302.

A demanda versa sobre pedido de aluguel social a menores que desejam mudar de residência, por entenderem que os problemas de convivência entre seus genitores e a avó paterna, inclusive com episódios de brigas e agressões, pode resultar em acolhimento institucional. Esclarecem que os pais estão separados judicialmente, mas que permanecem convivendo na mesma casa em razão da impossibilidade de a mãe, empregada doméstica sem emprego formal, custear o aluguel de outra moradia. Salientam, na petição inicial, que a diretriz base do ECA é a convivência familiar (o acolhimento em instituição é medida excepcional), argumento que, associado ao direito à moradia digna, permite o recebimento, pela Municipalidade de Jaú, de aluguel social, máxime porque a genitora dos autores não tem condições financeiras de arcar com o aluguel de outra residência.

Assim, considerando que os autores da demanda são quatro menores (crianças e adolescentes); que a ação foi expressamente endereçada à Vara da Infância e Juventude; e que a causa de pedir está intimamente ligada a diretrizes e formas de proteção prescritas no ECA, cumpre reconhecer que a competência recursal pertence, de fato, ao órgão suscitado, ainda que o pedido possa interessar

Acesso ao Sumário

também à genitora dos autores ou que, a princípio, não haja provas suficientes que deem embasamento à procedência do pleito (questão de mérito).

O artigo 33, inc. IV, do Regimento Interno deste Tribunal dispõe claramente que a Câmara Especial é competente para processar e julgar os processos originários e os recursos em matéria de Infância e Juventude.

Além disso, o art. 148, inc. IV, do ECA estabelece ser competência da Justiça de Infância e Juventude "*conhecer de ações civis fundadas em interesses individuais, difusos ou coletivos afetos à criança e ao adolescente (...)*.". O caso em tela, sem nesga de dúvida, se trata de ação civil fundada em interesse individual de menores.

Observo, demais disso, que o STJ já exarou entendimento no sentido de que a petição inicial deve ser interpretada como um todo, de forma lógico-sistemática, e não considerando apenas o capítulo relativo ao "pedido", seja para fins de fixação da competência, seja para verificar a existência de coisa julgada ou julgamento fora do pedido:

> "*PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS À EXECUÇÃO. EXCESSO NA CONTA. GRATIFICAÇÃO ESPECIAL DE LOCALIDADE. INCLUSÃO DE PARCELAS REMUNERATÓRIAS ESTRANHAS À LIDE E INCIDÊNCIA DA GEL SOBRE ELAS. LIMITES DA LIDE. CAUSA DE PEDIR E PEDIDO. COISA JULGADA. OFENSA CARACTERIZADA.*
>
> *1. A coisa julgada, contida no dispositivo da decisão judicial transitada em julgado, está delimitada pelo pedido e pela causa de pedir apresentadas na exordial, devendo a execução do título executivo judicial processar-se nos exatos limites da demanda, de acordo com o que foi estabelecido no dispositivo. Precedentes.*
>
> ***2. O pedido inicial deve ser interpretado em consonância com a pretensão deduzida, esta extraída da interpretação lógico-sistemática da exordial como um todo, e não apenas do capítulo relativo ao 'pedido'. Precedentes.***
>
> *3. Limitando-se o pedido dos Autores exclusivamente ao recebimento da Gratificação de Localidade Especial, é de se ver reconhecer que desborda dos limites da lide (pedido e causa de pedir) a pretensão de receber parcelas remuneratórias diversas, o que foi observado pelo provimento judicial transitado em julgado, que não fez qualquer menção nos autos a respeito do pagamento de qualquer outra vantagem.*
>
> *4. É descabida, portanto, a inclusão nos cálculos apresentados pelos Exequentes das vantagens remuneratórias – ajuda de custo e auxílio-alimentação – que não foram objeto de discussão na ação ordinária n.º 2001.71.01.000348-1.*
>
> *5. Recurso especial conhecido e provido.*"
>
> (REsp 1104357/RS, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, julgado em 16/02/2012, DJe 05/03/2012 – grifei)

Acesso ao Sumário

"*PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO. PRINCÍPIO DA CONGRUÊNCIA. JULGAMENTO EXTRA PETITA. NÃO OCORRÊNCIA. INTERPRETAÇÃO LÓGICO-SISTEMÁTICA DA PETIÇÃO INICIAL.*

1. Consoante o princípio da congruência, exige-se a adequada correlação entre o pedido e o provimento judicial, sob pena de nulidade por julgamento citra, extra ou ultra petita, a teor do que prescrevem os arts. 128 e 460 do Código de Processo Civil.

2. A pretensão deduzida em juízo não se limita a determinado capítulo da petição inicial, merecendo atenção do julgador tudo o que se pode extrair mediante interpretação lógico-sistemática das razões apresentadas. Precedentes.

3. In casu, não se verifica a ocorrência de julgamento extra petita, uma vez que a sentença, ao condenar a ré ao pagamento de pensão vitalícia, ateve-se ao que pleiteado pelo autor no corpo da petição inicial, não obstante na sua parte final tenha requerido o pagamento de complementação de aposentadoria em face da invalidez.

4. Recurso especial a que se nega provimento."

(REsp 874430/MA, Rel. Ministro RAUL ARAÚJO, QUARTA TURMA, julgado em 25/10/2011, DJe 07/12/2011 – grifei)

Em razão disso, ainda que o pedido, na espécie, seja de benefício social relativo a moradia, o fundamento fático-jurídico para o recebimento deste benefício por menores decorre diretamente de regras estabelecidas pelo ECA quanto às condições básicas de convivência familiar.

Por fim, é mister registrar que a Câmara Especial está preventa para o julgamento do feito, visto já ter proferido decisão em sede de agravo de instrumento (autos em apenso), segundo o que dispõe o art. 102 do RITJSP.

Diante de todo o exposto, e respeitado o entendimento em sentido diverso, a competência recursal para julgamento do presente recurso é da Câmara Especial do Tribunal de Justiça.

Assim sendo, julga-se PROCEDENTE o conflito de competência e determino a remessa dos autos à Câmara Especial desta Corte, a suscitada.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Conflito de Competência nº 0049388-81.2014.8.26.0000, da Comarca de Jaú, em que é suscitante 34ª CÂMARA DE DIREITO PRIVADO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO, é suscitada 12ª CÂMARA DE DIREITO PÚBLICO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em Órgão Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "JULGARAM O CONFLITO PROCEDENTE E COMPETENTE A 34ª CÂMARA DE DIREITO PRIVADO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 31.221)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores RENATO NALINI (Presidente sem voto), MÁRCIO BARTOLI, JOÃO CARLOS SALETTI, ROBERTO MORTARI, LUIZ AMBRA, FRANCISCO CASCONI, PAULO DIMAS MASCARETTI, VANDERCI ÁLVARES, ARANTES THEODORO, TRISTÃO RIBEIRO, ANTONIO CARLOS VILLEN, ADEMIR BENEDITO, LUIZ ANTONIO DE GODOY, NEVES AMORIM, JOÃO NEGRINI FILHO, JOSÉ DAMIÃO PINHEIRO MACHADO COGAN, NUEVO CAMPOS, EROS PICELI, ELLIOT AKEL, GUERRIERI REZENDE, XAVIER DE AQUINO, ANTONIO CARLOS MALHEIROS, FERREIRA RODRIGUES e PÉRICLES PIZA.

São Paulo, 1 de outubro de 2014.

EVARISTO DOS SANTOS, Relator

Ementa: CONFLITO DE COMPETÊNCIA.

Ação de obrigação de fazer. Remoção de poste de energia elétrica da COMPANHIA PAULISTA DE FORÇA E LUZ – CPFL. Distribuição inicial à 6ª Câmara de Direito Privado que determinou a remessa a uma das Câmaras de Direito Público. Redistribuída à 12ª Câmara de referida Seção, ela entendeu ser a demanda da competência da 11ª a 38ª Câmaras da Seção de Direito Privado. Redistribuído à 34ª Câmara suscitou-se dúvida de competência perante o Órgão Especial por entender tratar-se de matéria afeta ao Direito Público. Resolução nº 623/2013 que estabelece a competência preferencial das 11ª a 38ª Câmaras de Direito Privado para julgamento de ações relativas ao contrato de prestação de serviço de energia elétrica. Irrelevante figure como parte autarquia municipal ou concessionário de serviço público. Precedentes. Competência da 34ª Câmara de Direito Privado para apreciar a demanda (Art. 201 do RITJ).

Conflito procedente, competente a Câmara Suscitante.

Acesso ao Sumário

VOTO

1. Trata-se de **conflito de competência** suscitado pela **Eg. 34ª Câmara de Direito Privado** (fls. 134/139), em face de v. aresto da **Eg. 12ª Câmara de Direito Público** (fls. 123/126) em **ação de obrigação de fazer** para remoção de poste de energia elétrica, instalado em frente ao imóvel da autora, proposta contra COMPANHIA PAULISTA DE FORÇA E LUZ – CPFL (02/11).

É o relatório.

2. Procedente o conflito.

Entendendo tratar-se de matéria da Seção de Direito Público a **Eg. 6ª Câmara de Direito Privado**, não conheceu do recurso, determinando a remessa dos autos para redistribuição (fls. 113/116).

A **Eg. 12ª Câmara de Direito Público** declinou a competência para apreciação e julgamento no presente feito – **ação de obrigação de fazer** para remoção de poste de energia elétrica instalado em frente ao imóvel da autora, proposta contra COMPANHIA PAULISTA DE FORÇA E LUZ – CPFL (02/11) – entendendo tratar-se de matéria das **11ª a 38ª Câmaras da Seção de Direito Privado** (fls. 123/126).

Redistribuídos à **Eg. 34ª Câmara de Direito Privado** (fls. 130), esta entendeu ser caso de suscitar dúvida de competência ao **Eg. Órgão Especial** por julgar ser matéria afeta a uma dentre as **Câmaras de Direito Público** (fls. 134/139).

Daí o presente conflito (fls. 144).

Trata-se de **ação de obrigação de fazer** proposta contra COMPANHIA PAULISTA DE FORÇA E LUZ – CPFL.

Sustentou a autora a **responsabilidade** da ré em remover poste de sustentação e distribuição de energia elétrica localizado na frente da residência da autora.

Daí a procedência da ação para condenar a requerida na obrigação pleiteada (fls. 09/10).

Irrelevante figurar como parte autarquia municipal ou o fornecimento de luz ser prestado pela administração direta ou indireta. Firma-se a competência recursal no âmbito desse **Eg. Tribunal de Justiça *ratione materiae*** e **não *ratione personae***. Já firmada a competência da Sessão de Direito Privado em feito semelhante, também ajuizado contra o Serviço Autônomo de Água e Esgoto de Guarulhos – SAAE (CC nº 0.258.757-86.2012.8.26.0000 – Rel. Des. **KIOITSI CHICUTA** – v.u. j. de 23.01.13).

A **competência recursal** se estabelece pelos termos do pedido contido na inicial, conforme dispõe o **art. 100 do RITJ-SP**:

"*A competência dos diversos órgãos do Tribunal firma-se pelos*

Acesso ao Sumário

*termos do **pedido inicial**, ainda que haja reconvenção ou ação contrária ou o réu tenha arguido fatos ou circunstâncias que possam modificá-la*" (grifei).

Inúmeros acórdãos deslocavam a competência para a **Seção de Direito Público**, ou por integrar a lide entidade pública ou pela natureza objetiva da responsabilidade civil invocada.

Essa situação já **não** subsiste.

A **Resolução nº 623/13** do Tribunal de Justiça, estabeleceu a competência preferencial das **11ª a 38ª Câmaras da Seção de Direito Privado** para o exame de ações desta natureza ("*§ 1º. **Serão da competência preferencial e comum** às Subseções Segunda e Terceira, composta pelas 11ª a 38ª Câmaras, **as ações relativas à locação ou prestação de serviços**, regidas pelo Direito Privado, inclusive as que envolvam obrigações irradiadas de contratos de prestação de serviços escolares e de fornecimento de água, gás, energia elétrica e telefonia.*" – grifei – art. 5º, § 1º).

Assim agora aqui se tem decidido: CC nº 0.018795-40.2012.8.26.0000 – v.u. j. de 03.10.12 – Rel. Des. **LUIZ PANTALEÃO** e CC nº 0.022.860.10.2014.8.26.0000 – v.u. j. de 28.05.14 – Rel. Des. **GUERRIERI REZENDE**, dentre outras no mesmo sentido.

Ora, razoável identificar, no caso em exame – remoção de poste –, serviço (art. 102, IX da Resolução ANEEL nº 414/10 – "*Os serviços cobráveis, realizados mediante solicitação do consumidor, são os seguintes (...) remoção de poste;*" – fls. 47) irradiado de contrato de prestação de serviços de energia elétrica, a **firmar** como competente para julgar o presente feito a **Eg. 34ª Câmara de Direito Privado**.

Procedente o conflito, nos termos do **art. 201 do Regimento Interno**, firmo a competência da **Eg. 34ª Câmara de Direito Privado** para apreciar e julgar o presente recurso.

3. Julgo procedente o conflito e competente a suscitante Eg. 34ª Câmara de Direito Privado.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Conflito de Competência nº 0200083-81.2013.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é suscitante 38ª CÂMARA DE DIREITO PRIVADO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO, é suscitada 5ª CÂMARA DE DIREITO PÚBLICO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em Órgão Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "JULGARAM O CONFLITO PROCEDENTE E COMPETENTE A 38ª CÂMARA DE DIREITO PRIVADO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 26.947)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores RENATO NALINI (Presidente sem voto), PÉRICLES PIZA, EVARISTO DOS SANTOS, MÁRCIO BARTOLI, JOÃO CARLOS SALETTI, ROBERTO MORTARI, LUIZ AMBRA, FRANCISCO CASCONI, PAULO DIMAS MASCARETTI, VANDERCI ÁLVARES, ARANTES THEODORO, TRISTÃO RIBEIRO, ANTONIO CARLOS VILLEN, ADEMIR BENEDITO, LUIZ ANTONIO DE GODOY, NEVES AMORIM, BORELLI THOMAZ, JOÃO NEGRINI FILHO, EROS PICELI, ELLIOT AKEL, GUERRIERI REZENDE, WALTER DE ALMEIDA GUILHERME, XAVIER DE AQUINO e ANTONIO CARLOS MALHEIROS.

São Paulo, 17 de setembro de 2014.

FERREIRA RODRIGUES, Relator

Ementa: CONFLITO DE COMPETÊNCIA. Ação principal que versa sobre validade e cumprimento de contrato de previdência privada. Matéria que não se enquadra na definição de 'questões previdenciais' a que se refere o artigo 3º da Resolução 623/2013 para justificar a alegação de competência da Seção de Direito Público. Precedentes deste C. Órgão Especial. Competência recursal que, na verdade, deve ser atribuída à Seção de Direito Privado, mas, não com base na sua competência residual (art. 5º, I.37), e sim com apoio no artigo 5º, III.8, da mesma Resolução, diante do entendimento de que esse tipo de contrato tem natureza securitária (REsp. 306.155-MG, 3ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, Rel. Min. Nancy Andrighi, j. 19/11/01). Conflito julgado procedente, reconhecida a competência da 38ª Câmara de Direito Privado.

Acesso ao Sumário

VOTO

Trata-se de conflito de competência suscitado pela 38ª Câmara de Direito Privado, em razão de a 5ª Câmara de Direito Público ter-se dado por incompetente para conhecer da Apelação Cível nº 0141643-54.2011.8.26.0100,

interposto nos autos da Ação Ordinária nº 770/2011, que versa sobre contrato de previdência privada.

A C. 5ª Câmara de Direito Público (suscitada) entende que embora "*a petição inicial e a peça de defesa mencionem contrato de previdência privada, o que aqui se discute não é qualquer uma das suas cláusulas, mas sim o vício de vontade no momento da contratação*" (fl. 232), daí resultando a competência da Seção de Direito Privado.

A 38ª Câmara de Direito Privado (suscitante), por sua vez, sustenta que em se tratando de ação que versa sobre plano de previdência privada, a competência é da Seção de Direito Público (fls. 244/247).

A douta Procuradoria Geral de Justiça, com as considerações de fls. 254/256, opinou pela procedência do conflito, reconhecendo-se a competência da Primeira Subseção de Direito Privado.

É o relatório.

Nos termos do art. 103 do Regimento Interno deste E. Tribunal de Justiça, "*a competência dos diversos órgãos do Tribunal firma-se pelos termos do pedido inicial, ainda que haja reconvenção ou ação contrária ou o réu tenha arguido fatos ou circunstâncias que possam modificá-la*".

No caso destes autos, o autor entende ter sido prejudicado em contratos de previdência privada celebrados com a instituição ré em razão dos quais teria aplicado a quantia de R$ 12.070,84 e, quando do resgate, teve direito ao crédito de apenas R$ 5.377,15, que corresponde a menos de 50% do valor investido, daí porque pede a restituição da diferença, com acréscimo de indenização pelos danos sofridos.

Em casos dessa natureza, envolvendo "*questões previdenciais*", a competência vinha sendo atribuída à Seção de Direito Público, mas, recentemente, no julgamento do Conflito de Competência nº 0191001-26.2013.8.26.0000, de que foi relator o Desembargador Arantes Theodoro, j. 05/02/2014, este C. Órgão Especial passou a distinguir entre previdência dos servidores públicos e previdência contratada por particulares para – com base nessa diferenciação – estabelecer que somente a primeira pode ser enquadrada na hipótese do artigo 3º, inciso I.1, da Resolução TJSP nº 623/2013: "*Ações relativas a concursos públicos, servidores públicos em geral, questões previdenciais e ações fundadas na Lei Estadual nº 4.819/1958*":

> "*Competência recursal. Propositura que versa sobre contrato de previdência privada. Julgamento afeto às Câmaras da 1ª Subseção de Direito Privado. Expressão 'questões previdenciais', contida no art. 3º da Resolução 623/2013, que não pode ser compreendida fora do contexto. Inexistência de motivo para se supor que o dispositivo tenha querido alocar na Seção de Direito Público não apenas as demandas pertinentes à previdência dos servidores públicos, como, ainda, as fundadas em*

contratos celebrados por particular com entidades abertas e regidos pelo direito privado. Conflito acolhido".

Com relação aos contratos de Previdência Privada, portanto, a competência deve ser atribuída à Seção de Direito Privado, não com base na sua competência residual, como inicialmente havia sido decidido, mas, com apoio no artigo 5º, inciso III.8, da mesma Resolução, que prevê a competência da Terceira Subseção para as "*ações e execuções referentes a seguro de vida e acidentes pessoais*", pois, existe entendimento consolidado no C. Superior Tribunal de Justiça no sentido de que esse tipo de contrato tem natureza securitária:

"*A participação no plano oferecido pela previdência privada ocorre com a celebração do contrato previdenciário. Através deste negócio jurídico o participante transfere à entidade certos riscos sociais ou previdenciários, mediante o pagamento de contribuições, a fim de que, ocorrendo determinada situação prevista contratualmente, obtenha da entidade benefícios pecuniários ou prestação de serviços. A obrigação da entidade previdenciária, portanto, é atividade de natureza securitária*" (REsp. 306.155-MG, 3ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, v. un., Relª. Min.ª Nancy Andrighi, em 19/11/01, DJ de 25/2/02, p. 377).

Ante o exposto, pelo meu voto, julga-se procedente o conflito, declarando-se a competência da 38ª Câmara de Direito Privado para conhecer e julgar a Apelação nº 0141643-54.2011.8.26.0100.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Conflito de Competência nº 0051363-41.2014.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é suscitante CÂMARA ESPECIAL DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO, é suscitada 8ª CÂMARA DE DIREITO CRIMINAL DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em Órgão Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "JULGARAM O CONFLITO PROCEDENTE E COMPETENTE A 8ª CÂMARA CRIMINAL DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO. V.U. IMPEDIDO O EXMO. SR. DES. EROS PICELI.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 24334)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores JOSÉ RENATO NALINI (Presidente sem voto), FRANCISCO CASCONI, PAULO DIMAS MASCARETTI, VANDERCI ÁLVARES, ARANTES THEODORO, TRISTÃO RIBEIRO, ANTONIO CARLOS VILLEN, ADEMIR BENEDITO,

Acesso ao Sumário

LUIZ ANTONIO DE GODOY, NEVES AMORIM, JOÃO NEGRINI FILHO, NUEVO CAMPOS, ELLIOT AKEL, GUERRIERI REZENDE, XAVIER DE AQUINO, ANTONIO CARLOS MALHEIROS, FERREIRA RODRIGUES, PÉRICLES PIZA, EVARISTO DOS SANTOS, MÁRCIO BARTOLI, JOÃO CARLOS SALETTI e ROBERTO MORTARI.

São Paulo, 24 de setembro de 2014.

LUIZ AMBRA, Relator

Ementa: Conflito de competência – Matéria criminal – Execução de sentença – Agravo contra decisão da 5ª Vara de Execuções Criminais da Capital, que se limitou a rejeitar exceção de incompetência oferecida pelo Ministério Público – Alegação de que a execução tocaria ao Juízo da Comarca do cumprimento da pena, em Reginópolis no interior do Estado – Conflito incorretamente suscitado, distribuído o agravo à 8ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça, não havia porque deixar de apreciá-lo, num sentido ou no outro – Remessa descabida à Câmara Especial do Tribunal de Justiça, e de lá a este Órgão Especial, como anotado pela Procuradoria de Justiça – Provimento, para retorno dos autos à 8ª Câmara Criminal, a fim de promover o julgamento do agravo.

VOTO

Trata-se de conflito de competência em matéria criminal, instaurado pelo acórdão de fls. 62/66, da Câmara Especial do Tribunal de Justiça. Ao agravar a fls. 3/5, o Ministério Público arguira a ilegalidade de disposição normativa desta Corte, subtraindo competência ao Juízo natural da execução para regular o cumprimento da pena padecida pelo interessado. Na penitenciária de Reginópolis este a cumprir pena, ali a execução respectiva haveria ter lugar, e não na Capital.

Processado o conflito, a fls. 80/83 a douta Procuradoria de Justiça se manifestou pelo provimento, reconhecida a competência da 8ª Câmara Criminal para o julgamento do agravo oportunamente interposto.

Consta do acórdão transcrito a fl. 65, da relatoria do Desembargador Camilo Lellis, que a irresignação teria perdido objeto, tratar-se-ia de "***questão superada*** *pelo advento da Lei Complementar Estadual nº 1208/2013, que alterou a Organização e Divisão Judiciárias do Estado*", no artigo 1º, § 8º.

Inobstante, para que possa ser considerada prejudicada ou não, há primeiro que decidir a quem toca o julgamento do agravo interposto, como assinalado no

Acesso ao Sumário

despacho inicial, a fls. 72/73. Contra a decisão de fl. 12 que rejeitou a alegada incompetência do Juízo *a quo*. Daí o processamento, que então se determinou.

O parecer da douta Procuradoria de Justiça merece confirmação, pelos próprios fundamentos.

Razão não havia, *data venia*, para que o acórdão de fls. 50/53 remetesse os autos do presente agravo à Câmara Especial do Tribunal de Justiça. Que, bem por isso, por outro acórdão (fls. 62/66) se declarou incompetente, remeteu os autos a este Órgão Especial para instauração de conflito.

É que, na 5ª Vara das Execuções Criminais da Capital, limitara-se o Juízo a rejeitar exceção de incompetência ajuizada pelo Ministério Público. Interposto o competente recurso, foi distribuído à 8ª Câmara Criminal desta Corte, a quem cumpria proferir a respectiva decisão, num sentido ou no outro.

Quer dizer, ***entre órgãos do Poder Judiciário*** inexistira qualquer dúvida acerca da competência de um ou de outro. A 5ª Vara de Execuções, pelo contrário, assumira sua competência, sequer provocado o Juízo responsável pelo presídio de Reginópolis, onde o réu cumpre pena. O Ministério Público é que entendia o contrário, daí porque a questão deveria ser decidida nos termos em que posta a irresignação recursal.

Nem outra coisa entendeu a Câmara Especial a fls. 63/65, com razão. Cumprindo, agora, tão somente, baixando os autos a 8ª Criminal decidir do agravo interposto, nos termos em que aparelhado. Para tanto, a presente decisão.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Conflito de Competência nº 0059211-79.2014.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é suscitante 4ª CÂMARA DE DIREITO PÚBLICO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO, é suscitada 25ª CÂMARA DE DIREITO PRIVADO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em Órgão Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "JULGARAM O CONFLITO PROCEDENTE E COMPETENTE A 25ª CÂMARA DE DIREITO PRIVADO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO. V.U. IMPEDIDO O EXMO. SR. DES. FERREIRA RODRIGUES.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 25.363)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores JOSÉ RENATO NALINI (Presidente sem voto), TRISTÃO RIBEIRO, ADEMIR BENEDITO, LUIZ ANTONIO DE GODOY, NEVES AMORIM, BORELLI

Acesso ao Sumário

THOMAZ, JOÃO NEGRINI FILHO, JOSÉ DAMIÃO PINHEIRO MACHADO COGAN, FERRAZ DE ARRUDA, EROS PICELI, ELLIOT AKEL, GUERRIERI REZENDE, XAVIER DE AQUINO, ANTONIO CARLOS MALHEIROS, PÉRICLES PIZA, EVARISTO DOS SANTOS, MÁRCIO BARTOLI, JOÃO CARLOS SALETTI, ROBERTO MORTARI, FRANCISCO CASCONI e PAULO DIMAS MASCARETTI.

São Paulo, 15 de outubro de 2014.

ARANTES THEODORO, Relator

Ementa: Conflito de Competência. Ação de indenização por danos atribuídos a acidente de trânsito. Julgamento que incumbe às Câmaras que formam a Terceira Subseção de Direito Privado. Irrelevância da particularidade de se cuidar de propositura contra concessionário de transporte coletivo. Resoluções nºs 605/2013 e 623/2013. Conflito acolhido, reconhecida a competência da suscitada.

VOTO

Cuida-se de Conflito de Competência suscitado por Câmara da Seção de Direito Público relativamente a Câmara da Seção de Direito Privado no tocante ao julgamento de recurso extraído de autos de ação de indenização por danos atribuídos a acidente de trânsito.

A Câmara integrante da Seção de Direito Privado negou sua competência ao argumento de se cuidar de demanda que envolve concessionária de serviço público de transporte coletivo de passageiros, o que impunha reconhecer a competência das Câmaras de Direito Público porque a elas cabe julgar as ações de responsabilidade civil extracontratual do Estado, suas concessionárias e permissionárias.

A Câmara integrante da Seção de Direito Público, de seu turno, apontou sua incompetência pela assertiva de se cuidar de feito atinente à responsabilidade civil por acidente com veículo automotor, situação versada na Resolução TJSP nº 605/203, tendo então suscitado o presente conflito.

A Procuradoria de Justiça opinou pelo reconhecimento da competência da Câmara da Seção de Direito Privado.

É o relatório.

Na linha traçada pelo Provimento nº 63, de 2 de setembro de 2004, a Resolução nº 194, editada em 9 de dezembro do mesmo ano, conferia às Câmaras que formavam a Seção de Direito Público do Tribunal de Justiça a

Acesso ao Sumário

incumbência de julgar as ações acerca de "*responsabilidade civil do Estado (...) bem como ilícitos extracontratuais de concessionários e permissionários de serviço público*".

O entendimento então firmado é que tal previsão abarcava as ações atinentes a acidente automobilístico, desde que baseadas na responsabilidade civil de concessionário ou permissionário de serviço público.

O fato, no entanto, é que aquele entendimento não mais subsiste.

Com efeito, a Resolução nº 605, de 19 de junho de 2013, veio a carrear especificamente às Câmaras que formam a Terceira Subseção de Direito Privado o julgamento daquela sorte de demanda.

Isto é, das ações "*de reparação de dano causado em acidente de veículo, ainda que envolvam a responsabilidade civil do Estado, concessionárias e permissionárias de serviços de transporte, bem como as que digam respeito ao respectivo seguro, obrigatório ou facultativo*".

Essa, ainda, a textual previsão do artigo 5º da Resolução nº 623/2013, que por inteiro agora disciplina a divisão de atribuição entre os órgãos fracionários do Tribunal:

"*III – Terceira Subseção, composta pelas 25ª a 36ª Câmaras, com competência preferencial para o julgamento das seguintes matérias:*

(...)

III-15 – Ações de reparação de dano causado em acidente de veículo, ainda que envolvam a responsabilidade civil do Estado, concessionárias e permissionárias de serviços de transporte, bem como as que digam respeito ao respectivo seguro, obrigatório ou facultativo, além da que cuida o parágrafo primeiro".

É verdade que a aludida Resolução atribui às Câmaras de Direito Público o exame das "*Ações de responsabilidade civil do Estado, inclusive as decorrentes de ilícitos extracontratuais de concessionárias e permissionárias de serviço público, que digam respeito à prestação de serviço público*", mas o faz mediante textual ressalva justamente quanto ao citado item III nº 15 do artigo 5º.

Note-se nada então importar, nesses casos, que a propositura se funde em responsabilidade objetiva ou aquiliana, eis que a norma reguladora da competência não faz tal sorte de distinção.

Por isso, o presente Conflito fica acolhido, sendo reconhecida a competência da Câmara suscitada.

Acesso ao Sumário

Dissídios Coletivos de Greve

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Dissídio Coletivo de Greve nº 2074986-03.2014.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é requerente MUNICÍPIO DE FRANCO DA ROCHA, é requerido SINDICATO DOS SERVIDORES PÚBLICOS MUNICIPAIS E AUTÁRQUICOS DE FRANCO DA ROCHA.

ACORDAM, em Órgão Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "JULGARAM IMPROCEDENTE A AÇÃO, REVOGADA A LIMINAR. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 24.243/14)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores RENATO NALINI (Presidente sem voto), ARANTES THEODORO, TRISTÃO RIBEIRO, ANTONIO CARLOS VILLEN, ADEMIR BENEDITO, LUIZ ANTONIO DE GODOY, NEVES AMORIM, BORELLI THOMAZ, JOÃO NEGRINI FILHO, FERRAZ DE ARRUDA, EROS PICELI, ELLIOT AKEL, GUERRIERI REZENDE, WALTER DE ALMEIDA GUILHERME, ANTONIO CARLOS MALHEIROS, PÉRICLES PIZA, EVARISTO DOS SANTOS, MÁRCIO BARTOLI, JOÃO CARLOS SALETTI, LUIZ AMBRA, FRANCISCO CASCONI e PAULO DIMAS MASCARETTI.

São Paulo, 6 de agosto de 2014.

VANDERCI ÁLVARES, Relator

Ementa: Dissídio coletivo suscitado pela municipalidade. Servidores públicos municipais de Franco da Rocha. Pretendida declaração de ilegalidade e abusividade de movimento grevista, ao argumento de prejuízo a serviços públicos essenciais.

1. Não serve de parâmetro para o fim de se avaliar da legalidade ou ilegalidade do movimento de greve a situação cadastral do sindicato de classe, cabendo ser observado, antes, o princípio constitucional da liberdade de associação (incisos XVI, XVII, XVIII, XIX, XX e XXI, do artigo 5º, da CF), até porque a Lei 7.783/89 confere aos próprios trabalhadores, na

Acesso ao Sumário

falta de entidade sindical, o direito a deliberar sobre paralisação coletiva da prestação de serviços (artigo 4º, "caput", § 2º).

2. Observado o estrito cumprimento à Lei 7.783/89, por parte do Sindicato suscitado, comunicando com antecedência à Administração Pública a deflagração da paralisação, assim como mantendo em funcionamento os serviços essenciais, tudo mediante propostas de acordo em face de suas reivindicações, não se vislumbra ilegalidade ou abusividade do movimento paredista.

3. Demais, constitui causa legal de exclusão da alegada natureza abusiva da greve, nos termos do inciso I, do parágrafo único, do artigo 14, da Lei 7.783/89, o termo de acordo proposto entre as partes, revelando o reconhecimento por parte do empregador ou, no caso, do administrador público, da necessidade de reajustes pertinentes aos direitos invocados pelos funcionários/servidores.

4. Julgaram improcedente o dissídio coletivo, revogada a liminar concedida.

VOTO

Vistos.

1. Trata-se de dissídio coletivo proposto pelo MUNICÍPIO DE FRANCO DA ROCHA, em face de greve geral deflagrada pelo SINDICATO DOS SERVIDORES PÚBLICOS MUNICIPAIS E AUTÁRQUICOS DE FRANCO DA ROCHA, a partir do dia 05.05.2014, estando lotados na Secretaria Municipal de Educação a maioria dos servidores que aderiram ao movimento.

Expressando sua intenção de não adentrar no mérito dos fatos que ensejaram a paralisação dos servidores, almeja a Municipalidade "***única e exclusivamente a garantia do direito fundamental à educação, que não pode ser obstado pelo exercício ilegal/abusivo do direito de greve dos servidores públicos***", finalizando em sua petição inicial com o requerimento para "***que seja reconhecida a impossibilidade do direito de greve aos professores da rede pública – declaração da ilegalidade do movimento – diante da extrema essencialidade dos serviços prestados e necessidade de sua manutenção***", invocando a disciplina da Lei 7.783/89 **(fls. 1/12)**.

Acesso ao Sumário

Invocou também a suscitante a ilegitimidade do Sindicato para pleitear direitos em nome dos servidores do município de Franco da Rocha, por não

ostentar personalidade sindical, em face da ausência de registro no Ministério do Trabalho.

Suspensa a greve após reunião entre seus líderes e o Prefeito até a apresentação de estudos acerca das reivindicações formuladas, o Sindicato comunicou o início de nova paralisação em 15.05.14, com o intuito de se deliberar, em Assembleia Geral Extraordinária, sobre a continuidade ou não do movimento instaurado.

Por despacho da Egrégia Vice-Presidência deste Tribunal, foi deferida a liminar determinando a suspensão da greve, até a audiência de conciliação a ser realizada nesta Corte, designada para 22 de maio de 2014 (fls. 21/23).

Impossível a conciliação entre as partes (termo de audiência em fls. 36/37), foi revogada a tutela antecipada concedida (fls. 39), sendo os autos distribuídos a esta relatoria, com o restabelecimento da liminar, após ouvidas as partes (fls. 236/237), mantida, pois, a suspensão do movimento paredista.

Opinou a douta Procuradoria Geral de Justiça, inicialmente, pelo reconhecimento da ilegitimidade da greve, em razão da falta de registro da entidade sindical, o que não a autoriza representar a categoria de servidores envolvida no movimento; superada essa questão, entende não existir nos autos elementos que autorizem a conclusão pela ilegalidade ou abusividade da greve, manifestando-se no sentido de se declarar a improcedência do dissídio (fls. 318/327).

É o sucinto relatório.

2. Voto.

Não comporta acolhida a presente proposição.

2.1. A legitimidade do Sindicato suscitado para representar aquela categoria de servidores públicos, ante os termos da Lei 7.783/89, não nos parece ser a questão de maior relevo na apreciação da legalidade ou ilegalidade do movimento paredista.

À parte a questão da necessidade de registro do Sindicato junto ao Ministério do Trabalho, a fim de adquirir personalidade sindical, não nos parece imprescindível para a deflagração de movimento grevista o cumprimento dessa formalidade, visto que até mesmo aos próprios trabalhadores é conferida essa legitimidade, por meio de assembleia, podendo se organizar e deliberar sobre as questões pertinentes aos direitos que pretendem reivindicar.

Acesso ao Sumário

É o que se depreende do disposto no artigo 4º, § 2º, da Lei 7.783/89:

"***Art. 4º*** *– Caberá à entidade sindical correspondente convocar, na forma de seu estatuto,* ***assembléia geral que definirá as reivindicações da categoria e deliberará sobre a paralisação coletiva da prestação de serviços****.*

§ 1º ...

§ 2º – Na falta de entidade sindical, a assembléia geral dos trabalhadores interessados deliberará para os fins previstos no* '*caput*'*, constituindo comissão de negociação".

Assim, não serve de parâmetro para o fim de se avaliar da legalidade ou ilegalidade do movimento de greve a situação cadastral do sindicato de classe, cabendo ser observado, antes, o princípio constitucional da liberdade de associação (incisos XVI, XVII, XVIII, XIX, XX e XXI, do artigo 5º, da CF), encontrando-se suspensa a greve por força de liminar aqui concedida.

Desse modo, não comporta acolhimento a arguição de ilegitimidade da representação dos servidores do município de Franco da Rocha pelo Sindicato suscitado.

2.2. No exame de fundo, igualmente não encontra melhor sorte a pretensão da Municipalidade autora.

Cumpre esclarecer, de início, que o julgamento deste dissídio coletivo dirá respeito, unicamente, aos fatos e ao movimento paredista aqui noticiados, não se erigindo a decisão final à categoria de "salvo-conduto" a futuros movimentos, seja para considerá-los abusivos, seja para considerá-los legítimos e dentro dos limites da legalidade, diferentemente do que intencionam as partes, a autora pretendendo a proibição de greve, e o Sindicato a declaração de constitucionalidade e legalidade de novos movimentos grevistas.

Trata-se de dissídio coletivo proposto pela Municipalidade de Franco da Rocha, visando o reconhecimento da ilegalidade e abusividade de movimento paredista deflagrado pelos servidores da Secretaria Municipal de Educação, pelo qual pleiteiam, dentre outros direitos invocados, o aumento do piso salarial, recomposição de perdas, troca da cesta básica por vale-alimentação, auxílio-refeição, extensão dos direitos dos servidores da ativa aos aposentados e pensionistas, incorporação de gratificações, vistoria, manutenção e ampliação dos equipamentos públicos visando a qualidade e segurança dos funcionários e do público atendido, equipamentos de proteção individual a todos os funcionários, criação de lei que regulamente Comissão Interna de Prevenção de Acidentes, plano de saúde, alterações no Estatuto dos Funcionários com reflexos nos planos de cargos e salários, escola de formação de servidores, reajuste de 40 para 100% do auxílio periculosidade, insalubridade e penosidade da Guarda Civil Municipal, exigência de concurso público para os cargos de diretor e vice-diretor de escola, extinção do trabalhador a título precário, dando lugar à abertura de concursos públicos em todas as áreas, viabilização das atividades sindicais nas unidades públicas, etc (fls. 98/102).

Cumprida por parte do Sindicato a legislação aplicável à espécie – Lei 7.783/89 – deflagrando movimento pacífico, com garantia de manutenção

dos serviços essenciais e comunicando, no caso, à Administração Pública, a pretensão de paralisação dos serviços com a antecedência mínima necessária (vide documento em fls. 86/87), não ostenta caráter abusivo ou ilegal a greve anunciada e levada a efeito pelos servidores do município de Franco da Rocha, notadamente pelas sucessivas negociações empreendidas entre as partes aqui interessadas, antes e depois do movimento.

Vale aqui reprisar citação ofertada com o parecer ministerial, no sentido de que "***O* '*Termo de Acordo*' *firmado entre as partes, conquanto não configure Acordo ou Convenção Coletiva de Trabalho, não tenha força vinculante, não gere direito adquirido, nem ato jurídico perfeito em face dos princípios da separação e da autonomia dos Poderes e da reserva legal (artigos 2º, 61, parágrafo 1º, inciso II, alíneas* 'a' *e* 'c'*, e 165, da Constituição da República), constitui causa legal de exclusão da alegada natureza abusiva da greve, nos termos do inciso I, do parágrafo único, do artigo 14, da Lei 7.783/89...***" (STJ, Pet 7.920-DF, 1ª Seção, rel. Min. Hamilton Carvalhido, 22.9.2010, v.u., DJe 7.2.2011).

As informações iniciais apresentadas pela própria suscitante deste dissídio, em fls. 45/46, datadas de 6 de junho de 2014, dão conta da suspensão do movimento grevista, assim expressado: "***não chegou ao conhecimento desta procuradoria municipal a existência de novas paralisações DO SERVIÇO PÚBLICO, especialmente nas escolas e creches do Município...***" **(fls. 45, 3º parágrafo)**.

As tratativas encetadas entre as partes remontam a abril de 2014, extraindo-se da cronologia destes autos digitais que nem mesmo após a revogação da liminar decretada pelo Excelentíssimo Desembargador Presidente desta Corte a greve foi retomada, sendo restabelecida a medida de urgência por este relator apenas por precaução, em face da justificativa lançada no despacho de fls. 236/237, ali incluída a necessidade de atendimento às crianças usuárias do serviço de creches e escolas.

Uma vez atendidos os requisitos legais pelo Sindicato suscitado, representante da categoria envolvida na paralisação de servidores aqui em discussão, considerados os fatos expostos e demonstrados nestes autos, não se vislumbra, até o presente momento, ilegalidade ou abusividade no movimento paredista deflagrado, razão pela qual o decreto de improcedência deste dissídio é medida que se impõe, revogada a liminar concedida.

3. *Ex positis*, pelo meu voto, julgo improcedente o dissídio coletivo, revogada a liminar concedida.

Acesso ao Sumário

Habeas Corpus

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos nesses autos de *Habeas Corpus* nº 2077542-75.2014.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que são impetrantes MARIA PATRÍCIA VANZOLINI FIGUEIREDO, ALFREDO PORCER e BRUNA FERNANDA REIS E SILVA, Pacientes ROSANGILA THEODORO, SONIA APARECIDA CAMPANHOLO e SILVIA REGINA FERNANDES DA COSTA, é impetrado CARLOS BEZERRA JUNIOR (DEPUTADO ESTADUAL).

ACORDAM, em Órgão Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "POR MAIORIA DE VOTOS, CONCEDERAM A ORDEM EM PARTE, CONFIRMANDO A LIMINAR, COM DETERMINAÇÃO. FARÁ DECLARAÇÃO DE VOTO O EXMO. SR. DES. ANTONIO CARLOS MALHEIROS. SUSTENTOU ORALMENTE O ADV. DR. ALEXIS COUTO DE BRITO." de conformidade com o voto do relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 31.740)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores RENATO NALINI (Presidente sem voto), EROS PICELI, ELLIOT AKEL, GUERRIERI REZENDE, WALTER DE ALMEIDA GUILHERME, XAVIER DE AQUINO, ANTONIO CARLOS MALHEIROS, FERREIRA RODRIGUES, PÉRICLES PIZA, MÁRCIO BARTOLI, JOÃO CARLOS SALETTI, LUIZ AMBRA, FRANCISCO CASCONI, PAULO DIMAS MASCARETTI, VANDERCI ÁLVARES, ARANTES THEODORO, TRISTÃO RIBEIRO, ANTONIO CARLOS VILLEN, LUIZ ANTONIO DE GODOY, NEVES AMORIM, BORELLI THOMAZ, JOÃO NEGRINI FILHO e FERRAZ DE ARRUDA.

São Paulo, 27 de agosto de 2014.

LUIS SOARES DE MELLO, Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: "Habeas Corpus" preventivo. Alegação de risco iminente de violação de direitos constitucionais, a ser consumada quando da oitiva das pacientes perante Comissão Parlamentar de Inquérito sobre exploração de trabalho análogo ao de escravo, para a qual foram convocadas. Pacientes que figuram como rés em processo-crime em trâmite na Justiça Federal, a respeito dos mesmos fatos apurados pela

CPI. Presença efetiva de risco de constrangimento ilegal. Ordem parcialmente concedida, confirmada a liminar.

VOTO

Vistos.

"*Habeas Corpus*" preventivo impetrado por *Maria Patrícia Vanzolini Figueiredo*, *Alfredo Porcer*, *Alexis Couto de Brito* e *Bruna Fernanda Reis e Silva*, em favor de **Rosangila Theodora**, **Sonia Aparecida Campaholo** e **Silvia Regina Fernandes da Costa**, tendo como autoridade coatora o Deputado Estadual *Carlos Bezerra Junior*, Presidente da Comissão Parlamentar de Inquérito instaurada para apurar fatos relativos à exploração de trabalho análogo ao de escravo, em atividades urbanas e rurais no Estado de São Paulo.

Pretexta-se, em síntese, a ocorrência de risco iminente de violação de direitos constitucionais, tendo em vista que as pacientes foram convocadas para prestar esclarecimentos à sobredita Comissão sobre denúncias contra a empresa '*Zara*', em reunião inicialmente agendada para ocorrer em 21 de maio de 2014 (*f. 86/88*) – *e remanejada para data oportuna, mediante nova comunicação* (*f. 146/147*) –, especialmente porque estão sendo processadas perante o Juízo da 1ª Vara Criminal Federal de Americana, a respeito dos **mesmos fatos** que foram chamadas a esclarecer (*f. 62/75 e 78*).

Busca-se, por este motivo, seja alterado o "*status*" de comparecimento das pacientes perante o ato (de 'testemunhas' para 'investigadas'), bem assim os direitos que lhes seriam inerentes, tais ***(i)*** o de não serem submetidas à condução coercitiva, ***(ii)*** o direito ao silêncio, ***(iii)*** o direito de não assinarem o termo de compromisso de dizer a verdade, ***(iv)*** o direito à assistência de advogado, com participação no ato e assento ao lado de suas constituintes, ***(v)*** o direito de acompanharem as provas produzidas pela *CPI* e de serem ouvidas, caso desejem, apenas depois de toda a produção de prova e da oitiva dos demais depoentes, e, por fim, ***(vi)*** a expedição de salvo-conduto contra qualquer medida privativa de liberdade decorrente dos direitos e prerrogativas supramencionados.

Alega-se, por isso mesmo, a existência de iminente constrangimento ilegal.

Ordem liminar parcialmente deferida, inicialmente, quanto à reunião que seria realizada em *21.mai.2014 – f. 131/136 –*, seus efeitos foram posteriormente estendidos à reunião a ser agendada em data oportuna, mediante nova convocação (*f. 150*).

Não se registram informes do impetrado – *f. 156* –, anotando-se, na sequência, manifestação ministerial – *f. 158/163* – pela concessão da ordem, nos termos já modulados da decisão liminar.

Acesso ao Sumário

Autos conclusos em gabinete aos **29.jul.2014** (*f. 164*).

É o relatório.

De início, cumpre observar que, muito embora não tenha a autoridade impetrada se manifestado, depreende-se dos autos que a *Comissão Parlamentar de Inquérito do Trabalho Escravo*, até o presente momento, não foi encerrada, desempenhando regularmente as atividades voltadas à finalidade para a qual foi instaurada (*f. 160*).

Além disso, conforme noticiado pelos impetrantes, anota-se que as pacientes ainda não foram ouvidas pela sobredita CPI, tendo em vista o remanejamento da reunião para data oportuna, mediante nova comunicação (*f. 146/147*).

Donde remanescer o interesse jurídico no pleito formulado.

Com razão a impetração, nos exatos termos da medida liminar parcialmente deferida às *f. 131/136*, modulada pela decisão de *f. 150*.

Como já se acenou amplamente no despacho inicial, praticamente exauriente da situação, voltam os fundamentos reprisados, por aqui.

E, como se firmou naquela decisão, importa registrar que, embora as pacientes respondam atualmente a processo-crime em trâmite perante a Justiça Federal, pelos mesmos fatos investigados na CPI, a **alteração do "*status*"** aqui buscada (de "testemunhas" para "investigadas") **não pode ser deferida**, posto que, do exame dos autos, não se extraem elementos concretos suficientes para imaginar que a Comissão venha a atuar de forma simultânea ao processo já formalizado pelo Ministério Público Federal e pela Justiça Federal.

A independência da Comissão Parlamentar de Inquérito, se sabe, é condição indissociável ao desenvolvimento dos trabalhos.

E a presença das pacientes no ato parece ser instrumento valioso ao esclarecimento dos fatos.

De sorte que também merece ser **indeferido** o pedido que busca reconhecer às pacientes o direito de não se sujeitarem à **condução coercitiva**, com a finalidade de desobrigá-las de comparecer à reunião à qual foram convocadas, e que será remanejada para data oportuna, mediante nova comunicação.

Até porque, à luz da jurisprudência predominante do E. Supremo Tribunal Federal, "*a pessoa convocada por uma CPI para depor tem um tríplice dever: (a)* ***o de comparecer****, (b) o de responder às indagações e (c) o de dizer a verdade, reconhecendo-se-lhe o direito de se manter em silêncio, sem se expor – em virtude do exercício legítimo dessa faculdade – a qualquer restrição em sua esfera jurídica, desde que as suas respostas, às indagações que lhe venham a ser feitas, possam acarretar-lhe grave dano (*Nemo tenetur se detegere*)*" (HC-MC nº 96.982, Rel. Min. CELSO DE MELLO, DJ 1º/12/2008. No mesmo

Acesso ao Sumário

sentido: HC-MC nº 100.200, Rel. Min. JOAQUIM BARBOSA, DJ 05/10/2009; HC-MC nº 98.756, Rel. Min. CÁRMEN LÚCIA, DJ 27/04/2009; HC-MC nº 96.981, Rel. Min. JOAQUIM BARBOSA, decisão proferida pelo Min. EROS GRAU, DJ 1º/12/2008). (g.n.)

A autonomia atribuída ao Legislativo, antes destacada, porém, obviamente não tem o condão de suprimir direitos constitucionalmente assegurados.

Sejam as pessoas ouvidas na condição de investigadas ou mesmo na de testemunhas, verdadeiramente inimporta.

Com efeito, se é certo que a CPI dispõe de poderes instrutórios judiciais, estes devem integral respeito ao ***princípio da não autoincriminação***, que se aplica **indistintamente** a qualquer pessoa, independente da condição em que é ouvida.

Isto porque, na esteira de forte entendimento doutrinário, **o direito contra a autoincriminação é plenamente invocável perante as Comissões Parlamentares de Inquérito**, traduzindo direito público subjetivo assegurado a **qualquer pessoa** pelo art. 5º, inciso LXIII, da Constituição Federal (*UADI LAMMÊGO BULOS*, "*Comissão Parlamentar de Inquérito*", *p. 290/294*, *item n. 1*, *2001*, *Saraiva*; *NELSON DE SOUZA SAMPAIO*, "*Do Inquérito Parlamentar*", *p. 47/48 e 58/59*, *1964*, *Fundação Getúlio Vargas*; *JOSÉ LUIZ MÔNACO DA SILVA*, "*Comissões Parlamentares de Inquérito*", *p. 65 e 73*, *1999*, *Ícone Editora*; *PINTO FERREIRA*, "*Comentários à Constituição Brasileira*", *vol. 3*, *p. 126-127*, *1992*, *Saraiva*, *v.g.*).

É precisamente este o entendimento consagrado pelo E. Supremo Tribunal Federal (*HC 79.812*, *rel. Min. Celso de Mello*, *D.J. de 16.12.2001 e HC 92.371*, *rel. min. Eros Grau*).

Diante disso, se eventualmente as pacientes vierem a ser questionadas sobre fatos apurados no processo nº 0001164-18.2014.4.03.6134, em trâmite perante a Justiça Federal, **e** esses fatos puderem levar à autoincriminação ("*nemo tenetur se detegere*"), por certo deve-se assegurar a elas o **direito ao silêncio**.

Pelos mesmos motivos, deve-se igualmente assegurar o **direito de não assinarem termo de compromisso de dizer a verdade**.

Neste sentido tem decidido reiteradamente o STF em casos símiles (*HC 94082-0*, *rel min. Celso de Mello*; *HC 92371-2 rel. min. Eros Grau*; *HC 92.225-2*, *rel. min. Marco Aurélio e HC 83.775*, *rel. min. Joaquim Barbosa*, *dentre outros*).

É o que se extrai, também do art. 186 do Código de Processo Penal.

Ressalte-se, ainda, que o Plenário do Supremo Tribunal Federal reconheceu esse direito incluso em favor de pessoa ouvida na condição de testemunha, destacando que "*não configura o crime de falso testemunho, quando a pessoa, **depondo como testemunha**, ainda que compromissada, deixa de revelar fatos*

Acesso ao Sumário

<u>que possam incriminá-la</u>" (*RTJ 163/626*, *Rel. Min. CARLOS VELLOSO* – ***g.n.***).

Deve ser assegurado às pacientes, também, o direito de serem assistidas por advogado, tendo em vista a consolidada jurisprudência da Suprema Corte no sentido de assegurar o **<u>direito à assistência técnica</u>** no âmbito de investigações conduzidas sem a garantia do contraditório, bem como o respeito às prerrogativas profissionais previstas no art. 7º da Lei n.º 8.906/1994, que instituiu o Estatuto da Advocacia (*HC 88.015-MC/DF*, *Rel. Min. CELSO DE MELLO*, *v.g.*).

De igual, garante-se às pacientes o direito de acompanharem as provas produzidas pela CPI, por aplicação analógica da Súmula Vinculante n.º 14, do Eg. Supremo Tribunal Federal, **desde que** já estejam documentados em autos e a diligência lhe diga respeito.

O acesso amplo das pacientes – *investigadas em processo crime em trâmite na Justiça Federal, mas meras testemunhas em Comissão Parlamentar de Inquérito* – "**não abrange, por óbvio, as informações concernentes à decretação e à realização das diligências investigatórias, mormente as que digam respeito a terceiros eventualmente envolvidos**". (**STF, Primeira Turma, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, Embargos Declaratórios no *Habeas Corpus* n.º 94.387, j. 06.04.2010, v.u.**).

Por fim, **não** deve ser reconhecido às pacientes o direito de serem ouvidas depois de toda a produção da prova e da colheita de depoimentos das demais testemunhas.

É que não configurando tecnicamente processo judicial, o procedimento que envolve atos realizados pela Comissão Parlamentar de Inquérito, não se lhe aplica, em tese, certas prerrogativas processuais, entre as quais a de falar por último nos autos, após toda a produção da prova e da oitiva dos demais depoentes.

Concede-se parcialmente a ordem, confirmando-se a medida liminar, para assegurar às pacientes, que **<u>não estão dispensadas da obrigação de comparecer perante a CPI</u>** instaurada para apurar "*Exploração de trabalho análogo ao de escravo em atividades urbanas e rurais no âmbito do Estado de São Paulo*", em reunião a ser agendada em data oportuna:

(i) o direito de serem assistidas por seu advogado e de comunicar-se com este durante a sua inquirição;

(ii) a dispensa do firmamento do termo de compromisso legal de testemunha;

(iii) o direito de acompanharem as provas produzidas pela CPI, desde que já estejam documentadas em autos e a diligência lhes diga respeito; e

(iv) o exercício do seu direito ao silêncio, incluído o privilégio contra a autoincriminação (art. 5º, LXIII) e afastada, dessa forma, a possibilidade das pacientes submetidas a qualquer medida privativa de liberdade ou restritiva de

Acesso ao Sumário

direitos em razão do exercício de tais prerrogativas processuais.

Expeça-se salvo-conduto, nesses termos, ***comunicando-se***, com urgência, a autoridade coatora.

Incidentes de Inconstitucionalidade

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Arguição de Inconstitucionalidade nº 0045657-77.2014.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é suscitante 6ª CÂMARA DE DIREITO PÚBLICO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em Órgão Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "ACOLHERAM A ARGUIÇÃO. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 37061)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores RENATO NALINI (Presidente), EROS PICELI, WALTER DE ALMEIDA GUILHERME, XAVIER DE AQUINO, ANTONIO CARLOS MALHEIROS, FERREIRA RODRIGUES, PÉRICLES PIZA, MÁRCIO BARTOLI, JOÃO CARLOS SALETTI, LUIZ AMBRA, FRANCISCO CASCONI, PAULO DIMAS MASCARETTI, VANDERCI ÁLVARES, ARANTES THEODORO, TRISTÃO RIBEIRO, ANTONIO CARLOS VILLEN, ADEMIR BENEDITO, NEVES AMORIM, BORELLI THOMAZ, JOÃO NEGRINI FILHO e FERRAZ DE ARRUDA.

São Paulo, 27 de agosto de 2014.

SILVEIRA PAULILO, Relator

Ementa: INCONSTITUCIONALIDADE - Controle difuso - Instrução Normativa SF/SUREM nº 19/2001, expedida pelo Senhor Secretário de Finanças do Município de São Paulo - Inconstitucionalidade - Violação dos arts. 5º, II, XIII e LIV, e 170, § único, da Constituição Federal - Violação, ainda, das Súmulas n. 70, 323 e 547 do colendo STF - Acolhimento do incidente.

Acesso ao Sumário

VOTO

Cuida-se de incidente de inconstitucionalidade no mandando de segurança impetrado por OCOCLIN ONCOLOGIA CLÍNICA LTDA. contra ato do Sr. SECRETÁRIO DE FINANÇAS DA PREFEITURA MUNICIPAL DE SÃO PAULO, tendo por alvo a Instrução Normativa SF/SUREN nº 19/2011 que suspende a emissão de notas fiscais eletrônicas por contribuintes inadimplentes. Sustenta-se a inconstitucionalidade da norma municipal porquanto: a) contraria o art. 170, § único, da Constituição Federal; b) viola o princípio da razoabilidade, impedindo, em certos casos, a própria atividade econômica do contribuinte, o que violenta o art. 5º, LIV, da Carta da República, e c) impõe ao destinatário, com afronta ao art. 5º, II, também da Constituição Federal, diretriz normativa que restringe o exercício de sua atividade sem previsão legal. Ouvido, o Ministério Público opinou pelo acolhimento da arguição de inconstitucionalidade.

É o relatório.

É a seguinte a Instrução Normativa SF/SUREM nº 19/2011, agora objeto desta arguição de inconstitucionalidade:

INSTRUÇÃO NORMATIVA 19/11 – SUREM/SF

REPUBLICAÇÃO

SUBSECRETARIA DA RECEITA MUNICIPAL – SUREM

RETIFICAÇÃO DA PUBLICAÇÃO DO DOC DO DIA 17/12/2011

Instrução Normativa SF/SUREM nº 19, de 16 de dezembro de 2011

Disciplina a suspensão da autorização para emissão da Nota Fiscal de Serviços Eletrônica – NFS-e para os contribuintes inadimplentes e a emissão da Nota Fiscal Eletrônica do Tomador/Intermediário de Serviços – NFTS.

O SECRETÁRIO MUNICIPAL DE FINANÇAS, no uso das atribuições que lhe são conferidas por lei,

RESOLVE:

Art. 1º A emissão da Nota Fiscal de Serviços Eletrônica – NFS-e para pessoas jurídicas e condomínios edilícios residenciais ou comerciais estabelecidos no Município de São Paulo terá sua autorização suspensa quando o contribuinte, pessoa jurídica domiciliada no Município de São Paulo, estiver inadimplente em relação ao recolhimento do Imposto sobre Serviço de Qualquer Natureza – ISS.

Art. 2º Para fins de suspensão da autorização da emissão da NFS-e de que trata o artigo 1º, considera-se inadimplente em relação ao recolhimento do ISS o contribuinte, pessoa jurídica domiciliada no Município de São Paulo, que alternativamente:

I – deixar de recolher o ISS devido por 4 (quatro) meses de incidência consecutivos;

Acesso ao Sumário

II – deixar de recolher o ISS devido por 6 (seis) meses de incidência alternados dentro de um período de 12 (doze) meses.

Art. 3º A autorização para emissão da NFS-e ocorrerá sempre que a regularização de débitos pelo contribuinte o desenquadre das condições previstas nos incisos I e II do artigo 2º.

Art. 4º Face ao disposto no § 1º, inciso I, do artigo 7º da Lei 13.701, de 24 de dezembro de 2003, as pessoas jurídicas e os condomínios edilícios residenciais ou comerciais estabelecidos no Município de São Paulo, quando tomarem serviços de pessoa jurídica domiciliada no Município de São Paulo que não emitir NFS-e em razão da suspensão da autorização de que trata o artigo 1º desta instrução normativa, deverão emitir a Nota Fiscal Eletrônica do Tomador/Intermediário de Serviços – NFTS, reter na fonte e recolher o ISS devido.

Art. 5º Esta instrução normativa entrará em vigor na data de sua publicação, produzindo efeitos a partir de 01 de janeiro de 2012.

A respeito do tema o colendo STF expediu as Súmulas 70, 323 e 547 que rezam, respectivamente:

"*Súmula nº 70 – É inadmissível a interdição de estabelecimento como meio coercitivo para a cobrança de tributo.*"

"*Súmula nº 323 – É inadmissível a apreensão de mercadorias como meio coercitivo para pagamento de tributos.*"

"*Súmula nº 547 – Não é lícito a autoridade proibir que o contribuinte em débito adquira estampilhas, despache mercadorias nas alfândegas e exerça suas atividades profissionais.*"

Decorre delas, portanto, serem intoleráveis, por inconstitucionais, meios coercitivos, fora da lei, para pagamento de tributos. É exatamente o que faz a Instrução Normativa SR/SUREM nº 19, de 16.12.11, expedida pelo Sr. Secretário de Finanças do Município de São Paulo, agora hostilizada.

Dispõe o art. 170, § único, da Constituição Federal: "*É assegurado a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei.*" Pois bem, a Instrução Normativa em pauta atenta contra a letra e o espírito do dispositivo constitucional porquanto limite a atividade econômica da impetrante sem autorização legal.

Reza, de outra parte, o art. 5º, II, da Carta da República: "*ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei.*" Não há, na hipótese, **lei**, mas mera instrução normativa que, por seu turno, não depara fundamento em lei alguma.

Por outro lado, o art. 5º, LIV, da Carta da República estabelece: "*ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal.*" A instrução em pauta retira a liberdade da impetrante de agir no que concerne

Acesso ao Sumário

ao cumprimento das obrigações tributárias, e mesmo de comerciar livremente, porquanto o sistema eletrônico de emissão de notas fiscais já é notoriamente adotado por muitos dos adquirentes dos bens de comércio da impetrante. Sem expedição de notas fiscais, impossível o exercício do comércio sem cometer uma série de violações legais. E adoção de outro sistema, não virtual, poderia encontrar entrave na recepção de mercadorias pelos adquirentes que operam com sistema eletrônico.

Para finalizar, estabelece o art. 5º, XIII, ainda da Constituição Federal: "*é livre o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer.*" Não poderia a Fazenda do Estado, portanto, atentar, via instrução normativa, contra o livre exercício da atividade empresarial da impetrante.

Matéria semelhante já foi apreciada pelo Pretório Excelso:

DÉBITO FISCAL – IMPRESSÃO DE NOTAS FISCAIS – PROIBIÇÃO – INSUBSISTÊNCIA. Surge conflitante com a Carta da República legislação estadual que proíbe a impressão de notas fiscais em bloco, subordinando o contribuinte, quando este se encontra em débito para com o fisco, ao requerimento de expedição, negócio a negócio, de nota fiscal avulsa.

(RE 413782, Relator: Min. MARCO AURÉLIO, Tribunal Pleno, julgado em 17/03/2005, DJ 03-06-2005 PP-00004 EMENT VOL-02194-03 PP-00618 LEXSTF v. 27, n. 320, 2005, p. 286-308 RT v. 94, n. 838, 2005, p. 165-176 RDDT n. 120, 2005, p. 222)

Há de se destacar do acórdão acima referido o seguinte trecho, de clareza solar:

"*Nota-se a tomada de empréstimo de meio coercitivo, objetivando a satisfação de débito tributário. Em síntese, a legislação local submete o contribuinte à exceção de emitir notas fiscais individualizadas, quando em débito para com o fisco. Entendo conflitante com a Carta da República o procedimento adotado. A Fazenda há de procurar o Judiciário visando à cobrança, via executivo fiscal, do que devido, mostrando-se impertinente recorrer a métodos que acabem inviabilizando a própria atividade econômica, como é o relativo à proibição de as empresas em débito, no tocante a obrigações, principal e acessórias, vir a emitir documentos considerados como incluídos no gênero fiscal. Imagine-se o que implica, a cada negócio jurídico, ter-se de requerer à repartição fazendária competente a emissão de nota fiscal avulsa. A regência local da matéria abrange previsão incompatível com a ordem natural das coisas, com o princípio constante do parágrafo único do artigo 170 da Carta da República, segundo o qual é assegurado a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica. Repita-se: na dinâmica da própria atividade desenvolvida, fica inviabilizada a atuação, se aquele que a implementa necessita, caso a caso, de recorrer ao fisco, para a*

Acesso ao Sumário

obtenção de nota fiscal avulsa. Em Direito, o meio justifica o fim, mas não este, aquele. Recorra a Fazenda aos meios adequados à liquidação dos débitos que os contribuintes tenham, abandonando a prática de fazer justiça pelas próprias mãos, como acaba por ocorrer, levando a empresa ao caos, quando inviabilizada a confecção de blocos de notas fiscais. De há muito, esta Corte pacificou a matéria, retratando o melhor enquadramento constitucional no Verbete nº 547 da Súmula:

'*Não é lícito a autoridade proibir que o constituinte em débito adquira estampilhas, despache mercadorias nas alfândegas e exerça suas atividades profissionais.*'

A lei estadual contraria, portanto, os textos constitucionais evocados, ou seja, a garantia do livre exercício do trabalho, ofício ou profissão – inciso XIII do artigo 5º da Carta da República – e de qualquer atividade econômica – parágrafo único do artigo 170 da Constituição Federal."

Em assim sendo, resta concluir pela inconstitucionalidade da Instrução Normativa agora guerreada.

Pelo exposto, em controle difuso, acolhe-se o incidente e reconhece-se a inconstitucionalidade da Instrução Normativa SF/SUREM nº 19/2011. Assim feito, ordena-se a volta dos autos à Câmara de origem.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Arguição de Inconstitucionalidade nº 0044554-35.2014.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é suscitante 14ª 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: "ACOLHERAM A ARGUIÇÃO EM PARTE. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 30.599)**

Acesso ao Sumário

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores RENATO NALINI (Presidente), FERREIRA RODRIGUES, PÉRICLES PIZA, EVARISTO DOS SANTOS, MÁRCIO BARTOLI, JOÃO CARLOS SALETTI, ROBERTO MORTARI, LUIZ AMBRA, FRANCISCO CASCONI, PAULO DIMAS MASCARETTI, VANDERCI ÁLVARES, ARANTES THEODORO, TRISTÃO RIBEIRO, ANTONIO CARLOS VILLEN, ADEMIR BENEDITO, LUIZ ANTONIO DE GODOY, NEVES AMORIM, BORELLI THOMAZ, JOÃO NEGRINI FILHO, EROS PICELI, ELLIOT AKEL, GUERRIERI REZENDE, WALTER DE ALMEIDA GUILHERME e XAVIER DE AQUINO.

São Paulo, 17 de setembro de 2014.

ANTONIO CARLOS MALHEIROS, Relator

Ementa: Arguição de inconstitucionalidade – Lei Municipal de São Paulo, nº 13.614/2003 – Argumento da suscitante fundado em incompatibilidade do referido artigo com a Constituição Estadual – Afronta ao artigo 144 – Arguição acolhida.

VOTO

Trata-se de Arguição de Inconstitucionalidade arguido por acórdão relatado pelo Des. José Gonçalves Rostey, nos autos da Apelação Cível de nº 833.641.8/2-00, originária da Comarca de São Paulo, no Mandado de Segurança, movido por Eletropaulo Telecomunicações Ltda. em face de Prefeitura Municipal de São Paulo, objetivando o reconhecimento da ilegalidade da cobrança de "retribuição pelo uso do solo", bem como de medidas restritivas de sua atividade, instituídos por intermédio da Lei Municipal nº 13.614 de 02 de julho de 2003.

Em grau de recurso, a douta 14ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça suscitou o incidente de inconstitucionalidade, na forma do disposto na Súmula Vinculante nº 10 do Colendo Supremo Tribunal Federal, para que fosse analisada suposta inconstitucionalidade da Lei em comento, que estabelece as diretrizes para a utilização das vias públicas municipais, inclusive dos respectivos subsolo e espaço aéreo, e das obras de arte de domínio municipal, para a implantação e instalação de equipamentos de infraestrutura urbana destinados à prestação de serviços públicos e privados; delega competência ao Departamento de Controle de Uso de Vias Públicas da Secretaria de Infraestrutura Urbana para outorgar a permissão de uso; disciplina a execução das obras dela decorrentes, e dá outras providências, contrariando os artigos 145, inciso II, 2ª parte, da Constituição Federal, artigo 77 do Código Tributário Nacional e artigos 1º, 111 e 144 da Constituição Estadual.

Distribuído o feito perante o Órgão Especial deste Tribunal, adveio o parecer do ilustre Procurador-Geral de Justiça alvitrando conhecimento do incidente e do seu acolhimento parcial de conformidade com as razões expendidas (fls. 466/488).

É o relatório.

A arguição merece ser conhecida parcialmente.

Inafastável a conclusão sugerida na manifestação ministerial, cuja fundamentação além de substanciosa, apresenta logicidade irrefutável, sendo acolhida como fundamentos do decisório, com os acréscimos ao longo deste.

O ato normativo em exame é incompatível com nosso ordenamento

Acesso ao Sumário

jurídico uma vez que desrespeita o princípio federativo, o qual delimita atribuições para a União, Estados e Municípios.

O artigo 144 da Constituição Federal reconhece a autonomia dos Municípios como um ente federativo e impõe a observância dos preceitos estabelecidos tanto como nesta Constituição como na Constituição Federal.

Nesse passo, a Constituição Federal dispõe sobre serviços e instalações de energia elétrica como matéria de competência da União, delimitada, em seus artigos 21, XII, alíneas "a" e "b" e 22, IV:

Art. 21. Compete à União:

XII – explorar, diretamente ou mediante autorização, concessão ou permissão:

a) os serviços de radiodifusão sonora, e de sons e imagens;

b) os serviços e instalações de energia elétrica e o aproveitamento energético dos cursos de água, em articulação com os Estados onde se situam os potenciais hidroenergéticos;

Art. 22. Compete privativamente à União legislar sobre:

IV – águas, energia, informática, telecomunicações e radiodifusão;

Sobre tais matérias, a União legislou estabelecendo órgãos reguladores. Das telecomunicações, a Agência Nacional de Telecomunicações (ANATEL), e referente aos serviços de energia elétrica a Agência Nacional de Energia Elétrica (ANEEL).

Assim, nota-se que o conflito normativo, tratado em questão, gerado pela Lei Municipal impugnada, interfere na prestação de serviços de competência da União.

O artigo 30, inciso VIII, assim dispõe, sobre a competência dos Municípios:

Art. 30. Compete aos Municípios:

VIII – promover, no que couber, adequado ordenamento territorial, mediante planejamento e controle do uso, do parcelamento e da ocupação do solo urbano;

Percebe-se que o Município tem competência para promover ordenamento territorial sobre ocupação do solo, com a ressalva de que apenas o fará, quando lhe for cabido, ou seja, apenas quando o interesse em questão for local.

Assim, ao legislar sobre tema de competência da União, invade a esfera legislativa do ente, entrando em desacordo com sua própria designação descrita na Constituição Federal.

E, como bem descrito em parecer ministerial: "*O uso do solo urbano para a prestação dos serviços de radiodifusão sonora, e de sons e imagens e pelos serviços e instalações de energia elétrica consiste em circunstância comum a todas as localidades do país, descaracterizando a existência de um interesse local, o que evidencia a violação do princípio federativo*".

Acesso ao Sumário

Portanto, é certo que a obrigação imposta pela Lei em comento não é razoável, pois restringe e limita o exercício da competência da União para exploração e regulamentação de atividades de sua competência.

Vale ressaltar que a inconstitucionalidade que atinge a presente Lei está encartada apenas na parte em que institui retribuição pelo uso e ocupação do solo para a implantação e instalação de equipamentos de infraestrutura urbana, destinados à prestação de serviços públicos.

Isto posto, conhece-se do incidente de inconstitucionalidade e de seu acolhimento parcial, para declarar inconstitucional a Lei 13.614/2003 do Município de São Paulo, na parte em que impõe condicionamentos e retribuição pelo uso do solo para a implantação e instalação de equipamentos de infraestrutura urbana destinados a prestação de serviços públicos.

Acesso ao Sumário

CÂMARA ESPECIAL

Agravos de Instrumento

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2010411-20.2013.8.26.0000, da Comarca de Santa Fé do Sul, em que é agravante PROMOTOR DE JUSTIÇA DA VARA DA INFÂNCIA E JUVENTUDE DE SANTA FÉ DO SUL, é agravado M.F.R.C. (MENOR).

ACORDAM, em Câmara Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Por maioria, negaram provimento ao recurso, vencido o Relator sorteado, que declarará. Acórdão com o 3º Juiz. Declarará voto vencedor o 2º Juiz.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 18.481)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores EROS PICELI, Vice-Presidente (Presidente sem voto), ARTUR MARQUES, Presidente da Seção de Direito Privado (vencido) e PINHEIRO FRANCO, Presidente da Seção de Direito Criminal.

São Paulo, 4 de agosto de 2014.

RICARDO ANAFE, Relator Designado e Presidente da Seção de Direito Público

Ementa: Agravo de instrumento. Ato infracional.

Decisão que não homologou a remissão concedida pelo Ministério Público – Remissão ministerial que não pode ser cumulada com medida socioeducativa – Súmula 108 do Superior Tribunal de Justiça – Necessidade de oferecimento de representação – Inteligência dos artigos 127 e 180 do Estatuto da Criança e do Adolescente, que devem ser interpretados em conjunto – Remissão judicial como forma de extinção do processo que só admite medida que se esgote em si mesma (advertência), sob pena de se transformar em obrigação natural – Medida

Acesso ao Sumário

de prestação de serviços à comunidade que deve ser cumulada com a remissão como forma de suspensão do processo, respeitado o devido processo legal.

Recurso desprovido.

VOTO

1. Trata-se de recurso de agravo de instrumento interposto pelo Ministério Público do Estado de São Paulo contra decisão do MM. Juiz de Direito da 2ª Vara Judicial da Comarca de Santa Fé do Sul (fl. 49), que em procedimento para apuração de ato infracional equiparado ao delito previsto no artigo 155, *caput*, do Código Penal, deixou de homologar a remissão cumulada com medida socioeducativa de prestação de serviços à comunidade concedida pelo Ministério Público.

Sustenta, em síntese, que é cabível a aplicação da remissão cumulada com medida socioeducativa, em conformidade com o artigo 127, do Estatuto da Criança e do Adolescente.

Processado o recurso, não foi apresentada contraminuta.

Prestadas as informações (fls. 56/57, 73/74, 97/98), a Procuradoria Geral de Justiça opinou pelo provimento do recurso (fls. 66/68).

É o relatório.

2. O recurso não comporta provimento.

Em procedimento pré-processual para apuração de ato infracional tipificado no artigo 155, *caput*, do Código Penal, supostamente praticado pelo agravado, o Ministério Público concedeu ao adolescente a remissão, como forma de exclusão do processo, cumulada com prestação de serviços à comunidade.

Remissão, do latim *remissio*, de *remittere*, significa perdão, indulgência, clemência, bem como falta ou diminuição de rigor, de força, da intensidade. O instituto da remissão é forma de evitar a instauração do procedimento, suspendê-lo ou extingui-lo, sempre atendendo às circunstâncias e consequências do fato, ao contexto social, bem como à personalidade do adolescente e sua maior ou menor participação no ato infracional. Não implica em reconhecimento ou comprovação da responsabilidade do menor, nem prevalece para efeito de antecedente.

O Estatuto da Criança e do Adolescente prevê em seus artigos 126 e 127 as três modalidades de remissão: como forma de exclusão do processo (remissão ministerial, caso dos autos); de extinção do processo; e de suspensão do processo (remissão judicial).

A remissão pode ser concedida como perdão puro e simples na fase pré-processual ou quando já instaurado o procedimento judicial, implicando na

Acesso ao Sumário

exclusão ou extinção.

Como uma espécie de transação, a remissão judicial pode ser cumulada com medidas protetivas e socioeducativas em meio aberto e, ouvido o Ministério Público, concedida pelo magistrado a qualquer tempo após o recebimento da representação (artigo 126, parágrafo único, e artigo 127, do ECA) e antes da sentença (artigo 188 do ECA).

A remissão ministerial, por seu turno, tem natureza de ato administrativo e não admite cumulação com medida socioeducativa, de alçada exclusiva do Poder Judiciário.

Anterior divergência quanto à necessidade de decisão judicial para aplicação de medida resta superada pela Súmula 108 do Superior Tribunal de Justiça, com o seguinte teor: "**A aplicação de medidas socioeducativas ao adolescente pela prática de ato infracional é de competência exclusiva do Juiz**".

Indiscutível que a remissão ministerial será obrigatoriamente homologada pelo juízo (artigo 181, parágrafo 1º, do ECA), como alegado pelo agravante. No entanto, eventual medida socioeducativa será imposta pelo magistrado, instaurado o procedimento judicial, como forma de extinção ou suspensão do processo.

No mínimo não é razoável que se aplique uma medida socioeducativa sem o devido processo legal, ainda que haja homologação judicial, já que evidente a restrição dos direitos do adolescente, a quem a exclusão deve sempre ser mais benéfica.

A cumulação com medida socioeducativa implica em uma ação devidamente instaurada. O artigo 127 do ECA não pode ser interpretado de forma isolada, mas em conjunto com o artigo 180 do mesmo diploma legal, que dispõe sobre a possibilidade de o Ministério Público, após oitiva informal do menor e análise do auto de apreensão ou boletim de ocorrência, promover o arquivamento dos autos (inciso I), conceder a remissão (inciso II) ou representar à autoridade judiciária para aplicação da medida socioeducativa (inciso III). Logo, entendendo o Ministério Público que a medida é necessária e adequada, pressupõe o Estatuto da Criança e do Adolescente a existência de representação, podendo a remissão, como dito, funcionar como causa de extinção ou suspensão do processo.

Acesso ao Sumário

Registra-se que o artigo 127 trata da remissão "gênero", incluindo, de forma expressa, a "eventualidade" da aplicação de medida socioeducativa, justamente de acordo com a fase processual em que concedida a remissão.

Nesse sentido:

"**A remissão que pode ser concedida antes de oferecida a representação, não pode ser cumulada com medida socioeducativa. A aplicação**

de medida socioeducativa pelo juiz pressupõe o oferecimento de representação, com a oitiva do menor infrator e do Ministério Público" (TJMG – Apelação 1.0582.09.013228-0/001 – j. 08/07/2010).

"**Advirta-se, desde agora, que o Promotor não pode aplicar outra medida senão a remissão. No caso em que, além dela, outras possam ser aplicadas, caberá representação ao Juiz para que as aplique**" (Roberto João Elias, "Comentários ao Estatuto da Criança e do Adolescente", 3ª Edição, Editora Saraiva).

A remissão, sugerindo o Ministério Público a aplicação de medida socioeducativa, será concedida pelo magistrado, ofertada a representação e ouvido o adolescente.

Como observado na decisão agravada, a cumulação de medida que não se esgote em si mesma, caso dos autos, deve ser aplicada com a remissão como forma de suspensão do processo, assegurando ao adolescente o trâmite do devido processo legal, com a garantia do contraditório e da ampla defesa.

A remissão judicial, como forma de extinção do processo, deve ser concedida nos casos de menor gravidade, reservando-se às hipóteses em que apenas a medida de advertência seja suficiente para a ressocialização.

Por epítome, admitir a aplicação de medida socioeducativa pelo agravante ou em remissão como forma de extinção do processo, implicaria em transformá-la em verdadeira obrigação natural, sem que se possa forçar o cumprimento sob ameaça de imposição mais severa.

3. À vista do exposto e pelo arrimo esposado, nego provimento ao recurso.

DECLARAÇÃO DE VOTO VENCEDOR

(Voto n.º 24.601)

Ementa: Infância e juventude. Remissão. Aplicação cumulativa de medida socioeducativa antes de iniciado o procedimento judicial. Impossibilidade. Inteligência dos artigos 126, e seu parágrafo único, e 127, ambos do ECA. A imposição de medida socioeducativa demanda o acompanhamento do menor, inviável no caso de remissão concedida como forma de exclusão do processo (artigo 126, *caput*, do ECA), fazendo sentido apenas no caso de remissão como forma de suspensão do processo (artigo 126, parágrafo único, do ECA). Hipótese em que a pretendida aplicação

Acesso ao Sumário

de medida socioeducativa cumulada com remissão, antes de iniciado o procedimento judicial, deixaria o cumprimento da medida sujeito à vontade exclusiva do adolescente, em afronta ao objetivo primordial da lei, de oferecer proteção integral ao jovem em situação de risco. Agravo improvido.

Cuida-se de AGRAVO DE INSTRUMENTO interposto pelo Promotor de Justiça da Vara da Infância e Juventude da Comarca de Santa Fé do Sul contra a decisão que não homologou a remissão concedida pelo Ministério Público, cumulada com aplicação de medida socioeducativa de prestação de serviços à comunidade pelo prazo de 3 meses, em razão da prática de ato infracional equiparado ao crime de furto.

Sustenta o Ministério Público que é possível a aplicação de remissão cumulada com medida socioeducativa que não importe em restrição de liberdade, nos termos do artigo 127, do ECA, destacando que a medida socioeducativa não se confunde com pena e, assim, não há necessidade de obediência ao devido processo legal. Aduz que a Súmula 108, do E. Superior Tribunal de Justiça, não obsta a cumulação da remissão pré-processual, pois ela será homologada pelo magistrado. Busca o reconhecimento da legalidade da aplicação da remissão cumulada com medida socioeducativa.

Processado o recurso, sem contraminuta (página 64). Parecer da Ilustrada Procuradoria Geral de Justiça pelo provimento do recurso (páginas 66/68).

O voto do E. Relator sorteado dava provimento ao recurso para cassar a decisão atacada, entendendo possível a concessão da remissão nos moldes preconizados pelo representante do Ministério Público, isto é, cumulada com aplicação de medida socioeducativa de prestação de serviços. Ousei divergir de Sua Excelência, acompanhando o voto do E. 3º Juiz.

Todavia, em razão da menção naquele voto (vencido) a precedente de minha lavra (***Agravo de Instrumento n.º 2015499-05.2014.8.26.0000 – Santa Fé do Sul – voto 25.092***), necessário se faz pontuar meu entendimento sobre o tema, considerando que naquele feito a remissão, cumulada com medida de prestação de serviços, fora aplicada judicialmente, nos termos do artigo 126, parágrafo único, do ECA. É dizer, não se enfrentou naquela oportunidade a possibilidade – discutida nestes autos – de concessão de remissão cumulativamente com outra medida socioeducativa antes de iniciado o procedimento judicial, nos termos do artigo 126, *caput*, do ECA.

Acesso ao Sumário

Entendo ser inviável a concessão, pelo Ministério Público, de remissão cumulada com medida socioeducativa antes de iniciado o procedimento judicial.

O artigo 126, e seu parágrafo único, do Estatuto da Criança e do

Adolescente, estabelecem as modalidades de remissão: ***1)*** antes de iniciado o procedimento judicial, como forma de **exclusão** do processo, concedida pelo Ministério Público; e ***2)*** depois de iniciado o procedimento judicial, ***a)*** como forma de **suspensão** do processo ou ***b)*** como forma de **extinção** do processo, estas concedidas pelo juiz.

Assim, nos termos do artigo 126, *caput*, do ECA, antes de iniciado o procedimento judicial somente é possível ao Ministério Público conceder a remissão como forma de exclusão do processo. Remissão pura, verdadeiro perdão. A par da ausência de menção no dispositivo legal quanto à possibilidade de cumulação com medida socioeducativa, sua aplicação violaria o sistema previsto na lei: havendo imposição de medida socioeducativa, faz-se necessário o acompanhamento do menor enquanto durar o cumprimento da medida, o que não é possível na hipótese de exclusão do processo.

Daí a previsão do parágrafo único do artigo 126 do ECA, que cuida da remissão, concedida pela autoridade judiciária, como forma de suspensão ou extinção do processo. Na primeira há cumulação de medida socioeducativa; na segunda, não. Assim, tal como ficou assentado no precedente citado, *a extinção do feito só tem lugar na hipótese de concessão de remissão sem cumulação de medidas socioeducativas, ou no caso de cumulação com medida de advertência. Havendo imposição cumulativa de medidas socioeducativas, a remissão acarreta simplesmente a suspensão do processo, em face da evidente necessidade de continuar acompanhando o adolescente. Nesse sentido, a lição de Rossato, Lépore e Sanches*[1]*: "A remissão importará na extinção do processo quando for desnecessário qualquer acompanhamento posterior. Reserva-se às hipóteses em que se concede perdão puro e simples, ou quando a medida se esgota em si mesma, como ocorre com a advertência. De outro lado**, a remissão acarretará na suspensão do processo quando houver a necessidade de continuidade do acompanhamento do adolescente**. Para tanto, cumulativamente à remissão, aplica-se medida socioeducativa de prestação de serviços à comunidade ou liberdade assistida. Nesses casos, enquanto o adolescente estiver em cumprimento de medida socioeducativa, o procedimento será suspenso*".

Essa, a meu sentir, é a leitura adequada do artigo 127, do ECA, vez que a aplicação cumulativa de medida socioeducativa só faz sentido na hipótese de remissão concedida judicialmente, como forma de suspensão do processo, entendimento, aliás, que se alinha com o que dispõe a Súmula 108 do Colendo Superior Tribunal de Justiça[2]. E isso porque, insisto, a aplicação da remissão cumulada com medida socioeducativa demanda o acompanhamento do menor enquanto durar o cumprimento da medida, providência incompatível com a

Acesso ao Sumário

1 Estatuto da Criança e do Adolescente Comentado, 5ª ed., RT, 2013, pág. 384.

2 A aplicação de medidas socioeducativas ao adolescente, pela prática de ato infracional, é da competência exclusiva do juiz.

exclusão do processo. Entendimento contrário, *data venia*, levaria à indesejável situação em que, descumprida a medida imposta, o Estado nada poderia fazer. Em outras palavras, o cumprimento da medida ficaria sujeito à vontade exclusiva do adolescente, o que não é razoável e atenta contra o objetivo primordial da lei, de oferecer proteção integral ao jovem em situação de risco.

No caso dos autos, portanto, considerado o momento processual da oferta, somente era cabível a remissão como forma de exclusão do processo (artigo 126, *caput*, do ECA). A pretendida concessão de remissão, nos moldes em que operada (cumulada com medida socioeducativa), impunha a suspensão do processo, como forma de permitir que, em face do descumprimento, o feito retome seu curso com vistas à produção e análise da prova e prolação de sentença, oportunidade em que será analisada a possibilidade de restrição à liberdade do menor, agora também em face de fato novo, consubstanciado no descumprimento da medida imposta com a remissão. E a suspensão do processo só é possível após o recebimento da representação e por ordem do juiz.

Pelo meu voto, pois, respeitado o entendimento do E. Relator sorteado, acompanho o voto do E. 3º Juiz e **NEGO PROVIMENTO** ao recurso.

PINHEIRO FRANCO, Desembargador, 2º Juiz e Presidente da Seção de Direito Criminal

DECLARAÇÃO DE VOTO VENCIDO

(Voto nº 26731)

Ementa: APELAÇÃO – ATO INFRACIONAL EQUIPARADO AO DELITO DE FURTO – CONCESSÃO, PELO MINISTÉRIO PÚBLICO, DE REMISSÃO CUMULADA COM MEDIDA SOCIOEDUCATIVA DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS À COMUNIDADE – NÃO HOMOLOGAÇÃO PELO JUÍZO EM VIRTUDE DE ILEGALIDADE E CONSTRANGIMENTO ILEGAL, POIS HAVERIA OFENSA AO DEVIDO PROCESSO LEGAL – IMPOSSIBILIDADE – ADMISSIBILIDADE DE REMISSÃO CUMULADA COM MEDIDA SOCIOEDUCATIVA – INTELIGÊNCIA DO ARTIGO 127, DO ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE – MEDIDA SOCIOEDUCATIVA QUE TEM CARÁTER PROTETIVO – DECISÃO QUE DEVE

Acesso ao Sumário

SER REVOGADA – AGRAVO A QUE SE DÁ PROVIMENTO.

1. Trata-se de agravo de instrumento interposto de r. decisão que não homologou a remissão concedida pelo Ministério Público, cumulada com aplicação de medida socioeducativa de prestação de serviços à comunidade em razão da prática, em tese, do delito de furto, pois haveria constrangimento ilegal e ilegalidade e ofensa ao devido processo legal.

A d. Procuradoria de Justiça, reiterando a manifestação do agravante/MP, manifestou-se no sentido do provimento do recurso, dada a legalidade da remissão à luz dos artigos 126 e seguintes do ECA, com vinda aos autos de informações e juntada de documentos do Juízo.

É o relatório.

2. Preceitua o artigo 126, do Estatuto da Criança e do Adolescente que, para o oferecimento da remissão, o Ministério Público deve atentar às circunstâncias e consequências do fato, ao contexto social, bem como a personalidade do adolescente, podendo aplicá-la em qualquer fase do procedimento judicial, inclusive, antes de iniciado, vez que dispensa a comprovação de autoria e materialidade.

Ainda, disciplinando o instituto, dispõe o artigo 127, do referido estatuto que, a remissão não implica o reconhecimento ou comprovação de responsabilidade, nem prevalece para efeito de antecedentes, **podendo incluir a aplicação das medidas socioeducativas previstas em lei, exceto a semiliberdade e a internação**.

Na hipótese, a remissão, a ser concedida pelo Juízo, cumulada com medida socioeducativa de prestação de serviços à comunidade é de ser concedida após manifestação do i. Representante do Ministério Público, merecendo, a r. decisão agravada, reforma.

Assim, concessão de remissão com aplicação da medida socioeducativa de prestação de serviços à comunidade, no caso posto *sub judice*, mostra-se adequada ao adolescente e compatível com os fatos narrados nos autos, vez que proporcionará a reeducação e a ressocialização do jovem, incutindo-lhe valores e orientando-o a exercer seu papel de forma adequada no seio social, implicando maior responsabilidade e disciplina.

Nesse sentido, há precedentes dos Tribunais Superiores:

"**RECURSO EXTRAORDINÁRIO. ARTIGO 127 DO ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. REMISSÃO CONCEDIDA PELO MINISTÉRIO PÚBLICO. CUMULAÇÃO DE MEDIDA SÓCIO-EDUCATIVA IMPOSTA PELA AUTORIDADE JUDICIÁRIA. POSSIBILIDADE. CONSTITUCIONALIDADE**

Acesso ao Sumário

DA NORMA. PRECEDENTE. RECURSO CONHECIDO E PROVIDO. 1. O acórdão recorrido declarou a inconstitucionalidade do artigo 127, *in fine*, da Lei nº 8.089/90 (Estatuto da Criança e do Adolescente), por entender que não é possível cumular a remissão concedida pelo Ministério Público, antes de iniciado o procedimento judicial para apuração de ato infracional, com a aplicação de medida sócio-educativa. 2. A medida sócio-educativa foi imposta pela autoridade judicial, logo, não fere o devido processo legal. A medida de advertência tem caráter pedagógico, de orientação ao menor e em tudo se harmoniza com o escopo que inspirou o sistema instituído pelo Estatuto da Criança e do Adolescente. 3. A remissão pré-processual concedida pelo Ministério Público, antes mesmo de se iniciar o procedimento no qual seria apurada a responsabilidade, não é incompatível com a imposição de medida sócio-educativa de advertência, porquanto não possui esta caráter de penalidade. Ademais, a imposição de tal medida não prevalece para fins de antecedentes e não pressupõe a apuração de responsabilidade. Precedente. 4. Recurso Extraordinário conhecido e provido" (STF, RE nº. 248.018/SP, Relator Min. JOAQUIM BARBOSA, SEGUNDA TURMA, DJ 20/06/2008.)

"***HABEAS CORPUS*. FURTO. ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. REMISSÃO CUMULADA COM MEDIDA SOCIOEDUCATIVA DE LIBERDADE ASSISTIDA E PRESTAÇÕES DE SERVIÇOS À COMUNIDADE. POSSIBILIDADE. 1. A remissão prevista no Estatuto da Criança e do Adolescente pode ser aplicada em qualquer fase do procedimento menorista, uma vez que prescinde de comprovação da materialidade e autoria do ato infracional, nem implica reconhecimento de antecedentes infracionais. 2. Não ocorre violação dos princípios do contraditório e da ampla defesa quando a proposta oferecida pelo Ministério Público é homologada antes mesmo da oitiva do adolescente. 3. Não há constrangimento ilegal quando a remissão é cumulada com medida de liberdade assistida e com prestação de serviços à comunidade, pois este instituto pode ser aplicado conjuntamente com outras medidas que não impliquem restrição de liberdade do menor, nos exatos termos do art. 127 do Estatuto da Criança e do Adolescente. 4. O art. 128 do ECA o qual prevê que 'a medida aplicada por força da remissão poderá ser revista judicialmente, a qualquer tempo, mediante pedido expresso do adolescente ou de seu representante legal ou do Ministério Público'. Desta forma, que não se trata de medida definitiva, estando sujeita a revisões, de acordo com o comportamento do menor. 5. Ordem**

Acesso ao Sumário

denegada" (STJ, HC nº. 220.901/MG, Relator Ministro Og Fernandes, j. 01/03/2012, v.u.).

Há precedente, também, desta Corte:

"**APELAÇÃO DA DEFESA – 'Pichação' – Remissão, pelo Ministério Público, cumulada com aplicação judicial de liberdade assistida e reparação do dano – Nulidade da sentença, por ausência de defesa técnica – Hipótese em que não se justifica o reconhecimento de qualquer nulidade – Anuência do adolescente e seu responsável – Admissão da prática infracional – Cumprimento das medidas de reparação de dano e liberdade assistida – Ausência de prejuízo a justificar o reconhecimento de nulidade – Não provimento do recurso**" (Apelação nº. 157.653.0/0-00, Relatora Des. Maria Olívia Alves, j. 05/05/08, v.u.).

Ainda, no mesmo sentido, desta C. Câmara, temos a **Apelação nº 0003218-95.2012.8.26.0493, Relatora Des. Cláudia Grieco; o Agravo de Instrumento nº 2015499-05.2014.8.26.0000 – Santa Fé do Sul, a Apelação nº 0001062-51.2012.8.26.0165 – Dois Córregos e a Apelação nº 3028424-96.2013.8.26.0114 – Campinas, todos relatados pelo Des. Pinheiro Franco, casos em que, a par da aceitação da internação-sanção no primeiro V. Acórdão, aceitou-se, em todos, a remissão cumulada com prestação de serviços à comunidade ou liberdade assistida, sempre mantendo-se a competência do Juízo para homologação**.

Outrossim, não é caso de desconsideração do conteúdo da Súmula 108 do STJ , pois quem homologará a remissão é o Juízo, o que se determina "hic et nunc", e não o Ministério Público e tal Súmula tem como intenção justamente dirimir a questão da competência para homologação/aplicação da medida socioeducativa.

Destarte, merece reparos a r. decisão proferida.

3. Ante o exposto, **dá-se provimento ao agravo, reconhecendo-se como possível a remissão indigitada, "*hic et nunc*" homologada, providenciando-se o necessário.**

ARTUR MARQUES DA SILVA FILHO, Desembargador, Relator sorteado vencido e Presidente da Seção de Direito Privado

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2111899-81.2014.8.26.0000, da Comarca de São Vicente, em que é agravante

Acesso ao Sumário

(...), é agravado PROMOTOR DE JUSTIÇA DA VARA DA INFÂNCIA E JUVENTUDE DE SÃO VICENTE.

ACORDAM, em Câmara Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Na parte conhecida, deram provimento parcial, nos termos que constarão do acórdão. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 2.931)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores EROS PICELI (VICE-PRESIDENTE) (Presidente sem voto), WALTER DE ALMEIDA GUILHERME (PRESIDENTE DA SEÇÃO CRIMINAL, em exercício) e RICARDO ANAFE (PRESIDENTE DA SEÇÃO DE DIREITO PÚBLICO).

São Paulo, 8 de setembro de 2014.

AIRTON PINHEIRO DE CASTRO, Relator

Ementa: PEDIDO DE PROVIDÊNCIAS – Tutela antecipada para impor à instituição de atendimento agravante a separação dos menores, segundo os critérios previstos no art. 123 do ECA, bem como a substituição de equipamentos com conotação prisional, fixado para tanto o prazo de trinta dias – Alegada a nulidade por ausência de citação e impossibilidade de antecipação total ou parcial do objeto da lide – Inocorrência – Suprimento da citação pelo ingresso espontâneo da agravante nos autos, quando exercido, na plenitude, seu direito de defesa – Tutela parcialmente deferida na origem cuja irreversibilidade não se reconhece – Determinação imediata de observância dos critérios de separação dos internos, forte na expressa previsão do art. 123 da Lei nº 8.069/90 – Necessidade de adequação aos termos do estatuto menorista, no particular reconhecidamente não observado sem justificativa plausível – Precipitada concessão do provimento de urgência no concernente à inadequação das instalações da entidade – Ausência de estudo de impacto de segurança a impedir a definição da questão antes da dilação probatória – Necessário aprofundamento da atividade cognitiva do juízo – Pretendida extinção do feito sem resolução de mérito por ilegitimidade de parte e impossibilidade jurídica do pedido – Questões sequer submetidas à apreciação do d. juízo *a quo*, de resto despidas de

Acesso ao Sumário

qualquer fundamentação – Inadmissível supressão de instância, a determinar o não conhecimento da insurgência sob este enfoque – Decisão parcialmente reformada.

Recurso parcialmente provido, na parte conhecida.

VOTO

Trata-se de agravo de instrumento interposto pela (...), contra decisão do MM. Juiz de Direito da Vara da Infância e da Juventude da Comarca de São Vicente que, em âmbito de pedido de providências, houve por bem deferir a tutela antecipada postulada para obrigar a agravante a providenciar, no prazo de trinta dias, o estabelecimento de limites de idade apropriados para atendimento socioeducativo aos internos daquela unidade, segundo sua faixa etária, compleição física e gravidade do ato infracional, nos termos do art. 123 do ECA, proibindo-se a colocação de adolescentes menores de 16 anos em companhia de outros mais velhos, a par de substituir os equipamentos que contenham conotação prisional, tais como portas de aço nos dormitórios, grades de ferro nos banheiros, portas de ferro nas salas de aula, "gaiolas" ou outros equipamentos similares, adaptando, assim, a unidade, em respeito ao princípio da dignidade da pessoa humana.

Inicialmente, alude-se quanto à ausência de citação da agravante para compor a relação processual subjacente, nos moldes exigidos pelo Código de Processo Civil. No mais, sustenta-se, em suma, a ilegalidade da decisão, pois a tutela concedida esgota, parcialmente, o objeto da demanda, o que afronta o disposto no art. 1º da Lei nº 9.494/97, c.c. o art. 1º, § 3º, da Lei nº 8.437/92. Aduz-se que, não obstante a ausência de perícia, a qual, inclusive foi pleiteada pela agravante em sua peça defensiva, para constatação de eventual irregularidade na unidade, determinou-se a adequação do estabelecimento, no prazo de trinta dias, sem observância dos princípios administrativos que exigem, para tanto, licitação e dotação orçamentária. Afirma-se, também, estarem ausentes os requisitos para a antecipação da tutela requerida na ação subjacente, posto não caracterizados fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação, ou mesmo de ineficácia do provimento final, requisitos exigidos pelos arts. 273, I, do Código de Processo Civil e 213, § 1º, da Lei nº 8.069/90. Ao contrário, alega-se que a determinação de imediata implementação das adaptações, além de contrariar a legislação de regência da administração pública, ainda mostra-se contrária à normatização aplicável aos adolescentes em conflito com a lei, pois implicará transferência de socioeducandos para outras unidades, a prejuízo do "direito de proximidade" com seus familiares, sem contar o risco advindo da mudança dos equipamentos recentemente instalados, justamente para se garantir maior

Acesso ao Sumário

segurança para a unidade, como para os próprios internos. Substituir grades por portas de madeira, as quais poderão tornar-se armas, ou de plástico que facilmente são arrombadas, não se mostra razoável. Ressalta-se que a ausência de perícia para a constatação da necessidade de adequação dos equipamentos da unidade não atende, igualmente, ao requisito exigido para a concessão da tutela de urgência, de existência de prova inequívoca da verossimilhança do alegado, como preconiza o dispositivo aludido. Ademais, pranteia-se que o provimento mostra-se irreversível, circunstância a desaconselhar seu deferimento liminar, como dispõe o § 2º do artigo em comento. Aponta-se, ainda, que os equipamentos atuais, em vista da natureza da medida socioeducativa de internação executada na unidade são indispensáveis à garantia da segurança, tanto quanto para prevenir evasões, especialmente diante de anteriores rebeliões e fugas ocorridas. Por derradeiro, alega-se exíguo o prazo de trinta dias concedido para a efetivação do quanto determinado, cuja manutenção mostra-se divorciada dos critérios de proporcionalidade e razoabilidade, posto não observadas as normas aplicáveis aos entes de direito público que, como dito, se submetem às limitações orçamentárias, bem como ao formalismo exigido por lei. Pugna-se, desse modo, pela concessão de efeito ativo e, ao final, o provimento do agravo, para ser extinto o processo, sem resolução do mérito, por ilegitimidade de parte e impossibilidade jurídica do pedido, nos termos do art. 267, VI, do Código de Processo Civil.

Concedido parcialmente o efeito recursal almejado (fls. 323/327), foram prestadas as informações (fls. 332/333) e, respondido o recurso (fls. 591/599), opinou a douta Procuradoria Geral de Justiça por seu parcial provimento (fls. 726/729).

A fls. 723/724 manifesta-se o Ministério Público pugnando pela modulação dos efeitos da tutela concedida (fls. 723/724).

É o relatório.

Recurso parcialmente fundado, na parte conhecida.

De proêmio, insta afastar-se a nulidade processual aventada pela agravante.

Acesso ao Sumário

Isso porque, a despeito da referida ausência de formal citação, a agravante efetivou sua participação no ato designado sob o pálio do art. 2º da Lei nº 8.437/92 (fls. 92), quando lhe foi oportunizada a ciência dos termos da inicial, bem como de todo o processado até então. Exerceu, ademais, na plenitude, seu direito à ampla defesa, através de resposta escrita, na qual expôs seus argumentos e requereu a produção de provas (fls. 160/187).

Assim, não experimentou a agravante qualquer prejuízo com a falta assinalada, em ordem a legitimar o reconhecimento do vício processual aduzido, expressão de exacerbado apego formal na contramão da diretriz do máximo

aproveitamento dos atos processuais.

Superada a preliminar arguida, bem de ver que da afronta ao disposto no art. 1º da Lei nº 9.494/97, c.c. o art. 1º, § 3º, da Lei nº 8.437/92 não se há cogitar, seja porque a decisão hostilizada não abrange o todo da pretensão deduzida, seja porque não revela conotação de irreversibilidade.

Precisas, a este propósito, as ponderações lançadas pelo Min. TEORI ALBINO ZAVASCKI, por ocasião do julgamento do REsp 664.224, j. 5.9.06: "*Ao estabelecer que* '*não será cabível medida liminar que esgote, no todo ou em parte, o objeto da ação*', *o § 3º do art. 1º, da Lei 8.437/92, está se referindo, embora sem apuro técnico de linguagem, às liminares satisfativas irreversíveis, ou seja, àquelas cuja execução produz resultado prático que inviabiliza o retorno ao status quo ante, em caso de sua revogação*".

No aspecto em que determinado pelo d. juízo *a quo* o estabelecimento de limites de idade apropriados para atendimento socioeducativo aos internos da unidade objeto do litígio, segundo sua faixa etária, compleição física e gravidade do ato infracional, nos termos do art. 123 do ECA, longe de se identificar qualquer ranço de ilegalidade, apenas se fez por determinar o estrito cumprimento do comando normativo, diga-se, vigente há mais de duas décadas!!!

Reza o dispositivo legal em apreço: "**Art. 123. A internação deverá ser cumprida em entidade exclusiva para adolescentes, em local distinto daquele destinado ao abrigo, obedecida rigorosa separação por critérios de idade, compleição física e gravidade da infração**".

Diante de expressa previsão legal, verifica-se suprido o requisito de verossimilhança do quanto alegado a autorizar a tutela de urgência deferida, a fim de se determinar a observância de tais critérios, pena de vulneração de comando normativo cogente, umbilicalmente vinculado aos princípios e garantias afetos à doutrina da proteção integral, de prosápia constitucional.

Veja-se que a própria agravante aduz de uma separação inicial, por adolescentes de primeira passagem e adolescentes de mais passagens por medidas de internação, ponderando, no concernente à separação por idade, estar fazendo as reflexões necessárias à sua viabilização, no momento de reformulação organizacional e estrutural vivenciado (fls. 17/18).

Ora, neste contexto de expresso reconhecimento de injustificável inobservância do estrito comando normativo apontado por violado, soa absolutamente inaceitável a alegação de exiguidade do prazo concedido para a consecução da obrigação imposta que, para além de qualquer dúvida, de há muito já deveria estar plenamente implementada.

Ademais, não se infere que a providência carregue grande complexidade em sua efetivação, a justificar a dilação do prazo assinalado.

Igualmente desarrazoada a alegação de que a providência determinada

Acesso ao Sumário

acarrete lesão a direito dos adolescentes de cumprir medida em local próximo de sua residência, uma vez que a disposição contida no art. 49, II, do SINASE, permite o remanejamento de internos a unidades outras que não a do local em que residam, desde próximas, portanto não necessariamente a mais próxima, sobretudo tratando-se de instituição destinada a atender jovens envolvidos em infrações de maior gravidade.

Sem embargo de tais considerações, ressalvado o entendimento do d. juízo *a quo*, quer parecer açodada a concessão da tutela de urgência postulada, no concernente à determinação de substituição dos equipamentos que, supostamente, teriam conotação prisional.

Questionável, para dizer o mínimo, que as instalações, tal como se apresentam, após as modificações introduzidas com a reforma (fls. 276/282), se assemelhem a equipamento prisional, o que está a demandar maior reflexão, à luz de outros elementos, ainda não conquistados nos autos, acerca da aludida inadequação, especialmente, diante da destinação da unidade para atendimento de casos de maior gravidade.

Necessário, nessas condições, aquilatar-se a possibilidade de substituição da atual configuração projetada na reforma para os padrões requeridos, sem por em xeque a segurança dos próprios internos, funcionários e da própria sociedade.

De se observar a razoabilidade das argumentações deduzidas pela agravante, ante a referência às precedentes rebeliões enfrentadas e eventual inviabilidade das adaptações propugnadas, sobretudo no concernente às questões relativas à segurança da unidade.

E não se pode, ao arrepio dessa argumentação, determinar a pronta readequação dos equipamentos, sequer concebendo-se o sobrestamento do andamento da reforma em curso, que se pressupõe projetada em consonância com os ditames normativos, sem atentar para a questão afeta à segurança da unidade em questão, considerada como um todo. Fica refutado, por conseguinte, o pleito deduzido a fls. 723/724.

Oportuno transcrever o que com propriedade ponderou o D. Procurador de Justiça oficiante nos autos em sua manifestação de fls. 728/729, *in verbis*:

> "No entanto, há necessidade de cuidado na determinação de substituição dos equipamentos de segurança que, em tese, poderiam ter conotação prisional. Não foi realizado estudo técnico para verificar o impacto da medida na segurança da unidade e nem quais os equipamentos que poderiam ser empregados.
>
> A simples retirada dos equipamentos vai colocar em risco os próprios internos da unidade, além dos funcionários, possibilitando rebeliões e fugas, com resultados que podem ser catastróficos, como já ocorridos outrora.
>
> Não estamos tratando de menores de pouca periculosidade. Se eles

Acesso ao Sumário

estão internados é porque a medida foi necessária e adequada, que é aplicada em virtude da prática de atos infracionais graves."

Nesse compasso, imprescindível para a resolução de questão tão delicada o aprofundamento da atividade cognitiva do d. juízo *a quo*, à luz do contraditório, com análise das provas a serem produzidas, inclusive periciais que, aparentemente, se mostram úteis e necessárias, para então se ponderar sobre a equalização da questão afeta, de um lado aos direitos inerentes aos adolescentes em conflito com a lei, e doutro à segurança dos mesmos, dos funcionários e da própria sociedade.

Por fim, cumpre ponderar que o pleito deduzido na parte final das razões de insurgência recursal, no sentido de ser prontamente extinto sem resolução do mérito o feito, por ilegitimidade de parte e impossibilidade jurídica do pedido não comporta conhecimento, porquanto sequer submetido à apreciação do d. juízo *a quo*, esbarrando, pois, na vedação de supressão de instância jurisdicional.

Ante o exposto, pelo meu voto, na parte conhecida, dá-se **PARCIAL PROVIMENTO** ao recurso, na parte conhecida, confirmando o efeito ativo concedido, nos termos da fundamentação.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2076778-89.2014.8.26.0000, da Comarca de (...), em que é agravante L.A.A., é agravada J.B..

ACORDAM, em Câmara Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento em parte ao recurso, com observação. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 39.454)**

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, 1 de setembro de 2014.

GUERRIERI REZENDE, Decano e Relator

Ementa: AGRAVO DE INSTRUMENTO. REGULAMENTAÇÃO DE VISITAS – O direito de visitas, mais do que um direito dos pais constitui direito dos filhos em serem visitados, garantindo-

Acesso ao Sumário

lhes o convívio com a genitora a fim de reestabelecer, manter e fortalecer os vínculos afetivos – Evidenciado o grau de beligerância existente entre as partes, inclusive com informação de medida protetiva , bem como acusações de quadro de síndrome da alienação parental, revela-se adequada a realização das visitas de forma assistida.

AGRAVO DE INSTRUMENTO PARCIALMENTE PROVIDO, com observação.

VOTO

Trata-se de recurso de agravo de instrumento, com pedido de liminar, interposto por **L.A.A.** contra decisão que indeferiu o pedido de visitas em relação à filha **J.S.B.**, nos autos de Ação de Regulamentação de Guarda com pedido de Tutela Antecipada e reconhecimento de Alienação Parental, com o escopo de verificar eventual violação dos direitos fundamentais daquela criança. Alega, em síntese, que em (...) requereu ao Ilustre Magistrado autorização para visitar sua filha, ainda que com a condição de acompanhamento judicial e o pedido foi indeferido em (...). Aduz que na decisão hostilizada não houve fundamentação jurídica para impedimento da visita a sua filha e que o decidido apenas condiciona ao cumprimento do despacho que determinou a elaboração do laudo de estudo psicológico e social que se acostará aos autos em apenso sob o nº 445/2011. Sustenta, também, que goza de plena saúde física e mental e que mesmo que assim não fosse, eventuais problemas de saúde da genitora não ensejariam nenhuma prova capaz de afastá-la da criança. Junta laudo psicológico particular favorável, abaixo-assinados, declarações de apoio da comunidade e prova de exercício laboral para sustentar a sua capacidade para visitar a sua filha. Também, junta, em complemento, informação de parecer favorável do Ministério Público, que consta na Ação Principal, à visita assistida pleiteada pela genitora. Alega, ainda, a agravante, que há uma notória existência de alienação parental. Requer, assim, ao final, o provimento de seu recurso a fim de que sejam estabelecidas visitas a sua filha, aos finais de semana, em dias e horários a serem fixados. (fls.1/12).

Denegada a liminar (fls. 194/195), não houve apresentação de contraminuta (fls. 202), a Procuradoria Geral da Justiça opinou pelo não provimento do recurso (fls. 204/206).

É o relatório.

O agravo de instrumento merece parcial provimento.

Vê-se, ao compulsar os autos, que entre as partes é latente a animosidade. A alegação de recusa da presença da genitora e da família materna induz a

Acesso ao Sumário

crença na possibilidade de existência de um quadro de síndrome de alienação parental, porém, essa questão somente poderá ser elucidada, com clareza, na dilação probatória da ação principal.

Com efeito, com as informações prestadas aos autos e a ausência de contrarrazões, à primeira vista, não se vislumbra óbice à autorização de visita assistida da genitora à sua filha J.S.B..

Ao que tudo indica, a Agravante, desde que foi acometida pela doença, meados do ano de (...), não mantém qualquer contato com a filha (fl. 33). De fato, conquanto tenha a perita judicial sugerido que não há margem de segurança suficiente para um retorno imediato da guarda para a genitora, não há, por ora, elementos suficientes de prova a formar convicção a respeito de ocorrência de graves atos imputados à agravante a ponto de impedir que seja autorizada a realização de visitas assistidas. É de se ressaltar, que a informação prestada pelo douto juízo noticia um estudo psicológico realizado aos (...), ou seja, aproximadamente, há (...) anos. (fls. 199/201).

Por outro lado, em que pese a grave notícia de ter sido adotada medida protetiva contra a Agravante, na data de (...) (fl. 84), também, não há qualquer fato concreto acerca da impossibilidade de a genitora exercer visitas assistidas, neste momento, à filha. A cautela deve se voltar para impedir, apenas, que as visitas sejam realizadas na presença do pai e da tia, não acarretando total prejuízo ao proferido na medida protetiva exarada pelo Douto juízo da Vara Criminal de (...) (fl. 84).

A Convenção das Nações Unidas sobre os Direitos da Criança, da qual o Brasil é signatário, assegura à criança o direito de manter regularmente relações pessoais e contato direto com ambos os pais, caso seja separada de um ou de ambos (artigo 9º, nº 1). O afastamento definitivo só se justifica quando visa proteger a criança naquelas hipóteses em que os prejuízos superam os benefícios, o que não se vislumbra ao caso nos autos.

Não se pode olvidar que o direito de visitas da genitora, ora agravante, tem estreita relação com a noção de parentesco e visa à salvaguarda das relações familiares.

Por esta razão, a convivência da criança e do adolescente com sua família é direito assegurado pelo artigo 227 da Constituição Federal, com absoluta prioridade, e considerado como fundamental para a construção de sua personalidade, consoante leciona MARTHA DE TOLEDO MACHADO, na obra "A proteção constitucional de crianças e adolescentes e os Direitos Humanos", Ed. Manole, 2003, p.161:

"*No direito à convivência familiar de crianças e adolescentes repousa um dos pontos de esteio da chamada doutrina da proteção integral, na medida em que implica reconhecer que a personalidade infanto-juvenil tem atributos*

Acesso ao Sumário

distintos da personalidade adulta, em decorrência da particular condição de pessoa ainda em fase de desenvolvimento, e que, portanto, crianças e adolescentes são sujeitos de direitos e não meros objetos de intervenção das relações jurídicas dos seres adultos, já que titulares de direitos fundamentais especiais em relação aos adultos".

Infere-se, por conseguinte, que a visitação, mais do que um direito da genitora, constitui, também, direito da filha, garantindo-lhe o convívio com a agravante a fim de se reestabelecer, fortalecer e manter os vínculos afetivos e familiares.

Não obstante o estudo psicológico da assistente do juízo colacionado aos autos pela agravante, como peça que se vê necessária, quase compromete a análise do agravo em face de sua precária legibilidade, tem-se que, não obsta que seja deferido o direito da genitora visitar sua filha acompanhada de um psicólogo e/ou assistente social, indicados pelo Juízo, com a cautela do distanciamento da tia ou pai. Percebe-se que a causa da celeuma se deu não somente pela animosidade entre as partes, mas também, em razão da doença acometida pela genitora, o que por si só, antes da decisão final, não poderia acarretar o completo distanciamento da filha. É de se ressaltar que estender para mais de dois anos uma condição provisória não é razoável.

Ademais, importante destacar que há nos autos parecer do Ministério Público, datado de (...) (fl. 189), que não se opõe ao pedido de visitas assistidas, desde que, monitoradas por equipe psicossocial. Nessa toada, acrescenta-se, ainda, que é dever de o Estado assegurar o direito da filha, em tenra idade, de ter oportunidade de reestabelecer a convivência familiar, pondo-a em seguro no âmbito de suas relações, no esteio do que se preceitua no artigo 227, da Carta Magna. Dessa forma, as permissões acima deverão prevalecer até o julgamento final da ação principal, porque na eventualidade de não restarem configurados outros motivos ensejadores de suspensão da visita, os vínculos até então criados não estarão, por todo, desfeitos.

Isso posto, **DOU PARCIAL PROVIMENTO** ao agravo de instrumento para fixar as visitas monitoradas à filha, acompanhados por psicólogo e/ou assistente social para dar suporte à aproximação, uma vez a cada 15 dias, em lugar neutro, pelo período de até 4 (quatro) horas, dando-se preferência a lugar público a ser arbitrado conforme a conveniência do Douto Juízo, com urgência, devendo as partes se responsabilizarem pelo ambiente harmônico desses encontros, sempre buscando a preservação da estabilidade emocional da menor e adequando-se as visitas posteriormente com base nos laudos que devem ser enviados para o juízo com frequência.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2054743-38.2014.8.26.0000, da Comarca de Mauá, em que são agravantes D.S.O.M. e S.F.S., é agravado PROMOTOR DE JUSTIÇA DA VARA DA INFÂNCIA E JUVENTUDE DE MAUÁ.

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 3.235)**

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, 13 de outubro de 2014.

AIRTON PINHEIRO DE CASTRO, Relator

Ementa: Ação de destituição do poder familiar – Insurgência manifestada contra liminar de suspensão do poder familiar e determinação de abrigamento de infante – Situação de risco suficientemente evidenciada pelo conjunto probatório até então colacionado aos autos, circunstância a legitimar a preservação da medida protetiva, enquanto se aprofunda a atividade cognitiva do juízo – Relevantes elementos indicativos de dependência química dos genitores, desidiosos no trato da menor – Decisão mantida.

Recurso desprovido.

VOTO

Trata-se de agravo de instrumento interposto por D.S.M. e S.F.S. contra r. decisão copiada a fls. 91, proferida pelo MM. Juiz de Direito da Vara da Infância e da Juventude da Comarca de Mauá, nos autos de ação de acolhimento institucional, cumulada com destituição do poder familiar promovida pelo Ministério Público, mercê da qual liminarmente deferida a suspensão do referido poder exercido sobre sua filha T.M. e determinado o acolhimento da mesma.

Sustentam, em suma, a ilegalidade do *decisum*, bem como seu desacerto, pois além de ausente a devida fundamentação, não observou o direito da criança ao convívio com sua família de origem, previsto no artigo 227, *caput*, da Constituição Federal e artigo 19 do ECA. Aduzem não haver provas aptas

Acesso ao Sumário

a motivar o deferimento da liminar ora impugnada. Em particular, não foram relatados pelos Conselheiros Tutelares sinais de maus-tratos ou abandono da infante. Ressaltam a necessidade de lhes serem disponibilizadas ações voltadas à promoção social da família, a fim de se priorizar sua reintegração, como preveem os artigos 19, § 3º e 101, § 7º, do ECA. Pontuam com espeque no artigo 101, § 9º, do supracitado estatuto, que a destituição é medida extrema, apenas cabível quando esgotadas as possibilidades de reinserção da criança em sua família natural ou ampliada. Pugnam, por isso, pela concessão de efeito ativo ao recurso e, no mérito, pelo provimento do agravo para reformar a decisão atacada.

Indeferido o efeito suspensivo almejado (fls. 167/168), o recurso foi respondido, com preliminar de intempestividade (fls. 175/179) e, prestadas as informações (fls. 184/185), opinou a douta Procuradoria Geral de Justiça pelo não provimento do agravo (fls. 187/189).

É o relatório.

Recurso infundado.

De proêmio, afasta-se a preliminar arguida pelo agravado acerca da intempestividade do inconformismo (fls. 176/177).

Como bem observado no parecer ministerial, não há como se aferir quando iniciou o curso do prazo recursal, pois ausente certidão de abertura de vista dos autos ao membro da defensoria pública (fls. 188), circunstância a inviabilizar a apreciação da questão em comento.

No mais, malgrado a argumentação dos recorrentes e a intensidade das medidas aplicadas, a decisão desafiada, neste ponto, buscou a preservação da integridade da infante, cuja proteção integral encerra o norte maior a ser observado nesta esfera menorista.

No aspecto, baseou-se a decisão em relevantes indicativos, apurados em sede de cognição sumária, a expressar grave violação dos direitos da criança e adolescente (fls. 44/45), em cenário de aparente abandono, encerrando inexorável exposição a situação de risco, hábil a legitimar a pronta intervenção estatal determinada, pese a excepcionalidade a lhe marcar a atuação.

Expressivos, no sentido do que precede, os relatos inseridos na informação do Conselho Tutelar a fls. 36.

Na oportunidade, atendendo denúncia anônima, os Conselheiros dirigiram-se à residência dos agravantes e ali se depararam com um cenário de consumo de narcóticos e abandono de menor. Narram terem ouvido do portão o choro da criança; tendo sido observado, no interior da casa, indícios de consumo de entorpecentes. Cachimbos de crack, cápsulas usualmente utilizadas para acondicionamento de narcóticos e vestígios de pó aparentando cocaína foram localizados. O genitor estava “apagado”, possivelmente alcoolizado, no

Acesso ao Sumário

quarto, tendo acordado apenas com o escândalo feito pela genitora ao chegar à residência, aparentemente drogada, deparando-se com os conselheiros retirando a menor do local.

Acolhida a infante, a rede de atendimento laborou no sentido de encontrar familiar apto e disposto a assumir o múnus de guardiania da menor. A progenitora paterna não pode assumir o encargo por já cuidar de outro filho do agravante, não dispondo de condições para o amparo de mais esta neta (fls. 36); e a irmã da genitora, embora disposta e apta a tanto, inclusive tendo ingressado com o competente pedido (fls. 48), acabou por desistir da assunção da sobrinha por temer represálias de sua fraterna (fls. 66/67 e 75).

O contexto fático assim identificado, repita-se, pese a sumariedade da cognição até o momento alcançada, da qual reflete a provisoriedade da decisão hostilizada, é o quanto suficiente a conferir-lhe o necessário respaldo, mercê da inegável situação de risco a determinar a intervenção estatal protetiva.

O *decisum* destacou em sua motivação haver prova inequívoca da situação de risco a que exposta a infante e, consequentemente, a potencialidade de dano irreparável ao seu desenvolvimento físico e psicológico, a autorizar o deferimento do pedido liminar.

Emerge clara na fundamentação aludida a presença da verossimilhança das alegações e risco de dano irreparável, tudo a satisfazer os requisitos para a concessão da tutela de urgência.

Outrossim, a determinação encontra ainda suporte legal no estatuto menorista.

No aspecto, o art. 19 da citada norma garante às crianças e adolescentes o direito ao convívio familiar e comunitário em ambiente livre da presença de pessoas dependentes de álcool e drogas, vícios de que à evidência padecem os genitores agravantes.

Por seu turno os arts. 98 e 101 da Lei nº 8.069/90 determinam a pronta intervenção da autoridade judiciária, tão logo constatada a situação de risco por ação dos pais ou responsáveis, elencando como medida cabível a reverter tal situação o acolhimento institucional (art. 101, ECA), bem como a suspensão do poder familiar dos genitores (art. 129, X, ECA), sendo certo que a hipótese em comento se subsome perfeitamente à normatização em destaque.

Oportuno mencionar, em reforço ao acerto da medida aplicada, que por ocasião da visita domiciliar procedida pelos técnicos da entidade de acolhimento aos agravantes, estes, apesar de afirmarem aderência a tratamento contra dependência química, aludindo à libertação do vício, foram desmentidos pela genitora do requerido que, convicta, denunciou o abandono do tratamento em clínica especializada, 15 dias após a internação, retomando o consumo de narcóticos (fls. 164).

Acesso ao Sumário

Diante desse quadro, não se há cogitar de ilegalidade do *decisum* ou mesmo reclamar providências tendentes à manutenção da criança em seu seio familiar natural, pois inviável nesse momento a opção.

Outrossim, a providência implementada é compatível com os direitos estatuídos no estatuto menorista, de proteção à vida e à saúde, bem como de desenvolvimento sadio e harmonioso com dignidade, como dispõe o art. 7º da Lei nº 8.069/90.

In verbis:

"**Art. 7º A criança e o adolescente têm direito a proteção à vida e à saúde, mediante a efetivação de políticas sociais públicas que permitam o nascimento e o desenvolvimento sadio e harmonioso, em condições dignas de existência.**";

Ademais, a interpretação principiológica do Estatuto da Criança e do Adolescente induz à atuação estatal ao preconizar que seus destinatários gozam de proteção integral e prioritária; assim, a intervenção da autoridade competente deve ser deflagrada tão logo conhecida a situação de risco, tudo em prestígio aos superiores interesses das crianças e adolescentes (art. 100, parágrafo único, incisos II, IV e VI, do ECA).

Por fim, convém ressaltar a provisoriedade da decisão hostilizada, perfeitamente reversível, caso os estudos a serem desenvolvidos no curso da instrução processual venham a revelar a possibilidade de reintegração familiar, viabilizando assim a cessação da medida protetiva, determinada e legitimada pelo poder geral de cautela do juiz, ante a premente situação de risco no momento constatada.

Ante o exposto, pelo meu voto, **NEGA-SE PROVIMENTO** ao recurso.

Acesso ao Sumário

Agravos Regimentais

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo Regimental nº 2006806-66.2013.8.26.0000/50000, da Comarca de (...), em que é agravante MUNICÍPIO DE (...).

ACORDAM, em Câmara Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram por prejudicado o agravo interno. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 19.372)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores EROS PICELI Vice-Presidente (Presidente) e GUERRIERI REZENDE (Decano).

São Paulo, 22 de setembro de 2014.

RICARDO ANAFE, Relator e Presidente da Seção de Direito Público

Ementa: Agravo Interno.

Agravo de Instrumento. Obrigação de Fazer.

Insurgência manifestada contra decisão monocrática que julgou prejudicado o recurso de agravo de instrumento contra antecipação de tutela que assegurou a jovem portadora de transtorno mental, a inclusão em escola especial.

Superveniência de sentença.

Recurso prejudicado.

VOTO

1. Trata-se de agravo regimental (fl. 01/04) voltado à reforma da decisão monocrática que julgou prejudicado o agravo de instrumento interposto pelo Município de (...) contra decisão que deferiu antecipação de tutela para determinar que o Município providencie a inclusão de menor portadora de transtornos mentais em estabelecimento de ensino adequado às suas necessidades (fl. 54/57).

Sustenta-se, em síntese, que a decisão proferida não se mostrou acertada, cerceando a análise pelo Colegiado, pleiteando-se, pois, o provimento do recurso e a reforma do *decisum*, para regular processamento, conhecimento, apreciação e julgamento pela Turma Julgadora, com o provimento do agravo de instrumento.

2. Por ausência de prejuízo, razoável se mostra o conhecimento do presente recurso, denominado "agravo regimental", como agravo interno, na forma preconizada pelo artigo 557, parágrafo 1º, do Código de Processo Civil, ante a expressa previsão legal em questão.

Ab initio, anoto que recebi o presente agravo somente em 03 de setembro de 2014, em razão da ausência de encaminhamento na data da conclusão a esta Relatoria (22.04.2014 – fl. 05), e após diligências da Secretária da Judiciária Sra. Elaine Ruy Magalhães junto à SOFTPLAN, ao ensejo do que foi procedida à regularização e direcionamento do feito no fluxo digital "Conclusos do Cartório – Gabinete Digital" de forma correta.

A decisão recorrida é do seguinte teor:

"Cuida-se de agravo de instrumento tirado contra decisão da lavra da Meritíssima Juíza de Direito da 1ª Vara Criminal – Anexo Infância

e Juventude da Comarca de (...) que, em ação de obrigação de fazer, deferiu a antecipação dos efeitos da tutela requerida pela agravada.

Depreende-se dos autos que a autora, ora agravada, é portadora de transtorno mental, tendo o neurologista que a acompanha declarado que o seu quadro patológico está 'associado a epilepsia com bom controle medicamentoso. Não apresenta aproveitamento pedagógico na rede regular de ensino e devido a idade acima de 15 anos, sugere-se sua inclusão na escola especial (A., C., L.R., Q.Q. ou similar) para melhor estímulo de suas habilidades' (fls. 43).

Por conta disso, a MM. Juíza prolatora da decisão agravada consignou, *verbis*: 'como sabido, esta Comarca não dispõe de local especializado às necessidades da menor, tanto que conforme consta da inicial ela permanece em casa e sem acesso a qualquer tipo de tratamento adequado', acrescentado ser 'nítida a necessidade de integração social da menor, contudo em local especializado', motivos pelos quais foi deferida a liminar pleiteada, 'para que o MUNICÍPIO disponha de local adequado ao tratamento da menor e em período integral, sob pena de multa diária de R$ 200,00' (fls. 45/46).

Nas razões recursais, a Municipalidade agravante alega que à agravada já foi oferecida vaga no estabelecimento L.R., local então frequentado até 2011, mas a mesma reluta em utilizar aquele serviço, acrescentando que a tentativa de marcar avaliação em outra instituição foi frustrada diante do período de recesso, o que configura obstáculo intransponível, nos termos do artigo 180, do Código de Processo Civil, motivos pelos quais não se afigura razoável a imposição de multa ao Poder Público, haja vista a boa-fé demonstrada e a injustificada recusa da agravada.

Destaca, ainda, que a Vara da Infância e Juventude não tem competência para processar e julgar a demanda, tendo em vista ser a agravada maior de idade, pelo que devem ser anulados todos os atos até então praticados.

Pede-se, enfim, a concessão de liminar para suspender a penalidade de multa e, no mérito, a reforma da decisão agravada, cassando-a.

É a síntese do quanto importa.

O recurso está prejudicado diante da incompetência absoluta da Justiça Especializada da Infância e Juventude.

Por meio do manejo desta via recursal objetiva-se a reforma da decisão que impôs à municipalidade agravante o dever de disponibilizar à parte contrária local adequado ao tratamento da jovem K.G.S., sob pena de multa diária de R$ 200,00 (duzentos reais).

Depreende-se da inicial da ação de obrigação de fazer, cumulada com pedido de tutela antecipada, que a agravada é nascida em (...)

Acesso ao Sumário

(fls. 10) e é portadora de transtorno mental classificado no Código Internacional de Doenças sob nº G80 + G 40 + F 71 + F 72, condição pelas quais necessita de tratamento diferenciado.

Como se sabe, considerando o disposto pelo Estatuto da Criança e do Adolescente, a Justiça da Infância e Juventude é competente para conhecer de ações civis fundadas em interesses individuais, difusos ou coletivos afetos à criança e ao adolescente, ou seja, para menores até doze anos de idade e para adolescentes entre doze e dezoito anos. Essa é a exegese dos artigos 1º, 2º e 148, todos da Lei nº 8.069/90.

A agravada, todavia, atingiu a maioridade em (...) como certificado pela Serventia da Instância Originária a fls. 44 (fls. 37 dos autos principais), com a ação já ajuizada, motivo pelo qual não se encontra mais sob proteção do Estatuto da Criança e do Adolescente, à luz do disposto no artigo 1º da Lei 8.069/90.

Ora, a competência da Justiça Especializada é absoluta, ressalvadas aquelas afetas à Justiça Federal e as que são originárias dos Tribunais Superiores (art. 209 do ECA), de modo que não se pode chancelar o conhecimento e julgamento da ação no atual juízo de origem, hipótese que também afasta a possibilidade de processamento deste recurso por esta Câmara Especial.

Assim, ante a circunstância da questão jurídica aqui ventilada esbarrar na incompetência absoluta da Vara da Infância e Juventude, mormente considerando que a decisão hostilizada foi prolatada quando a beneficiária da tutela já era maior, mostra-se de rigor a redistribuição da ação de obrigação de fazer para a Justiça Comum, de modo que, com exceção do despacho ordenatório da citação, ficam prejudicados todos os demais atos processuais, notadamente os decisórios praticados pelo juízo absolutamente incompetente da Vara Especializada.

Contudo, e até que o juízo competente assuma a presidência dos autos, deliberando sobre a antecipação da tutela postulada na origem, mantenho os efeitos da decisão impugnada, subjacente a preservação do direito à educação da beneficiária (autora), a lhe evitar maior exclusão e rechaço social, mercê de suas condições especiais.

Nesses termos, determino a imediata redistribuição do feito no 1º grau, ficando prejudicado este recurso.

São Paulo, 25 de julho de 2013."

Em razão da demora na promoção da efetiva conclusão a este Relator, acima relatada, o presente agravo interno encontra-se prejudicado, de forma absoluta, vez que, conforme pesquisa efetuada pela Serventia no sistema informatizado do Egrégio Tribunal de Justiça, o feito já foi sentenciado, conforme andamento do processo nº (...).

In casu, o julgamento do feito retira do recurso o interesse de agir, pois não subsiste a interlocutória em face da sentença, como sói poderia ser, de toda

Acesso ao Sumário

sorte que inútil o provimento reclamado.

Desta feita, sem sentido o agravo que, inexoravelmente, perdeu seu objeto, dada a prolação da sentença.

Por todas essas considerações, o agravo não merece ser conhecido pela superveniência da sentença.

3. À vista do exposto, e, pelo arrimo esposado, dá-se por prejudicado o agravo interno.

Apelações

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0011041-39.2008.8.26.0533, da Comarca de (...), em que é apelante/apelada M.P.C., é apelado/apelante R.C..

ACORDAM, em Câmara Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao apelo e ao recurso adesivo, mantendo-se a fundamentada e bem lançada sentença. V.U.. Usou da palavra a Exma. Sra. Procuradora de Justiça Aparecida Maria Valadares da Costa Gonçalves.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 26.335)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores EROS PICELI (VICE-PRESIDENTE) (Presidente) e RICARDO ANAFE (PRESIDENTE DA SEÇÃO DE DIREITO PÚBLICO).

São Paulo, 15 de setembro de 2014.

PINHEIRO FRANCO, Relator e Presidente da Seção de Direito Criminal

Acesso ao Sumário

Ementa: Apelação e Recurso Adesivo. Ação de modificação de guarda, ajuizada na Vara de Família. Posterior remessa dos autos à Vara da Infância e Juventude por estar configurada situação de risco dos menores. Pedido de providências em curso na Vara Especializada. Laudo pericial concluindo pela incapacidade total da mãe e parcial do pai. Atribuição

da guarda ao genitor, por atender ao melhor interesse dos três menores. Genitor que ostenta condições mais favoráveis para exercer a guarda dos filhos. Genitora que não apresenta estrutura emocional adequada para permanecer com a guarda dos menores. Direito de visitas fixado em favor da genitora. Obrigação do genitor em se submeter a tratamento psiquiátrico por cinco anos, sugerida no laudo psiquiátrico, mantida. Honorários advocatícios corretamente arbitrados, tendo em vista a longa duração do feito e os inúmeros incidentes processuais verificados. Apelo e Recurso Adesivo desprovidos.

VOTO

M.P.C. interpõe recurso de apelação contra a r. sentença de fls. 2.607/2.668, que julgou procedente a Ação de Modificação de Guarda proposta por R.C. (autos suplementares – fls. 3.147), concedendo a guarda dos menores R.C.F., T.R.C. e P.C.F. ao autor e fixando regime de visitas.

A apelante postula, preliminarmente, a nulidade da sentença, por ter decidido "extra petita", uma vez que, ao contrário do requerido na inicial, concedeu a guarda dos menores aos avós paternos, pessoas que sequer integram a lide. No mérito, alega: possuir todas as condições para exercer a guarda dos filhos, não havendo nos autos elementos que justifiquem a alteração determinada; que a situação econômica favorável do autor não implica em oferecimento de melhor condição de convívio familiar para o exercício da guarda; que enquanto a guarda estava com a mãe, os menores estavam felizes, situação que apenas se modificou após o estabelecimento da guarda compartilhada; que o afastamento das crianças da genitora ocasionará a elas prejuízos irreparáveis; que os menores desejam residir com a mãe, o que se reputa de vital importância para o desenvolvimento físico, emocional e afetivo deles; que restou comprovado nos autos que os menores estavam perfeitamente adaptados ao lar materno; que a prova técnica colhida é favorável à apelante, uma vez que atesta que ela tem condições de dispensar os cuidados e carinho que os menores necessitam para um desenvolvimento sadio e feliz; que o laudo psiquiátrico não merece ser considerado, pois elaborado com base em apenas um dia de entrevista, com duração de duas horas; que a alteração da guarda somente deve ocorrer em casos graves, nos quais a permanência possa gerar problemas aos menores. Por fim, aduz terem os honorários sido fixados sem fundamentação e em valor excessivo. Requer seja o recurso recebido no duplo efeito, tendo em vista o iminente prejuízo aos menores em decorrência da alteração da guarda em período que antecede as férias escolares (fls. 2.800/2.819).

Acesso ao Sumário

R.C., por sua vez, interpõe recurso adesivo, pugnando pela reforma parcial da sentença, a fim de que seja afastada a determinação imposta, no sentido de submeter-se a tratamento psiquiátrico por cinco anos. Aduz que o laudo psiquiátrico apresentado pelo seu assistente técnico afasta as conclusões do laudo do "expert" oficial, no sentido de ser portador de incapacidade parcial e temporária (fls. 2.863/2.881).

Os recursos foram processados apenas no efeito devolutivo e contrariados (fls. 2.884/2.919 e 2.939/2.946), tendo o representante do Ministério Público em Primeiro Grau opinado pelo desprovimento (fls. 2.966/2.969).

Em seguida, foi interposto agravo de instrumento pela requerida, tendo sido deferido liminarmente o efeito ativo, concedendo-se efeito suspensivo à apelação (fls. 2.973/2.974). Posteriormente, foi reconhecida a intempestividade do agravo, por decisão monocrática. Contra esta decisão, a requerida interpôs agravo regimental, ao qual foi negado seguimento, o que ensejou a interposição de Recurso Especial, não conhecido (fls. 3.177/3.178). Por fim, interpôs agravo em Recurso Especial também não conhecido pelo C. Superior Tribunal de Justiça.

Foi postulada a restauração de autos pela requerida, após constatação de extravio (fls. 3.134/3.136).

Em 12 de dezembro de 2013, o MM. Juízo *a quo* determinou a remessa dos autos suplementares a esta E. Corte.

A douta Procuradoria Geral de Justiça opinou pela rejeição da preliminar de nulidade da sentença e, no mérito, pelo desprovimento dos recursos (fls. 3.222/3.227).

É o relatório, adotado ainda o da sentença.

Rejeito desde logo a preliminar de nulidade arguida pela apelante, sob alegação de ter a sentença sido prolatada "extra petita", pois, ao contrário do postulado na inicial, atribuiu, segundo ela, a guarda dos menores aos avós paternos.

Acesso ao Sumário

Observa-se que a ação foi julgada procedente para conceder a guarda dos menores, R.C.F., T.R.C. e P.C.F., ao autor e não aos avós paternos, fixando ainda regime de visitas à requerida (fls. 2.706).

Assim sendo, não há se falar em julgamento "extra petita".

No mérito, consta dos autos que as partes viveram durante um período em união estável, tendo nascido os filhos R.C.F., em (...), T.R.C., em (...) e P.C.F., em (...). Em (...) contraíram núpcias, sob o regime da separação total de bens e se separaram em (...), quando a ré abandonou o lar.

Pretende o autor a guarda dos filhos, por entender que reúne melhores condições de propiciar a eles um lar harmonioso e um ambiente sadio. Refere a

inúmeros incidentes que considera graves, em relação ao comportamento da ré, o que prejudica a educação dos menores.

Ao seu turno, a ré alega ter sido injuriada física e moralmente pelo autor e que foi expulsa de casa no dia (...). Nega a ocorrências dos fatos relatados pelo autor e afirma que ele não é maduro o suficiente e muito menos está preparado para educar os filhos.

Cumpre desde logo ressaltar que, nos termos do artigo 227, "caput", da Constituição Federal, é dever da família, da sociedade e do Estado, assegurar à criança e ao adolescente, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

Assim sendo, relevante considerar sempre o interesse do menor como fator preponderante e princípio básico.

Nesse sentido ensina Paulo Lúcio Nogueira: "(...) **o que deve sobrelevar é a proteção aos interesses do menor, sobre qualquer outro bem ou interesse juridicamente tutelado, devendo ele ser ouvido sempre sobre sua situação ou seu próprio destino, quando estiver em condições de ser ouvido, não se compreendendo qualquer decisão que seja tomada contrariamente aos seus interesses**" (*in* Estatuto da Criança e do Adolescente Comentado, 3ª ed. Saraiva, p.13).

No que diz respeito à guarda, relevante reproduzir os artigos 1.583 e 1.584, ambos do Código Civil, que dispõem:

> Art. 1.583. A guarda será unilateral ou compartilhada.
>
> § 1º Compreende-se por guarda unilateral a atribuída a um só dos genitores ou a alguém que o substitua (art. 1.584, § 5º) e, por guarda compartilhada a responsabilização conjunta e o exercício de direitos e deveres do pai e da mãe que não vivam sob o mesmo teto, concernentes ao poder familiar dos filhos comuns.
>
> § 2º A guarda unilateral será atribuída ao genitor que revele melhores condições para exercê-la e, objetivamente, mais aptidão para propiciar aos filhos os seguintes fatores:
>
> I – afeto nas relações com o genitor e com o grupo familiar;
>
> II – saúde e segurança;
>
> III – educação.
>
> § 3º A guarda unilateral obriga o pai ou a mãe que não a detenha a supervisionar os interesses dos filhos.
>
> Art. 1.584. A guarda, unilateral ou compartilhada, poderá ser:
>
> I – requerida, por consenso, pelo pai e pela mãe, ou por qualquer deles, em ação autônoma de separação, de divórcio, de dissolução de

Acesso ao Sumário

união estável ou medida cautelar;

II – decretada pelo juiz, em atenção a necessidades específicas do filho, ou em razão da distribuição de tempo necessário ao convívio deste com o pai e com a mãe.

§ 1º Na audiência de conciliação, o juiz informará ao pai e à mãe o significado da guarda compartilhada, a sua importância, a similitude de deveres e direitos atribuídos aos genitores e as sanções pelo descumprimento de suas cláusulas.

§ 2º Quando não houver acordo entre a mãe e o pai quanto à guarda do filho, será aplicada, sempre que possível, a guarda compartilhada.

§ 3º Para estabelecer as atribuições do pai e da mãe e os períodos de convivência sob guarda compartilhada, o juiz, de ofício ou a requerimento do Ministério Público, poderá basear-se em orientação técnico-profissional ou de equipe interdisciplinar.

§ 4º A alteração não autorizada ou o descumprimento imotivado de cláusula de guarda, unilateral ou compartilhada, poderá implicar a redução de prerrogativas atribuídas ao seu detentor, inclusive quanto ao número de horas de convivência com o filho.

§ 5º Se o juiz verificar que o filho não deve permanecer sob a guarda do pai ou da mãe, deferirá a guarda à pessoa que revele compatibilidade com a natureza da medida, considerados, de preferência, o grau de parentesco e as relações de afinidade e afetividade.

No caso presente, as questões deduzidas nos recursos referem-se à mudança de guarda dos menores ao autor e obrigação deste de se submeter a tratamento psiquiátrico durante o período de cinco anos.

É princípio sobre o tema, que devam ser evitadas as alternâncias de guarda, a fim de possibilitar um desenvolvimento emocional mais seguro dos menores, salvo absoluta necessidade. E dentro desse parâmetro, no caso é adequada a manutenção da guarda com o genitor.

Inicialmente, após análise das provas dos autos, verifica-se não ser recomendável estabelecer a guarda compartilhada entre os genitores, principalmente pelo fato de ambos não estarem em condições de manter estreito vínculo entre eles e com os filhos, assumindo, em igualdade de condições, as responsabilidades de criação e educação.

Acesso ao Sumário

Este fato se deve ao clima bélico existente entre os genitores, sobejamente comprovado, não só pelas manifestações constantes dos autos, mas principalmente pela prova produzida.

A propósito, há que se ressaltar que as partes chegaram a pactuar a guarda compartilhada (fls. 1.411/1.412), o que acabou causando sérios prejuízos à vida dos menores.

A doutrina e jurisprudência têm entendido que a guarda compartilhada

pressupõe convivência harmoniosa, sem conflitos, devendo os pais agir exclusivamente no interesse do filho.

Considerando a impossibilidade da fixação de guarda compartilhada, impende analisar as provas, a fim de verificar qual dos cônjuges deve assumir a guarda unilateral dos filhos.

A discussão sobre a guarda dos menores iniciou-se com um Pedido de Providências (nº 452/2008), onde as partes foram ouvidas várias vezes, em depoimentos pessoais.

Da leitura destes depoimentos transparece que as brigas entre as partes eram constantes, sempre na presença dos filhos. Há afirmação de agressões verbais recíprocas e agressão física por parte do autor.

No Pedido de Providências também foram ouvidos os avós paternos, os quais demonstraram interesse na guarda provisória dos menores (fls. 2.630/2.631).

Nestes autos de ação de guarda foram colhidos os depoimentos dos avós maternos, das testemunhas M.C.S., Diretor do Colégio (...), onde as crianças estudam, A.G.B., Coordenadora pedagógica do Colégio (...), S.N.P., pai da ré, M.P., irmã da ré, M.M.B., C.M.P. e dos menores T. e R..

M.C.S. disse que chegou a proibir a mãe de entrar na escola no dia em que houve um tumulto muito grande, com discussões entre R. e ela. Afirmou ainda que familiares de M. estiveram na escola para reclamar e discutir. Disse que M. costuma ficar na escola com seus filhos, o que causava sérios transtornos. Declarou que R. necessitou fazer adaptação no ensino fundamental e que em dezessete anos de escola nunca houve caso dessa natureza (fls. 2.631/2.633).

A testemunha A.G.B. também referiu ao comportamento da ré em seu depoimento, afirmando que a ré foi proibida de entrar na sala de aula, e que não houve problemas nos dias em que o pai levou os filhos à escola (fls. 2.633/2.635).

Ouvido, o menor T. negou a ocorrência de agressões físicas entre as partes e que estas quebravam coisas em casa. Disse que a mãe lhe falou que o pai jogou um vestido curto dela fora (fls. 2.635/2.636).

O menor R., igualmente ouvido, também negou a prática de agressões físicas do autor contra a ré, mas disse que sua mãe jogava objetos no chão e que lhe disse que o autor rasgara um vestido dela.

S.N.P., pai da ré, relatou que após a separação, sua filha afirmou que sofria agressões físicas por parte do autor. Além disso, disse que não permitiu que o autor levasse as crianças após a separação.

O.A.A.P., genitora da ré, afirmou que "chegou a dizer para B., mãe do autor, que R. estava batendo em M." e que "aconselhou M. a fazer um boletim de ocorrência, mas ela dizia que se isso ocorresse, ele iria tirar o R. dela".

Acesso ao Sumário

Há evidente contradição entre os depoimentos dos pais da ré, relativamente às alegadas agressões por ela sofridas. O pai diz que soube após a separação e a mãe durante a convivência do casal.

Ademais, o depoimento da genitora da ré demonstra haver inimizade entre ela e o autor.

M.P., irmã da ré, disse que o relacionamento das partes sempre foi complicado e que o casal brigava muito.

Percebe-se, nitidamente, que a testemunha M. procura defender sua irmã M., com declarações contraditórias e em dissonância com as demais provas dos autos.

Afirmou que no dia da separação do casal, quando chegou à casa das partes, R. e T. estavam no interior da residência, descalços, de uniforme, chorando e que R. saiu chorando e R. lhe disse que nunca iria abandoná-lo. Entretanto, em seguida, modificando o relato anterior, disse que T. e P. estavam na casa dos avós paternos e que T. abriu a porta da residência chorando. Disse ainda que contou ao seu pai sobre a agressão sofrida por M. e que seu pai conversou diversas vezes com R., contrariando declarações de seu genitor, no sentido de que somente soube das agressões após a separação.

Em relação às supostas agressões sofridas pela requerida, não é crível que seu genitor, sabendo do fato, não tomasse alguma providência. Igualmente destituída de credibilidade a versão da requerida, no sentido de ter sido agredida pelo autor por cerca de dez anos e somente agora comunicar este fato a uma autoridade.

M.M.B. disse que estava orientando M. quanto à adaptação de T. na escola e que T. tinha dificuldade em separar-se da mãe para ficar tranquilo na escola.

C.M.P. igualmente confirmou a dificuldade de T. em permanecer na escola nos dias em que M. o levava.

Passo, por ora, à análise dos laudos psicossociais encartados aos autos.

O estudo social realizado no procedimento verificatório (fls. 314/316), informou que "**as crianças embora bastante inteligentes, ora aparentam ser agressivas e violentas, ora aparentam não possuir limites nem regras, costumam ganhar de tudo, ora são extremamente mimadas, ora são dependentes da mãe, o menor que já conta com dois anos, aparenta ter dependência emocional da genitora bem forte; está sempre no colo dela, apalpando as suas mamas**".

Observa-se, em relação à conclusão do trabalho, comportamento psicologicamente inadequado, tanto por parte da mãe, como do filho.

O estudo social realizado nesta ação (fls. 670/691), assim concluiu: "**considerando a estrutura das duas famílias, nos parece que o melhor para as crianças seria o partilhamento da guarda, com certeza as crianças**

só teriam a ganhar, porém diante da complexidade que o caso manifesta, entendemos que o genitor é uma pessoa com muitos compromissos profissionais, pretende cursar mais duas faculdades, teria, ao nosso ver, dificuldades para cuidar dos filhos, de forma que em sua companhia eles correm o risco de serem isolados da convivência tanto materna quanto paterna, embora ele afirme que assumindo a guarda, os filhos ficariam vivendo na mesma casa, sob cuidados de empregados, com sua vigilância e que diminuiria o ritmo de suas viagens, bem como os avós paternos que residem na frente dariam a sua contribuição e não os impediria de visitar a mãe, além disso, R. é bastante jovem, com um mundo a sua disposição, a explorar. Por outro lado, a genitora, apesar de suas reais dificuldades expostas acima, apresenta, a nosso ver, maior disponibilidade para cuidar dos filhos, o que garantirá às crianças uma segurança estrutural familiar capaz de fornecer um ambiente mais equânime".

A propósito, como bem ressaltou a magistrada sentenciante, "(...) melhor guardião não é aquele que passa mais tempo com os filhos. Ao contrário, nesse aspecto, o melhor a analisar é a qualidade e não a quantidade do tempo despendido com os filhos pelos genitores" (fls. 2.654).

Além disso, relevante anotar a resposta aos quesitos das partes, quando a assistente social do Juízo afirmou que "aparentemente o senhor R. se fazia presente no cotidiano dos filhos, embora ficasse fora a trabalho, sua presença era sentida por eles", "aparentemente havia características positivas no relacionamento entre pai e filhos, bem como afetuosidade".

O estudo social de fls. 1.170/1.172 constatou que "**M. está neste momento bastante fragilizada, não está conseguindo gerir a própria vida e a dos filhos, reclama que tem sempre alguém dando palpite de como fazer isto ou aquilo. Refere que já foi casada, já teve a própria casa e está com bastante dificuldade em se adaptar na casa dos pais. Reconhece que eles querem ajudá-la, nega qualquer tipo de agressão por parte dos pais e irmãos, porém, sente necessidade de viver a própria vida, administrar a própria casa e educar os filhos conforme suas próprias convicções**". "**Quanto ao R. pai percebemos que mantém a mesma postura em relação ao desejo de assumir a guarda dos filhos, exceto que já admite a guarda compartilhada com a fixação de residência para a genitora desde que ela se mude da casa dos pais**". "**Assim percebemos neste momento duas situações opostas em relação à forma de educação: A da família paterna bastante rígida, cobrando regras, limites e comportamentos adequados das crianças e a da família materna, excesso de zelo, cuidados, falta de preocupação com regras e limites que se tornam cada vez mais elásticos**".

Patente, pois, que existe entre os pais, diferença relevante no que concerne a forma de educação das crianças, fato que vem causando profundas divergências no seio de ambas as famílias. Há que se ter ainda em consideração

Acesso ao Sumário

que deve se estabelecer regras e limites às crianças. Neste aspecto, segundo extrai-se do laudo em questão, o genitor demonstra estar mais preparado para enfrentar as dificuldades relacionadas à educação dos menores.

O estudo social de fls. 1.899/1.90 (sic) afirma que "o pai sempre se mostrou mais equilibrado diante da escola, a mãe ao contrário sempre demonstrou mais instabilidade emocional, além disso, a interferência dos familiares maternos na escola não foi salutar". Conclui que a guarda seja mantida com a genitora, com visitas paternas.

Entretanto, ao prestar esclarecimentos em audiência, a assistente social subscritora deste laudo disse que nos dias em que as crianças foram entregues pela requerida ao autor no fórum, tudo transcorreu normalmente. Disse ainda que achava que M. tinha dificuldades de transmitir segurança para as crianças por ocasião da visita ao pai.

Este relato não leva à conclusão de que a mãe possui condições de proteger os filhos como afirmado anteriormente pela experta.

O estudo psicológico de fls. 650/662 considera "**a mudança de guarda das crianças a favor do requerente como um fator de risco para o bem estar delas, porque implicaria no afastamento afetivo da requerida**". Entretanto, afirmou: "**percebemos no requerente muito controle emocional nas suas colocações pessoais a respeito dos conflitos do casal. Mostra-se comprometido com os valores de sua família de origem: a tradição, os valores, a formação acadêmica, os negócios, os objetivos, o convívio próximo com os familiares e meio social. Consideramos que neste momento de vida tem condição de oferecer uma condição estável para os filhos porque eles voltariam ao imóvel onde residia a família. Contudo, sua rotina de vida implicaria em pouco tempo com os filhos**".

Mas como já afirmado anteriormente, o mais importante é a qualidade do tempo que os genitores passam com os filhos, principalmente nos dias de hoje, em que os pais necessitam trabalhar para sustentar a família.

Ademais, o psicólogo subscritor do laudo em questão, em resposta aos quesitos, afirmou que "**os meninos demonstram, de forma indireta, que gostariam de conviver mais tempo com o genitor. A genitora manifesta receios da ampliação do tempo de convívio, em específico sobre o pernoite e forma de tratamento aos meninos. Contudo, pensamos que seria benéfico que ampliação do tempo de convívio pudesse ser ampliada**" (sic), bem como que "**a hipótese de resistência materna pode dificultar o estabelecimento de vínculos de confiança entre genitor e filhos**".

Acesso ao Sumário

O laudo psicológico de fls. 1.163/1.168 observou que na casa paterna as crianças se sentem a vontade e recebem muita atenção do genitor e tias paternas e demais familiares. Concluiu ainda que "**o genitor está perseverante com o projeto de assumir mais tempo com os filhos (...). Seu objetivo ainda é**

de obter a guarda dos três filhos e de lhes proporcionar uma vida mais regrada e organizada" e que "**a genitora está preocupada sobre a sua moradia e dos filhos e com uma tendência de culpar o genitor por todos os seus problemas. Contudo ela poderia fazer algumas modificações em relação aos hábitos de sono, alimentação e de tarefas escolares dos filhos**".

O relatório psicológico de fls. 1.333/1.339, considera que a fixação da guarda em favor da genitora possa trazer segurança a formação das crianças e ressalta a importância de se manter o convívio das crianças com o genitor. Este laudo ainda assenta que as crianças possuem condições de permanecer juntas na companhia materna ou paterna, mas que a genitora possui mais tempo para cuidar dos filhos.

Por outro lado, o experto subscritor deste laudo, ao prestar esclarecimentos em audiência, afirmou que R. sempre se mostrou bem controlado e ponderado durante as visitas aos filhos **e que ele tem estabilidade emocional para cuidar dos filhos**.

O laudo psiquiátrico de fls. 1.725/1.746, após extensa análise sobre a personalidade das partes e os fatos envolvendo os menores, concluiu, com relação à requerida, que "**com base nos elementos analisados, tenho por lúcido, certo, justo e cogente afirmar que M.P. está incapacitada total e temporariamente para arcar com os deveres de guardião de seus três filhos, necessitando tratamento psiquiátrico e psicológico por ao menos DEZ anos e, então, ser reavaliada quanto à sua sanidade mental para a capacidade de guarda, se a mesma ainda pleitear a guardiania em questão**".

No que concerne ao autor, o mesmo experto concluiu que "**com base nos elementos analisados, tenho por lúcido, certo, justo e cogente afirmar que R.A.C. está incapacitado parcial e temporariamente para arcar com os deveres de guardião de seus três filhos, necessitando tratamento psiquiátrico e psicológico por ao menos CINCO anos e, então, ser reavaliado quanto à sua sanidade mental para a capacidade de guarda, se o mesma ainda pleitear a guardiania em questão**".

Em relação aos menores, R., T. e P., concluiu que "**além de contar com hereditariedade para desenvolverem transtornos de personalidade, vivem em conflitos psicológicos e uma profunda vivência de rechaço em benefício do duelo do ex-casal, sendo-lhes conveniente avaliação psiquiátrica, infantil e eventual tratamento clínico continuado, dado que atravessam situação médica de altíssimo risco, como já evidenciado em outros laudos e pareceres técnicos**".

Relativamente ao laudo psiquiátrico apresentado pelo assistente técnico do autor (fls. 1.783/1.816), impõe-se rejeitar as críticas ao laudo elaborado pelo experto judicial.

Acesso ao Sumário

O assistente técnico, em suas considerações gerais, afirma: "**trata-se de trabalho pericial bem feito, com citações bibliográficas de peso. Chama a atenção a preocupação do profissional, os aspectos éticos do procedimento pericial, o que é digno de elogios. A metodologia usada está correta, exceto em aspectos pontuais, que serão discutidos em tópico próprio**".

Verifica-se, portanto, que o assistente técnico considerou o trabalho do experto judicial bem elaborado em linhas gerais, sendo que as críticas pontuais formuladas não têm o condão de abalar, sob o ponto de vista científico, as conclusões do laudo.

Por outro lado, o fato do perito judicial ter concluído no sentido de que o autor deveria se submeter a tratamento psiquiátrico e psicológico pelo período de cinco anos, não impediu a atribuição da guarda a ele.

Além disso, verifica-se que o prazo estipulado na sentença já está praticamente no seu termo final, uma vez que o autor iniciou o tratamento há mais de quatro anos, sendo de rigor manter esta determinação.

Quanto à alegação da requerida no sentido de que o experto judicial concluiu pela sua total incapacidade, após entrevistá-la apenas por duas horas, além de não haver prova neste sentido, não se pode, por este motivo, afirmar que houve juízo de valor precipitado.

No que concerne às gravações telefônicas e filmagens, tais provas foram bem sopesadas na r. sentença, tendo sido levadas em consideração no contexto probatório geral.

Diante do quadro descrito, conclui-se que, muito embora ambos os genitores não estejam plenamente aptos para o exercício da guarda, a despeito do amor de ambos em face dos filhos, circunstância indiscutível, **o autor revelou melhores condições para exercê-la**, devendo, entretanto, continuar o acompanhamento psicológico e psiquiátrico, comprovando nos autos do pedido de providência, bem como o regime de visitas fixado, que se mostra adequado para o caso em tela.

Em que pese a genitora demonstrar afeto pelos seus filhos, a reversão da guarda dos menores para o pai revela-se, neste momento, ser a solução mais adequada, levando-se em consideração o ambiente mais equilibrado em que as crianças estarão vivendo.

Ademais, há que se considerar que, logo em seguida à prolação da sentença os menores passaram a viver na companhia do pai, não havendo nos autos qualquer notícia de fato prejudicial aos seus interesses.

Tenho para mim que esta é a solução mais adequada no momento, considerando a impossibilidade de se estabelecer a guarda compartilhada, frente aos embates entre os pais, agravados justamente em razão dessa medida anteriormente acordada. Frente a todos os problemas, o pai apresenta maior

controle emocional. E dentre a incapacidade constatada em ambos, está claro que a do pai por certo acaba por gerar reflexos menos intensos em face dos filhos (lembrando que estão juntos há pelo mesmo 4 anos), com a nota de que a previsão de acompanhamento psiquiátrico e psicológico dele, sobre ser absolutamente necessário, em favor dos filhos e dele próprio, é exigência indispensável para demonstração da capacidade de guarda, demandando reavaliação futura. Não se olvide que a mãe "não tem demonstrado aptidão para propiciar aos filhos afeto na relação com o grupo familiar", como asseverou a sentença, nem mostrado "aptidão para propiciar aos filhos adequada saúde psicológica", chegando a dificultar o tratamento promovido pelo pai, recusando-se a entregá-los para a sessão de terapia. Nem mesmo no campo da educação, tem ela propiciado aos filhos, afirma com precisão a sentença, "educação adequada". "Além de descontrolar-se emocionalmente na frente deles, partindo até mesmo para agressão física contra a irmã do autor, tem prejudicado o desempenho escolar deles" (folhas 2.703).

Observo que o direito de visitas da mãe foi regulamentado (folhas 2.706).

No que tange a verba honorária fixada, levando em consideração a longa tramitação do feito e os inúmeros incidentes processuais verificados, que ensejaram dedicação constante por parte do procurador do autor, acertado o montante arbitrado.

Impende destacar, ainda, que a sentença em ação de guarda não faz coisa julgada material, podendo ser revista a qualquer tempo, desde que se demonstre a alteração das circunstâncias fáticas por parte dos envolvidos.

Diante do exposto, pelo meu voto, **nega-se provimento ao apelo e ao recurso adesivo**, mantendo-se a fundamentada e bem lançada sentença.

Conflitos de Competência

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Conflito de Competência nº 0026501-06.2014.8.26.0000, da Comarca de Jacareí, em que é suscitante MM. JUIZ DE DIREITO DA 3ª VARA CÍVEL DE JACAREÍ, é suscitado MM. JUIZ DE DIREITO DA VARA DA FAZENDA PÚBLICA DE JACAREÍ.

ACORDAM, em Câmara Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Julgaram procedente o conflito e declararam

Acesso ao Sumário

competente o Juízo suscitado (Vara da Fazenda Pública da comarca de Jacareí). V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 30.316)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores EROS PICELI (VICE-PRESIDENTE) (Presidente), GUERRIERI REZENDE (DECANO) e ARTUR MARQUES (PRESIDENTE DA SEÇÃO DE DIREITO PRIVADO).

São Paulo, 8 de setembro de 2014.

EROS PICELI, Relator e Vice-Presidente

Ementa: Conflito de competência – Ação Civil Pública contra autarquia municipal responsável pelo fornecimento de água tratada – Pedido de proibição da cobrança de tarifa de tratamento de esgoto daqueles que não recebem o serviço – Distribuição ao Juízo da Fazenda Pública – Remessa ao Juízo Cível – Impossibilidade – Competência da vara especializada fixada em razão da pessoa – Inteligência dos artigos 35 e 36 do Código Judiciário do Estado de São Paulo – Juízo privativo que não sofre alteração em virtude do teor da matéria debatida – Conflito procedente – Competência do Juízo suscitado.

VOTO

Vistos.

Trata-se de conflito negativo de competência suscitado pelo Juízo da 3ª Vara Cível da comarca de Jacareí, no qual sustenta que a competência para processar e julgar a ação civil pública proposta pelo Ministério Público contra o SAAE – Serviço Autônomo de Água e Esgoto de Jacareí – é do Juízo da Vara da Fazenda Pública da mesma comarca, de acordo com o que versa o artigo 35 do Código Judiciário do Estado de São Paulo.

Opinou a Procuradoria Geral de Justiça pelo acolhimento do conflito, para declarar a competência do juízo suscitado, fls. 15/17.

É o relatório.

O conflito negativo de competência está configurado, pois os juízes declararam-se incompetentes para processar e julgar a demanda, artigo 115, II, do Código de Processo Civil.

O Ministério Público ajuizou ação coletiva contra a autarquia municipal SAAE – Serviço Autônomo de Água e Esgoto de Jacareí, para inibir a cobrança

Acesso ao Sumário

de tarifa de esgoto, exigida na conta mensal pelo fornecimento de água tratada, de consumidores não contemplados pelo respectivo serviço de tratamento, fls. 3/6.

A demanda foi originalmente endereçada ao Juízo da Vara da Fazenda Pública, que determinou a redistribuição a uma das varas cíveis da comarca, sob o argumento de que a competência da vara especializada não alcança feitos em que se discute relação de consumo, sendo irrelevante a presença de pessoa jurídica de direito público como parte.

Discordando desse entendimento, o magistrado da 3ª Vara Cível de Jacareí suscitou o presente conflito.

Tem razão o Juízo suscitante.

Indiscutível a competência da Vara da Fazenda Pública. Isso porque a competência das varas especializadas nas demandas em que autarquias são partes se encontra expressa nos artigos 35 e 36 do Código Judiciário do Estado de São Paulo, que têm a seguinte redação:

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.

II – conhecer e decidir as ações populares que interessem ao Estado ou às autarquias e entidades paraestatais; e

III – cumprir cartas precatórias e rogatórias em que seja interessado o Estado.

Parágrafo único. – As causas propostas perante outros juízes, desde que o Estado nelas intervenha como litisconsorte, assistente ou opoente passarão à competência das Varas da Fazenda do Estado.

Artigo 36. – Aos Juízes das Varas da Fazenda Municipal compete:

I – processar, julgar e executar os feitos, contenciosos ou não, principais, acessórios e seus incidentes, em que o Município da Capital e respectivas entidades autárquicas ou paraestatais forem interessados na condição de autor, réu, assistente ou opoente, executados:

a) os de falência;

b) os de acidentes do trabalho.

II – conhecer e decidir as ações populares que interessem ao

Acesso ao Sumário

Município da Capital, suas autarquias e entidades paraestatais; e

III – cumprir cartas precatórias e rogatórias em que seja interessado o Município da Capital.

Parágrafo único. – As causas propostas perante outros juízes, desde que o Município da Capital nelas intervenha como litisconsorte, assistente ou opoente, passarão à competência das Varas da Fazenda Municipal.

A construção jurisprudencial em torno desses dispositivos restringiu o direcionamento ao juízo privativo apenas das demandas envolvendo entidades paraestatais, constituídas sob o regime jurídico de direito privado, concessionárias e permissionárias de serviço público, casos em que também deve ser verificado se a relação discutida na ação possui natureza de direito privado, o que afasta a competência da Vara da Fazenda Pública. Tal interpretação, inclusive, foi objeto de Comunicado desta Câmara Especial publicado no DOJ de 2.6.2006.

Logo, aqui, não se faz necessário examinar a matéria controvertida, uma vez que figura como ré autarquia municipal, cuja natureza jurídica é de direito público.

A propósito, ainda que a causa aborde matéria de direito privado, nada obsta a tramitação em Vara da Fazenda Pública, pois a fixação da competência em primeira instância opera-se de maneira distinta do que ocorre em sede recursal. Sobre o assunto, vale transcrever parte do acórdão proferido pelo Desembargador Ricardo Anafe, Presidente da Seção de Direito Público, relator do Conflito de Competência nº 0018386-93.2014.8.26.0000, j. 21.7.2014:

"**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".

Desse modo, considerando a presença de autarquia no polo passivo do litígio e que, em primeiro grau de jurisdição, a competência para o processamento é determinada em razão da pessoa, competente a vara especializada.

Do exposto, julga-se procedente o conflito e declara-se competente o Juízo suscitado (Vara da Fazenda Pública da comarca de Jacareí).

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Conflito de Competência nº 0031843-95.2014.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é suscitante MM. JUIZ DE DIREITO DA 1ª VARA CÍVEL DO FORO REGIONAL DE SANTO AMARO, é suscitado MM. JUIZ DE DIREITO DA 23ª VARA CÍVEL CAPITAL.

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 39.529)**

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, 22 de setembro de 2014.

GUERRIERI REZENDE, Decano e Relator

Ementa: Conflito de Competência – Ação de indenização c.c. lucros cessantes e danos morais – Valor da causa indicado na inicial é superior a 500 vezes o salário mínimo vigente na Capital – Aplicação da Resolução nº 148/2001 do Órgão Especial desta Corte – Conflito julgado procedente para declarar competente o Juízo suscitado.

VOTO

Trata-se de conflito negativo de competência suscitado pelo MM. Juiz de Direito da 1ª Vara Cível do Foro Regional de Santo Amaro em face do MM. Juiz de Direito da 23ª Vara Cível da Capital.

Restou designado o MM. Juiz suscitado para apreciar e resolver as medidas urgentes (fls. 104).

A D. Procuradoria Geral de Justiça manifestou-se no sentido da procedência do conflito, a fim de declarar a competência do Juízo Suscitado (fls. 108/109).

É o relatório.

Versa o presente sobre ação de indenização c.c. pedido de lucros cessantes e danos morais proposta perante o MM. Juízo da 23ª Vara Cível da Capital, sendo que este Juízo declinou da competência para conhecer da ação, com lastro

Acesso ao Sumário

no foro do domicílio do réu. Diante disso, determinou a redistribuição do feito que foi redistribuído ao Foro Regional de Santo Amaro (fls. 79).

O MM. Juiz da 1ª Vara Cível do Foro Regional de Santo Amaro não concordando com a determinação suscitou o presente conflito, sob o fundamento de que o valor da causa ultrapassa 500 salários mínimos, e assim sendo, não é de competência de Foro Regional (fls. 2/3).

E, conforme já decidiu esta Corte, por ocasião do julgamento do Conflito de Competência nº 162.951.0/2-00, Relator Moreira de Carvalho:

'A questão cinge-se na competência jurisdicional entre Juízos de Vara Cível Central e de Vara do Foro Regional, ambos pertencentes à Comarca de São Paulo, para conhecimento de ação de indenização.

A competência jurisdicional dos Juízos instalados dentro da Comarca da Capital é distribuída de acordo com as regras de competência absoluta previstas nas normas de organização do Poder Judiciário. Teve o legislador, por escopo, uma melhor distribuição das demandas dentro de um mesmo foro, proporcionando, assim, a agilização da prestação da atividade jurisdicional. É exatamente por isso que, dentro da área territorial em que foram instaladas todas as unidades judiciárias fixou-se, entre outros e como critério funcional, o valor atribuído à causa.

O Tribunal de Justiça, representado por seu Órgão Especial, visando corrigir distorções, alterou a regra de competência jurisdicional dos Foros Regionais instalados na Capital em função do valor da causa. Assim, com a Resolução nº 148/2001, conferiu-se nova redação ao artigo 54, I, da Resolução 2/76, estabelecendo-se, como limite determinador da competência dos Foros Regionais para conhecimento das causas cíveis e comerciais, o valor de 500 vezes o salário mínimo vigente na Capital.'.

Destarte, como o valor atribuído à causa na inicial (R$ 390.000,00, fls. 18) é superior a 500 (quinhentos) salários mínimos, ou seja, ao limite previsto na Resolução nº 148/2001, não há que se falar em competência do Foro Regional.

Diante do exposto, julgo procedente o conflito, e declaro a competência do Juízo suscitado para conhecer e julgar a causa.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Conflito de Competência nº 0022816-88.2014.8.26.0000, da Comarca de Diadema, em que é suscitante MM. JUIZ DE DIREITO DA 1ª VARA DA FAMÍLIA E DAS SUCESSÕES DE DIADEMA, é suscitado MM. JUIZ DE DIREITO DA 3ª VARA CÍVEL DE

DIADEMA.

ACORDAM, em Câmara Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Julgaram procedente o Conflito Negativo de Competência, para declarar competente para conhecer e julgar o pedido o MM. Juízo de Direito da 3ª Vara Cível de Diadema, ora suscitado. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 8314)**

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, 29 de setembro de 2014.

CAMARGO ARANHA FILHO, Relator

Ementa: CONFLITO DE COMPETÊNCIA. AÇÃO DE INTERDIÇÃO. Pedido de substituição de Curador. Competência das Varas Cíveis para processos distribuídos antes da instalação das Varas da Família e Sucessões, conforme determinação do artigo 2º, da Resolução nº 244/05, do Colendo Órgão Especial. Precedentes desta Colenda Câmara Especial. CONFLITO JULGADO PROCEDENTE. COMPETÊNCIA DO JUÍZO SUSCITADO.

VOTO

Trata-se de Conflito Negativo de Competência suscitado pelo MM. Juízo de Direito da 1ª Vara da Família e das Sucessões de Diadema, em face do MM. Juízo de Direito da 3ª Vara Cível daquela mesma Comarca, em pedido de substituição de Curador formulado nos autos da ação de interdição ajuizada por Enedina Maria da Conceição Malagrino em face de Roseli Malagrino, que tramitou perante o MM. Juízo suscitado nos idos de 1992.

O pedido de desarquivamento dos autos e substituição de Curador foi distribuído por dependência perante o Juízo da 3ª Vara Cível da Comarca de Diadema, que julgara a ação de interdição; no entanto, determinou a redistribuição do pedido a uma das Varas da Família e das Sucessões daquela Comarca em razão de óbice técnico do Sistema SAJ PG5, que recusou o cadastramento do feito na Vara Cível correspondente por se tratar de matéria pertinente à Vara Especializada.

Redistribuídos os autos ao Juízo da 1ª Vara da Família e das Sucessões, por sua vez, suscitou o conflito de competência sustentando que razões de ordem

Acesso ao Sumário

do sistema informatizado não são determinadoras da competência.

Designado o MM. Juízo suscitante para conhecer e apreciar eventuais medidas urgentes (fls. 23).

A douta Procuradoria Geral de Justiça opinou pelo acolhimento do conflito, declarando-se competente o MM. Juízo suscitado (fls. 32/33).

É o relatório.

O presente conflito deve ser conhecido porquanto nenhum dos Juízos admite ter competência para julgar a ação.

Ressalvado e respeitado eventual entendimento em sentido contrário, razão assiste ao MM. Juízo suscitante.

Saliento, de início, que a instalação de Vara Especializada, atrai, via de regra, o conhecimento das causas a ela pertinentes em razão de sua competência funcional e absoluta.

Não obstante, a ação da qual se tirou o incidente reclama a observância da Resolução nº 244/2005, do Colendo Órgão Especial deste Tribunal de Justiça que, ao disciplinar a competência das Varas da Família e das Sucessões da Comarca de Diadema, estabeleceu expressamente a permanência do acervo nas Varas Cíveis de origem, vedando seu encaminhamento à Vara Especializada.

Verbis. Resolução nº 244/2005

Art. 1º – Remanejar as 5ª e 6ª Varas Cíveis da Comarca de Diadema, criadas pelo artigo 23, inciso VIII, da Lei Complementar nº 877, de 29 de agosto de 2000, em 1ª e 2ª Varas da Família e das Sucessões da referida Comarca.

Art. 2º – O acervo de feitos concernentes à matéria de família e sucessões em andamento nas varas cíveis da Comarca de Diadema não será encaminhado às novas unidades judiciárias, permanecendo nos quatro ofícios de origem...

Com efeito, a novel questão trazida nos autos de interdição não equivale ao ajuizamento de nova demanda, pois o pedido de substituição de Curador, mero incidente, deve ser processado e apreciado nos próprios autos da causa que a ele deu origem (fls. 5/7), e que se inclui no acervo remanescente do Juízo suscitado, nos termos da citada Resolução.

Acesso ao Sumário

Nesse sentido, precedentes desta Colenda Câmara Especial:

CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA. Vara da Família e Sucessões e Vara Cível de Diadema – Pedido de Alvará Judicial – Competência das Varas Cíveis para processos distribuídos antes da instalação das Varas da Família e Sucessões, conforme determinação do art. 2º da Resolução nº 244/05 do Colendo Órgão Especial – Precedentes desta Egrégia Câmara Especial. Competência do Juízo suscitado. (TJSP

– Câmara Especial, CC nº 175.335-0/1-00, Rel. Des. Eduardo Gouvea, j. 03.08.2009. v.u.)

E como destacado pelo MM. Juízo suscitante, eventuais *razões de ordem técnica relativas ao Sistema SAJ PG5 (...) não podem ser norteadoras da competência dos Juízos estabelecidos em Leis e Normas*. (fls. 3)

Ante o exposto, **julgo procedente o Conflito Negativo de Competência**, para **declarar competente** para conhecer e julgar o pedido o **MM. Juízo de Direito da 3ª Vara Cível de Diadema**, ora suscitado.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Conflito de Competência nº 0048315-74.2014.8.26.0000, da Comarca de Assis, em que é suscitante MM. JUIZ DE DIREITO DA VARA DA FAMÍLIA E DAS SUCESSÕES DE ASSIS, é suscitado MM. JUIZ DE DIREITO DA 2ª VARA CÍVEL DE ASSIS.

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 28166)**

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, 29 de setembro de 2014.

ARTUR MARQUES, Relator e Presidente da Seção de Direito Privado

Ementa: CONFLITO DE COMPETÊNCIA – VARA CÍVEL E VARA DE FAMÍLIA E SUCESSÕES – PEDIDO DE INTERNAÇÃO COMPULSÓRIA DE DEPENDENTE QUÍMICO E AUSENTE PEDIDO DE INTERDIÇÃO – MATÉRIA QUE NÃO DIZ RESPEITO A QUESTÃO DE ESTADO "STRICTO SENSU", O QUE FARIA INCIDIR A COMPETÊNCIA DE VARA DE FAMÍLIA E SUCESSÕES – PRECEDENTES – CONFLITO JULGADO PROCEDENTE, FIXADA A COMPETÊNCIA DA VARA CÍVEL

Acesso ao Sumário

VOTO

1. Trata-se de conflito negativo de competência suscitado nos autos de ação visando à internação compulsória de dependente químico, designado o Juízo suscitante para apreciação de medidas urgentes e o parecer da D. Procuradoria Geral de Justiça é pela competência do Juízo suscitante.

É o relatório do essencial.

2. O conflito negativo de competência está configurado, pois os Juízes declararam-se incompetentes para processar e julgar o processo (art. 115, II, do Código de Processo Civil).

Ocorre que, cuidando-se de ação em que a pretensão da autora é a de internação compulsória de integrante da família, sem questão de estado "**stricto sensu**", pois declaração de interdição como pedido não "**habemus**", é caso de competência de Vara Cível, inclusive em detrimento até da competência de Vara do Juizado.

A diretriz adotada reflete o posicionamento fixado na Câmara Especial:

"**CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA. AÇÃO PROPOSTA POR GENITORA EM FACE DO MUNICÍPIO, VISANDO À INTERNAÇÃO PSIQUIÁTRICA INVOLUNTÁRIA DO FILHO, COM FUNDAMENTO NA LEI Nº 10.216/01. PRETENSA REALIZAÇÃO DE PROVA PERICIAL QUE NÃO SE COADUNA COM O CONCEITO DE MERO EXAME TÉCNICO, PREVISTO NO ARTIGO 10, DA LEI Nº 12.153/09. COMPLEXIDADE DA CAUSA QUE INVIABILIZA O PROCESSAMENTO PERANTE O JUIZADO ESPECIAL DA FAZENDA PÚBLICA. INTELIGÊNCIA DO ARTIGO 98, I, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. PRECEDENTES DESTA C. CÂMARA ESPECIAL. CONFLITO CONHECIDO, COM A DECLARAÇÃO DA COMPETÊNCIA DO JUÍZO SUSCITADO" (CC nº 0003405-59.2014.8.26.0000, relatora Juíza Cláudia Lúcia Fonseca Fanucchi, j. 24.3.2014).**

"**CONFLITO DE COMPETÊNCIA. Ação de obrigação de fazer. Internação compulsória. Afastada a competência do Juizado Especial em razão da complexidade da causa, caracterizada pela exigência legal de perícia médica. Conflito procedente" (CC nº 0197625-91.2013.8.26.0000, relator Desembargador Pinheiro Franco, Presidente da Seção de Direito Criminal, j. 17.2.2014).**

"**CONFLITO DE COMPETÊNCIA. Ação de obrigação de fazer, com pedido de internação compulsória de toxicômano. Possibilidade excepcional de deslocamento da competência absoluta do Juizado Especial Cível, ante a necessidade de perícia de alta complexidade, afastando a incidência dos artigos 2º, § 4º, e 10, da**

Acesso ao Sumário

lei nº 12.153/09. Conflito julgado procedente. Competência do Juízo suscitado" (CC nº 0110935-59.2013.8.26.0000, relator Juiz Camargo Aranha Filho, j. 7.10.2013).

Ainda, Conflito de Competência nº 0006425-58.2014.8.26.0000 "habemus".

3. Ante o exposto, **julga-se procedente o conflito e declara-se competente o Juízo suscitado, comunicando-se.**

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Conflito de Competência nº 0039087-75.2014.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é suscitante MM. JUIZ DE DIREITO DA 2ª VARA CÍVEL DO FORO REGIONAL DE SANTO AMARO, é suscitado MM. JUIZ DE DIREITO DA 17ª VARA CÍVEL DA CAPITAL.

ACORDAM, em Câmara Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "JULGARAM procedente o conflito para DECLARAR COMPETENTE o Juízo da 17ª Vara Cível da Capital, ora suscitado, para conhecer e julgar o pedido. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 25.849)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores EROS PICELI (VICE-PRESIDENTE) (Presidente) e RICARDO ANAFE (PRESIDENTE DA SEÇÃO DE DIREITO PÚBLICO).

São Paulo, 29 de setembro de 2014.

PINHEIRO FRANCO, Relator e Presidente da Seção de Direito Criminal)

Ementa: CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA. Ação de busca e apreensão. Autor que informa dois domicílios diversos da ré, optando por um deles. Juízo suscitado que declina de ofício de sua competência. Impossibilidade. Direito do autor em optar por qualquer um dos domicílios da requerida. Inteligência do artigo 94, parágrafo 1º, do Código de Processo Civil. Competência do juízo suscitado reconhecida.

Acesso ao Sumário

VOTO

Trata-se de Conflito de Competência oferecido pelo MM. Juiz de Direito da 2ª Vara Cível do Foro Regional de Santo Amaro, insurgindo-se contra a decisão do MM. Juiz de Direito da 17ª Vara Cível Central que, em ação de busca e apreensão movida por Banco Itaucard S/A. contra Aparecida De Cassis Barreiros, declinou de sua competência invocando o domicílio da requerida (fls. 08/11).

Argumenta o suscitante que a inicial aponta dois domicílios da ré, sendo um de competência do Foro Central, local em que distribuída a ação, concluindo que não poderia o juízo suscitado declinar da competência em razão do outro domicílio que consta na inicial (fls. 01/02).

Designado o suscitante para apreciar as medidas urgentes (fls. 14/15), manifestou-se a douta Procuradoria Geral de Justiça pela competência do juízo suscitado para conhecer e julgar a causa (fls. 20/21).

É o relatório.

Está configurado o conflito negativo de competência nos termos do art. 115, inciso II, do Código de Processo Civil.

Razão assiste ao suscitante.

Com efeito, trata-se de ação de busca e apreensão na qual o autor informa que a requerida é residente e domiciliada na Rua (...), Jardim São Luis, São Paulo, ressalvando, porém, que a parte também poderia ser encontrada na Avenida (...) – Indianópolis, São Paulo (fls. 03).

O juízo suscitado, ao declinar da competência, ponderou que a ré teria "*sua sede na Rua (...)*", complementando que o endereço estaria sob jurisdição do Foro Regional de Santo Amaro (fls. 10).

A ré, ao que se vislumbra da inicial, seria pessoa física e não jurídica.

O Código Civil, no Título III do Livro I (artigos 70 a 78), prevê a possibilidade da pessoa natural possuir mais de um domicílio.

E, ainda que a redação utilizada na inicial possa suscitar alguma dúvida ("*...podendo também ser localizado...*" – fls. 03), mostra-se mais prudente concluir que a ré teria mais de um domicílio.

E, em assim sendo, não se vislumbra irregularidade na conduta do autor em optar por qualquer um dos domicílios do réu, como permite o artigo 94, parágrafo 1º, do Código de Processo Civil.

Meu voto, pois, julga procedente o conflito para **DECLARAR COMPETENTE** o Juízo da 17ª Vara Cível da Capital, ora suscitado, para conhecer e julgar o pedido.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Conflito de Competência nº 0032391-23.2014.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é suscitante MM. JUÍZA DE DIREITO AUXILIAR DA CAPITAL DESIGNADA PARA AUXILIAR A 2ª E 4ª VARA CÍVEL DO FORO REGIONAL DE NOSSA SENHORA DO Ó, é suscitado MM. JUIZ DE DIREITO AUXILIAR DA 17ª VARA CÍVEL DA CAPITAL.

ACORDAM, em Câmara Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Conheceram do conflito e declararam competente a suscitante (MMª Juíza Fernanda Rossanez Vaz da Silva, Juíza de Direito Auxiliar da Capital). V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 30.485)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores EROS PICELI (VICE-PRESIDENTE) (Presidente), GUERRIERI REZENDE (DECANO) e ARTUR MARQUES (PRESIDENTE DA SEÇÃO DE DIREITO PRIVADO).

São Paulo, 29 de setembro de 2014.

EROS PICELI, Relator

Ementa: Conflito de competência – Magistrado que realizou audiência de instrução na qual foram ouvidas testemunhas – Princípio da identidade física do juiz que o vincula ao julgamento do processo, mesmo que já cessada sua designação para atuar na Vara – Cartas precatórias expedidas posteriormente que não causam a desvinculação – Conflito procedente – Competência do Juízo suscitante.

VOTO

Vistos.

Trata-se de conflito negativo de competência suscitado pela MMª. Juíza de Direito Auxiliar da Capital Fernanda Rossanez Vaz da Silva, atualmente designada para auxiliar a 2ª e 4ª Vara Cível do Foro Regional de Nossa Senhora do Ó em face do MM. Juiz de Direito Auxiliar da Capital Felipe Poyares Miranda, designado para auxiliar a 17ª Vara Cível da Capital. Alega a suscitante que embora tenha ouvido cinco testemunhas na ação de indenização por dano moral formulado por Linda Cury Queiroz contra Oswaldo de Castro e outro, não está vinculada ao julgamento do feito, pois precatórias foram expedidas e sua

Acesso ao Sumário

designação cessou na 17ª Vara Cível Central.

A Procuradoria Geral de Justiça opinou pela procedência do conflito, declarando-se a competência do Juízo suscitado, fls. 18/19.

É o relatório.

O conflito negativo de competência está configurado, pois ambos os juízos se declararam incompetentes para julgar o processo (art. 115, II, do Código de Processo Civil).

A controvérsia está restrita à divergência entre os Magistrados a respeito da aplicação da norma prevista no art. 132 do Código de Processo Civil.

A competência para o julgamento do processo é da Juíza suscitante.

Como se sabe, a colheita de prova oral em audiência é o critério que estabelece a vinculação do juiz ao julgamento do feito, pois, em princípio, quem ouviu as testemunhas tem melhores condições de decidir o litígio a ser dirimido.

O artigo 132 do CPC prevê algumas exceções à regra da vinculação. De modo taxativo, o dispositivo cita a convocação, a licença, o afastamento por qualquer motivo, a promoção e a aposentadoria.

No caso em análise, a situação da suscitante, que ouviu cinco testemunhas em audiência, fls. 6, não se enquadra em nenhuma das exceções, pois ela, Juíza de Direito Auxiliar da Capital, simplesmente foi designada para atuar em outro local. Não houve, portanto, convocação, licença, afastamento, promoção ou aposentadoria.

Ressalte-se que a expedição de cartas precatórias para oitiva de testemunhas em outras comarcas, fls. 7/9, por si só, não afasta a vinculação do magistrado que efetivamente colheu a prova oral em audiência.

Situação diversa ocorreria caso o suscitado, após a oitiva de cinco testemunhas pela suscitante, tivesse ouvido uma única testemunha em audiência. Nesse caso, o suscitado que teria concluído a audiência com a oitiva de testemunhas, de modo que ele estaria vinculado ao julgamento do feito.

Todavia, na hipótese dos autos, a suscitante ouviu cinco testemunhas, fls. 6, três precatórias foram expedidas, fls. 7/9, e o suscitado apenas declarou encerrada a instrução, sem ouvir ninguém, fls. 11.

Acesso ao Sumário

Dessa forma, correto o envio dos autos à Juíza suscitante, que deverá sentenciar o feito.

Em situação idêntica, o conflito de competência nº 0167421-64.2013.8.26.0000, relatado pelo Juiz Carlos Dias Motta, julgado em 19.5.2014:

> "**CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA. Ação de reparação de danos. Audiência de instrução com colheita de depoimento da parte e oitiva de testemunhas pelo r. Juiz Substituto, ora suscitado. Posterior designação para outra Vara. Incidência do Princípio do**

Juiz Natural. Reconhecimento. Vinculação do Magistrado para o julgamento do feito, ainda que a prova oral tenha se completado por carta precatória. Nova designação que não provoca a desvinculação. Ausência de convocação, remoção ou promoção. Incidência, na hipótese, do art. 132 do CPC. Precedentes desta C. Câmara Especial. Conflito julgado procedente. Competência do r. Juiz suscitado."

Do exposto, conhece-se do conflito e declara-se competente a suscitante (MMª. Juíza Fernanda Rossanez Vaz da Silva, Juíza de Direito Auxiliar da Capital).

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Conflito de Competência nº 0186932-48.2013.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é suscitante MM. JUIZ DE DIREITO DA 1ª VARA CÍVEL DO FORO REGIONAL DE ITAQUERA, é suscitado MM. JUIZ DE DIREITO DA 2ª VARA CÍVEL DO FORO REGIONAL DE SÃO MIGUEL PAULISTA.

ACORDAM, em Câmara Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Julgaram procedente o conflito. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 39.537)**

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, 6 de outubro de 2014.

GUERRIERI REZENDE, Decano e Relator

Ementa: CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA – Alienação Fiduciária – Ação Revisional de Contrato redistribuída ao Juízo que primeiro apreciou cautelar de Busca e Apreensão – Liame evidente entre as ações, posto que o decidido na ação revisional importará de sobremaneira na ação de busca e apreensão, uma vez que se discutem as regras do mesmo contrato. União dos feitos que se impõe pela conexão – Reconhecida a competência do juízo suscitante para processar e julgar o feito. CONFLITO PROCEDENTE.

Acesso ao Sumário

VOTO

Trata-se de conflito negativo de competência, suscitado pelo Juízo da 1ª Vara Cível do Foro Regional de Itaquera em relação ao Juízo da 2ª Vara Cível de São Miguel Paulista, nos autos de ação revisional de contrato c.c. pedido de consignação em pagamento c.c. pedido de antecipação de tutela movida por **Marcelo Pereira da Cunha** em face de **Banco Itaú Unibanco S/A**.

Aduz, em suma, não haver conexão entre a Ação Revisional originariamente distribuída perante a 2ª Vara Cível do Foro Regional de São Miguel Paulista com a ação de Ação de Busca e Apreensão previamente ajuizada, do Foro Regional de Itaquera, pois, alega que o objeto das duas demandas não é o mesmo, sendo descabida a reunião dos feitos. (fls. 2/10 e 61).

O Suscitado, por sua vez, entende que as ações são conexas alegando possuírem a mesma causa de pedir, determinando a redistribuição dos autos da revisional, por direcionamento, ao Juízo suscitante (fl. 61).

O Juízo Suscitante foi designado para apreciar as medidas urgentes (fl. 71).

A Procuradoria Geral de Justiça opinou pelo acolhimento do conflito, com o reconhecimento da competência do Juízo Suscitante (fls. 74/76).

É o relatório.

O conflito negativo de competência está configurado, uma vez que ambos os Magistrados consideram-se incompetentes para conhecer a lide.

No caso em tela, Marcelo Pereira da Cunha ajuizou Ação Revisional de Contrato c.c. pedido de consignação em pagamento c.c. pedido de antecipação de tutela em face de Banco Itaú Unibanco S/A (fls. 35/52). No Juízo da 1ª Vara Cível do Foro Regional de Itaquera foi previamente proposta pelo Banco Itaucard S/A demanda de Busca e Apreensão em Alienação Fiduciária tendo os mesmos objetos e mesmas partes (fls. 53).

Consoante reiterado entendimento pretoriano, a prevenção pressupõe a existência de conexão entre demandas e que ambas estejam em curso (Nesse sentido: STJ, 4ª Turma, REsp. nº 9490-SP, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo, j. 6.8.91., v.u.).

Também, nesse sentido é a jurisprudência desta Egrégia Corte:

"*CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA. Conexão. Ações de cobrança. Possibilidade de decisões conflitantes. Nexo existente. A indagação sobre o objeto ou a causa de pedir deve ser entendida em termos, não se exigindo a perfeita identidade. Inteligência dos artigos 103 e 106, ambos do Código de Processo Civil. Conflito julgado procedente. Competência do MM. Juízo suscitante*" (CC nº 0037617-77.2012.8.26.0000, Rel. DD. Camargo Aranha Filho, j. 24.09.2012, v.u.).

Acesso ao Sumário

Considerando, *in casu*, que se cuida a controvérsia sobre a existência do fenômeno processual da conexão, de modo a justificar a distribuição da Ação Revisional de Contrato, por redirecionamento, ao Juízo por onde tramita Ação de Busca e Apreensão, relativa ao mesmo negócio jurídico – alienação fiduciária, necessário se faz aferir se o que decidido em uma ação poderá influenciar na outra.

Sobre o tema, confira-se o entendimento desta Colenda Câmara Especial:

> CONFLITO DE COMPETÊNCIA – Ação de busca e apreensão de veículo e ação revisional de contrato de financiamento – Conexão existente – Risco de decisões conflitantes – Reunião dos feitos para julgamento conjunto pelo Juízo prevento, conforme decisões recentes do STJ e da Câmara Especial deste Tribunal. Competência do Juízo suscitado. (Conflito de Competência nº 0006198-05.2013.8.26.0000, Rel. Antônio Carlos Tristão Ribeiro, j. 10/06/2013).
>
> 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. (Conflito de Competência nº 0009501-90.2014.8.26.0000, Rel. Pinheiro Franco, j. 19/05/2014).

Frisa-se que, com amparo em diversos precedentes do Egrégio Superior Tribunal de Justiça, para a reunião dos feitos pela conexão, não se exige a perfeita identidade entre o objeto ou a causa de pedir, bastando que haja a existência de um liame que as faça passíveis de decisão unificada (STJ, C.C. nº 17.588, Min. Rel. SÁLVIO DE FIGUEIREDO TEIXEIRA, j. 9.4.1997, v.u.).

Assim, de fato, nota-se que entre a ação de busca e apreensão fundada em alienação fiduciária e a ação revisional deste mesmo contrato há identidade do objeto e da causa de pedir, sendo que o resultado de uma ação poderá influenciar de sobremaneira a condução da outra.

Diante disso, por força do disposto no artigo 103 do Código de Processo Civil, imperioso se faz reconhecer a necessidade de reunião dos feitos pela conexão.

Ante o exposto, julgo procedente o conflito e declaro para o julgamento de ambas as ações a competência do Juízo Suscitante.

Acesso ao Sumário

Conflitos de Jurisdição

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Conflito de Jurisdição nº 0037493-26.2014.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é suscitante MM. JUIZ DE DIREITO DA VARA DA REGIÃO SUL 2 DE VIOLÊNCIA DOMÉSTICA E FAMILIAR CONTRA A MULHER DO FORO REGIONAL DE SANTO AMARO, é suscitado MM. JUIZ DE DIREITO DA 2ª VARA CRIMINAL DO FORO REGIONAL DE SANTO AMARO.

ACORDAM, em Câmara Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Julgaram procedente o conflito de jurisdição para declarar competente para processar e julgar a causa o Juízo Suscitante, da Vara da Região Sul 2 de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher do Foro Regional de Santo Amaro. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 25.806)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores EROS PICELI (VICE-PRESIDENTE) (Presidente) e RICARDO ANAFE (PRESIDENTE DA SEÇÃO DE DIREITO PÚBLICO).

São Paulo, 1 de setembro de 2014.

PINHEIRO FRANCO, Relator e Presidente da Seção de Direito Criminal

Ementa: Conflito negativo de Jurisdição. Vara Criminal e Vara de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher. Ação penal pela prática, em tese, dos delitos de vias de fato e ameaça, supostamente cometidos por irmão contra irmã, no ambiente doméstico. Circunstâncias de fato e de direito que caracterizam contexto de violência doméstica. Desigualdade de forças entre suposto agressor e vítima. Razoáveis indicativos de violência de gênero. Hipótese de violência doméstica e familiar configurada. Conflito procedente. Competência do Juízo Suscitante.

Acesso ao Sumário

VOTO

Trata-se de conflito negativo de jurisdição suscitado pelo Juízo da Vara da

Região Sul de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher do Foro Regional de Santo Amaro, ao argumento de que, na hipótese descrita nos autos, no qual Cláudio Donizete Pinto teria agredido e ameaçado sua irmã Cândida Irene Pinto Carvalho, não há falar em violência doméstica, pois, ao que se verifica, o relacionamento das partes é conturbado diante do uso de drogas por parte do réu e, portanto, não se trata de caso a ser amparado pelo Juízo Especial.

O Juízo suscitado, por sua vez, sustentou, por ocasião de conflito negativo por ele provocado, o qual não foi conhecido pela C. Câmara Especial, que se trata de violência doméstica, pois os fatos narrados nos autos se amoldam ao disposto no artigo 5º da Lei nº 11.340/06.

Processado o incidente, nomeou-se o Juízo Suscitante para apreciar e decidir questões urgentes (fls. 33/34).

A douta Procuradoria Geral de Justiça opinou pelo acolhimento do conflito, declarando-se a competência do Magistrado Suscitante para conhecer e julgar a ação penal (fls. 37/40).

É o relatório.

O presente conflito de jurisdição deve ser conhecido, pois nenhum dos juízes admite a competência para julgar a ação.

Os autos noticiam a ocorrência, em tese, da prática dos delitos de vias de fato e ameaça praticados por Carlos Donizete Pinto contra sua irmã Cândida Irene Pinto, no âmbito das relações domésticas.

As circunstâncias de fato e de direito caracterizam contexto de violência doméstica.

Com efeito, não há dúvida da desigualdade de forças entre os envolvidos. O ofensor integra o ambiente familiar e teria praticado os delitos em face da condição de gênero da vítima mulher. Consta, ainda, que o agressor promove tais atos com certa frequência, tudo a indicar que se vale da condição de ser a vítima mulher.

Há nos autos, portanto, razoáveis indicativos da violência de gênero, considerando-se a natureza do delito e o *modus operandi* encetado pelo agente.

Tais fatos, subsumem-se ao disposto nos artigos 5º, incisos I e II, e 7º, incisos I e II, ambos da Lei nº 11.340/06:

> ***Art. 5º 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:***
>
> ***I – no âmbito da unidade doméstica, compreendida como o espaço de convívio permanente de pessoas, com ou sem vínculo familiar, inclusive as esporadicamente agregadas;***
>
> ***II – no âmbito da família, compreendida como a comunidade***

Acesso ao Sumário

formada por indivíduos que são ou se consideram aparentados, unidos por laços naturais, por afinidade ou por vontade expressa;

Art. 7º São formas de violência doméstica e familiar contra a mulher, entre outras:

I – a violência física, entendida como qualquer conduta que ofenda sua integridade ou saúde corporal;

II – a violência psicológica, entendida como qualquer conduta que lhe cause dano emocional e diminuição da auto-estima ou que lhe prejudique e perturbe o pleno desenvolvimento ou que vise degradar ou controlar suas ações, comportamentos, crenças e decisões, mediante ameaça, constrangimento, humilhação, manipulação, isolamento, vigilância constante, perseguição contumaz, insulto, chantagem, ridicularização, exploração e limitação do direito de ir e vir ou qualquer outro meio que lhe cause prejuízo à saúde psicológica e à autodeterminação;

Como se vê, a prática do delito no âmbito da unidade familiar, sua motivação, o vínculo de parentesco e a disparidade de forças entre o réu e a vítima bem assinalam a necessidade de que seja o caso submetido à Justiça Especializada, nos termos da lei.

Em caso análogo, pronunciou-se esta C. Câmara Especial:

"Conflito de Jurisdição nº 0167572-30.2013.8.26.0000 – Suscitante: Juíza de Direito da 2ª Vara Criminal do Foro Regional de Santo Amaro – Suscitado: Juiz de Direito da Vara da Região Sul 2 de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher do Foro Regional de Santo Amaro – Conflito de Jurisdição – Denúncia – Artigos 129, § 9º e 147, *caput*, c.c. artigo 61, II, alínea 'f', todos do Código Penal – Delito praticado de irmão contra irmã na residência de ambos – Fato que caracteriza violência doméstica no âmbito familiar – Incidência da Lei nº 11.340/06 – Conflito procedente – Competência do Juízo suscitado – Relator: Decano".

Pelo meu voto, pois, **JULGO PROCEDENTE** o conflito de jurisdição para declarar competente para processar e julgar a causa o Juízo Suscitante, da Vara da Região Sul 2 de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher do Foro Regional de Santo Amaro.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Conflito de Jurisdição nº 0028993-68.2014.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é suscitante MM. JUIZ DE DIREITO DA VARA CRIMINAL E DO JUIZADO ESPECIAL CRIMINAL DO FORO REGIONAL DE ITAQUERA, é suscitado MM.

JUIZ DE DIREITO DA VARA DA REGIONAL LESTE 2 DE VIOLÊNCIA DOMÉSTICA E FAMILIAR CONTRA A MULHER DO FORO REGIONAL DE SÃO MIGUEL PAULISTA.

ACORDAM, em Câmara Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Julgaram procedente o conflito. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 39.535)**

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, 29 de setembro de 2014.

GUERRIERI REZENDE, Decano e Relator

Ementa: CONFLITO DE JURISDIÇÃO – Denúncia – Artigo 147, "caput", c.c. artigo 61, II, alíneas "e" e "f", ambos do Código Penal – Delito praticado por irmão contra irmã na residência de ambos – Fato que caracteriza violência doméstica no âmbito familiar – Incidência da Lei nº 11.340/06 – Conflito procedente – COMPETÊNCIA DO JUÍZO SUSCITADO.

VOTO

Trata-se de conflito negativo de jurisdição suscitado pelo MM. Juiz de Direito da Vara Criminal e do Juizado Criminal do Foro Regional de Itaquera em face do Juiz de Direito da Vara da Regional Leste 2 da Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher do Foro Regional de São Miguel Paulista (suscitado), no qual se questiona a competência para processamento de ação penal decorrente da prática, em tese, dos delitos descritos no artigo 147, "caput", c.c. artigo 61, II, alíneas "e" e "f", ambos do Código Penal.

O Juízo suscitante sustenta, em síntese, que a presente hipótese se cuida de violência doméstica, pois se imputa ao réu a conduta de ameaça, praticada no âmbito doméstico (fl. 90 v.).

O Juízo suscitado, por seu turno, argumenta, em síntese, que não se pode concordar com o pensamento de que todo crime praticado no âmbito doméstico ou familiar, sem a presença da condição de vulnerabilidade em razão do gênero feminino da vítima, esteja sob a égide da lei nº 11.340/06 (fls. 73/75).

Manifestou-se a douta Procuradoria Geral de Justiça opinando no sentido de ser julgado procedente o conflito de jurisdição e declarada a competência do MM. Juízo Suscitado (fls. 96/99).

Acesso ao Sumário

É o relatório.

O conflito negativo de jurisdição é efetivamente procedente, porquanto ambos os Magistrados consideram-se incompetentes para o processamento do feito, no entanto, a competência para conhecer e julgar a ação é do Juízo suscitado.

Trata-se, em tese, de crime praticado no contexto das relações domésticas e por motivação compatível com a *ratio legis* da normatização invocada. Como bem exposto pelo eminente Procurador de Justiça, Doutor José Tarcísio Buffo, "*ao contrário do colocado pelo suscitado há desigualdade a ser amparada pela legislação especial porque a vítima, na qualidade de irmã, integra o ambiente familiar do agressor, o qual teria se imposto, fazendo uso de grave ameaça, no seio da família de origem*". Assim, resta caracterizado, portanto, o ajuste legal previsto no artigo 5º da Lei nº 11.340/06 (fl. 97).

Dispõe o art. 5º da Lei nº 11.340/06 (Lei Maria da Penha), *in verbis*:

"***Art. 5º. 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:***

I – no âmbito da unidade doméstica, compreendida como o espaço de convívio permanente de pessoas, com ou sem vínculo familiar, inclusive as esporadicamente agregadas;

II – no âmbito da família, compreendida como a comunidade formada por indivíduos que são ou se consideram aparentados, unidos por laços naturais, por afinidade ou por vontade expressa;

III – em qualquer relação íntima de afeto, na qual o agressor conviva ou tenha convivido com a ofendida, independentemente de coabitação.

Parágrafo único. As relações pessoais enunciadas neste artigo independem de orientação sexual".

O texto legal, como se vê, está claro e os fatos descritos na denúncia não podem ser excluídos de plano da abrangência da Lei Maria da Penha.

Rogério Sanches da Cunha e Ronaldo Batista Pinto cita precedente no sentido de que, "*à míngua de qualquer exclusão constante do texto da Lei, conclui-se que qualquer mulher está por ela tutelada, independente da idade, seja adulta, idosa ou, até mesmo, criança ou adolescente. Nestes últimos casos, haverá superposição de normas protetivas, pela incidência simultânea dos Estatutos do Idoso e da Criança e Adolescente, que não parecem excluir as normas de proteção da Lei* '*Maria da Penha*' *que, inclusive, complementam a abrangência de tutela. Bom que se lembre que a Lei* '*Maria da Penha*' *não se restringe à violência doméstica, abrangendo, igualmente, a violência familiar, do que não estão livres, infelizmente, crianças, adolescentes e idosos*" (in "Violência Doméstica Lei Maria da Penha comentada artigo por artigo", Ed.

Acesso ao Sumário

RT, 4ª edição, 2012, pág. 52).

A lei em comento, assim, praticamente abarca qualquer espécie de violência contra a mulher, bastando que haja algum vínculo mínimo de convivência ou ligação sanguínea entre o suposto agressor e a ofendida.

O Colendo Superior Tribunal de Justiça já deixou assentado que "*a nova lei refere-se a crimes praticados com violência familiar contra a mulher, deixando de prever delitos da mesma natureza praticados contra homem ou contra qualquer outro tipo de pessoa. Infere-se, desta forma, que o legislador tem em conta a mulher, numa perspectiva de gênero e em condições de hipossuficiência ou inferioridade física e econômica em relações patriarcais. O escopo da lei é a proteção da mulher em situação de fragilidade diante do homem (ou mulher) em decorrência de qualquer relação íntima, com ou sem coabitação, em que possa ocorrer atos de violência contra esta mulher*" (CC 96533/MG, 3ª Seção do STJ, Rel. Min. Og Fernandes, j. 05/12/2008, DJe 05/02/2009).

A respeito do tema, já se pronunciou a Câmara Especial:

"*Conflito negativo de jurisdição. Denúncia dando conta de crimes de lesão corporal e ameaça praticados por irmão contra irmã. Violência doméstica e familiar que pressupõe uma ação ou omissão baseada no gênero. Caracterização. Competência da Vara da Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher. Conflito julgado procedente. Competência do Juízo Suscitado*" (Conflito de Jurisdição nº 0183185-90.2013.8.26.0000, Rel. Des. Artur Marques da Silva Filho, j. 3.2.2014).

"*Conflito de jurisdição. Violência doméstica. Configuração. Ataque contra bilateral. Agressão de gênero, decorrente da histórica opressão feminina. Competência do suscitado*" (Conflito de Jurisdição nº 0076419-13.2013.8.26.0000, Rel. Dr. Marcelo Gordo, j em 29.7.2013).

"*Conflito Negativo de Jurisdição. Crime de estupro imputado ao irmão da vítima (artigo 213, do Código Penal). 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 ofendida à época dos fatos que, por si só, não afasta a fragilidade decorrente do gênero. Conflito julgado improcedente, com o reconhecimento da competência do juízo suscitante*" (Conflito de Jurisdição nº 0093652-23.2013.8.26.0000, Rel. Dra. Claudia Lúcia Fonseca Fanucchi, j. em 19.8.2013).

"*Conflito de Jurisdição. Inquérito Policial. Artigo 147 do Código Penal. Delito pretensamente praticado pelo irmão da vítima. Problemas em relação à herança. Recrudescimento de situações conflituosas envolvendo ameaças e constrangimentos diversos, à vítima e a todas que a cercam. Situação que justifica a necessidade de apreciação dos pedidos de proteção, específico na Lei Maria da Penha, pelo Ministério*

Acesso ao Sumário

Público oficiante perante o Juízo Suscitante. Fatos que podem caracterizar violência doméstica no âmbito familiar. Incidência da Lei nº 11.340/06. Conflito procedente Competência do Juízo suscitante" (Conflito de Jurisdição nº 0187549-42.2012.8.26.0000, Rel. Desembargador Vice-Presidente, DJ 03.12.2012).

Conflito de Jurisdição nº 0093652-23.2013.8.26.0000 – pág. 8/8

"*Conflito negativo. Boletim de ocorrência de maus tratos. Notícia do histórico de eventual violência recorrente do irmão contra irmã, esta menor de idade. Matéria que à primeira vista se insere nos termos do art. 5º da Lei Maria da Penha. Violência que supostamente ocorre na mesma unidade doméstica. Necessidade de salvaguardar eventual situação de vulnerabilidade. Inteligência do art. 41 da Lei Maria da Penha. Trâmite indevido no JECRIM. Conflito procedente. Competência do Juízo suscitante*" (Conflito de Jurisdição nº 0136621-87.2012.8.26.0000, Rel. Desembargador Presidente da Seção de Direito Criminal, DJ 15.10.2012).

Ante o exposto, julga-se procedente o presente conflito de jurisdição e declara-se a competência do MM. Juiz de Direito da Vara da Regional Leste 2 de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher do Foro Regional de São Miguel Paulista, ora suscitado.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Conflito de Jurisdição nº 0039449-77.2014.8.26.0000, da Comarca de Campinas, em que são suscitantes MM. JUIZ DE DIREITO DA 1ª VARA JUDICIAL DO FORO REGIONAL DE VILA MIMOSA, MM. JUIZ DE DIREITO DA 3ª VARA JUDICIAL DO FORO REGIONAL DE VILA MIMOSA e MM. JUIZ DE DIREITO DA 4ª VARA JUDICIAL DO FORO REGIONAL DE VILA MIMOSA, é suscitado MM. JUIZ DE DIREITO DA 1ª VARA DE EXECUÇÕES CRIMINAIS DE CAMPINAS.

Acesso ao Sumário

ACORDAM, em Câmara Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Julgaram procedente o presente conflito, para o fim de declarar competentes os MMs. Juízes suscitantes, V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 3273)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores EROS PICELI (VICE-PRESIDENTE) (Presidente) e RICARDO ANAFE (PRESIDENTE DA SEÇÃO DE DIREITO PÚBLICO).

São Paulo, 6 de outubro de 2014.

CARLOS DIAS MOTTA, Relator

Ementa: CONFLITO NEGATIVO DE JURISDIÇÃO. Infrações de menor potencial ofensivo. Aplicação de penas restritivas de direitos. Processos encaminhados para o juízo suscitado, para fins de cumprimento das penas impostas. Juízo da Vara de Execuções Criminais que declinou da competência para execução das penas aplicadas pelos juízes suscitantes. Competência do Juizado Especial Criminal para execução das infrações de menor potencial ofensivo. Aplicação do artigo 98, inciso I, da Constituição Federal, e dos artigos 1º e 60 da Lei nº 9.099/95. Varas do Foro Regional de Vila Mimosa que acumulam a competência do Juizado Especial Criminal, conforme os termos do artigo 1º, parágrafo único, do Provimento CSM nº 2.076/2013. Conflito julgado procedente, para declarar competentes os juízes suscitantes.

VOTO

Trata-se de conflito negativo de jurisdição suscitado pelos MM. Juízes da 1ª, 3ª e 4ª Varas Judiciais do Foro Regional de Vila Mimosa em face do MM. Juízo de Direito da 1ª Vara de Execuções Criminais de Campinas, em razão de controvérsia sobre a competência para a execução das penas restritivas de direitos, aplicadas no âmbito do Juizado Especial Criminal.

Em suma, os MMs. Juízos suscitantes alegam que: as varas cumulativas do Foro Regional de Vila Mimosa não possuem competência para execução das causas inseridas na Lei nº 9.099/95; o Foro Regional de Vila Mimosa é competente apenas para o processamento e julgamento das infrações de menor potencial ofensivo, excluindo-se a sua execução; a súmula nº 81 do E. TJSP não se aplica a este caso concreto; a execução das penas privativas de liberdade e de restritivas de direitos é de competência da Vara de Execuções Criminais da Comarca de Campinas (fls. 02/09).

Os MMs. Juízes suscitantes foram designados para apreciarem, em caráter provisório, eventuais medidas urgentes (fls. 37/38).

A d. Procuradoria Geral de Justiça opinou pela procedência do conflito, para o fim de declarar competentes os MMs. Juízes suscitantes (fls. 43/48).

É o relatório.

Da análise dos autos, verifica-se que os réus R. R. F., J. V. de F., L. A. de O. e J. A. da S. foram processados perante as Varas do Foro Regional de Vila Mimosa, em virtude do cometimento de infrações de menor potencial ofensivo.

Acesso ao Sumário

Observa-se também que os MMs. Juízes suscitantes proferiram sentenças que aplicaram penas restritivas de direitos aos réus acima mencionados (fls. 16/17, 21/22, 26/29 e 33/35).

Desse modo, os processos foram encaminhados à Vara de Execuções Criminais da Comarca de Campinas, para fins de cumprimento das penas acima referidas.

Contudo, a MM. Juíza de Direito da Vara de Execuções Criminais da comarca de Campinas determinou a devolução dos processos para os juízos de origem, por considerar que a competência para a execução das penas restritivas de direitos pertence ao Juizado Especial Criminal da Comarca de Campinas.

Posto isso, os MMs. Juízes da 1ª, 3ª e 4ª Varas Judiciais do Foro Regional de Vila Mimosa suscitaram o presente conflito negativo de competência, por entender que o MM. Juízo suscitado é competente para a execução das penas restritivas de direitos.

O conflito de jurisdição deve ser julgado procedente, para o fim de declarar a competência dos MMs. Juízos suscitantes.

Primeiramente, destaca-se que os juizados especiais criminais são competentes para a execução das infrações de menor potencial ofensivo, nos termos do artigo 98, inciso I, da Constituição Federal.

No mesmo sentido, os artigos 1º e 60 da Lei nº 9.099/95 ratificam a competência do Juizado Especial Criminal para a execução das infrações de menor potencial ofensivo.

Ocorre que as varas do Foro Regional de Vila Mimosa acumulam a competência do Juizado Especial Criminal, conforme o artigo 1º, parágrafo único, do Provimento CSM nº 2.076/2013 (fls. 10).

Destarte, infere-se que as penas restritivas de direitos aplicadas aos réus R. R. F., J. V. de F., L. A. de O. e J. A. da S. devem ser executadas perante os juízos suscitantes, pois estes exercem a competência do Juizado Especial Criminal no âmbito do Foro Regional de Vila Mimosa.

Acesso ao Sumário

Outrossim, ressalta-se que, independentemente da implantação do Anexo do Juizado Especial Criminal – JECRIM – no Foro Central da Comarca de Campinas, as varas do Foro Regional de Vila Mimosa permanecem competentes para os casos relativos à sua área de atuação, conforme o artigo 1º, parágrafo único, do Provimento CSM nº 2.076/2013.

Ante o exposto, **julgo procedente** o presente conflito, para o fim de declarar competentes os MMs. Juízes suscitantes.

Reexames Necessários

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Reexame Necessário nº 0004158-97.2011.8.26.0589, da Comarca de São Simão, em que é recorrente JUÍZO *EX OFFICIO*, são recorridos JULIANO DA CUNHA e PROMOTOR DE JUSTIÇA DA VARA DA INFÂNCIA E JUVENTUDE DE SÃO SIMÃO.

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 28005)**

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, 15 de setembro de 2014.

ARTUR MARQUES, Relator e Presidente da Seção de Direito Privado

Ementa: AÇÃO CIVIL PÚBLICA – CONSELHO TUTELAR – CASSAÇÃO DE MANDATO DE CONSELHEIRO ELEITO – CONSELHEIRO SURPREENDIDO POR POLICIAIS NA POSSE DE "CRACK" PARA CONSUMO PRÓPRIO – DROGADIÇÃO INCONTROVERSA NOS AUTOS E FATO NOTÓRIO NA CIDADE – AUSÊNCIA DE IDONEIDADE MORAL – ART. 133, I, ECA – SENTENÇA MANTIDA – RECURSO IMPROVIDO.

Acesso ao Sumário

VOTO

1. Trata-se de recurso oficial em reexame necessário da r. sentença de fls. 304/308, cujo relatório se adota, que julgou procedente ação civil pública ajuizada pelo Ministério Público em face de Juliano da Cunha, visando à cassação do seu mandato eletivo de Conselheiro Tutelar do Município de São Simão.

Certificado o decurso de prazo sem apresentação de recurso de apelação às fls. 335.

Parecer da douta Procuradoria-Geral de Justiça às fls. 314/316, reiterado

às fls. 338, pelo improvimento do recurso oficial.

É o relatório.

2. Consta dos autos que o apelado, candidato eleito ao Conselho Tutelar do Município de São Simão, nada obstante o seu dever, é usuário de drogas, tendo sido abordado por policiais militares que o surpreenderam com uma pedra de *crack*, em dia e hora em que estava prestando serviços como conselheiro tutelar, ou em que deveria estar a postos para exercer suas funções se solicitado, vez que estava de plantão.

A ilustre magistrada *a quo* julgou a demanda procedente para "*destituir Juliano da Cunha do cargo de conselheiro tutelar, com prejuízo dos vencimentos relativos ao exercício do cargo, a partir do dia do seu afastamento liminar, tornando definitiva a tutela antecipada concedida a fls. 173/174*" (fls. 307/308).

Feita a breve digressão, o recurso oficial deve ser improvido.

Com efeito, o boletim de ocorrência (fls. 22/24), o termo circunstanciado (fls. 32/34), o auto de exibição e apreensão (fls. 35/36) e o exame químico-toxicológico (fls. 38) apontam que o requerido foi surpreendido com uma pedra de *crack* em seu bolso no dia 04 de outubro de 2010, por volta de 17h30, em abordagem policial.

Ouvido, o requerido não apenas confirmou a propriedade da droga, como também afirmou ser dependente químico, acrescentando que estava à procura de tratamento específico para o vício (fls. 33 e 42).

Contudo, sua vontade de se ver livre da drogadição não é suficiente para afastar a aplicação da lei, na medida em que o art. 37, § 2º, da Lei Municipal nº 1.564/98 é expresso ao determinar que "*perderá ainda o mandato o Conselheiro que praticar ato incompatível com o exercício da função*". Ademais, o Estatuto da Criança e do Adolescente dispõe em seu art. 158 que cabe aos conselheiros tutelares "*zelar pelo atendimento dos Direitos da Criança e do Adolescente, cumprindo as atribuições previstas no Estatuto da Criança e do Adolescente*", sendo certo que o uso ostensivo de substâncias entorpecentes confronta com o que se espera do ocupante do cargo.

Acesso ao Sumário

Nesse sentido, correta a fundamentação da ilustre magistrada *a quo*, ao apontar:

> *O miliciano Juliano Almeida Filho foi quem perpetrou a abordagem pessoal do requerido e disse que, realizada revista pessoal, encontrou uma pedra de crack no seu bolso. Narrou que a população da cidade de São Simão é sabedora que Juliano é usuário de substâncias entorpecentes, circunstância esta que ocasiona certa resistência quanto à utilização dos serviços do Conselho Tutelar, na medida em que há comentários como o de que '**lá não tem como resolver, pois o indivíduo usa droga**', referência negativa em relação ao requerido.*

No mais, o Policial Militar Elias da Silva Santos disse que, realizado flagrante pelas cercanias do bairro da Saúde – local comumente conhecido pela mercancia ilícita de substâncias entorpecentes –, avistou o requerido pelas redondezas e, devido à presença dos milicianos, evadiu-se deste local. Acrescentou, ainda, que existiam denúncias específicas a indicar o requerido como usuário de substâncias entorpecentes. (...)

O Conselho Tutelar, entendido como órgão municipal a zelar precipuamente pelos direitos das crianças e dos adolescentes, deve manter e, principalmente, transparecer à sociedade sua idoneidade moral.

O conhecimento notório de que um dos integrantes do Conselho Tutelar é dependente químico – neste sentido, importante salientar a pequenez da cidade de São Simão – afronta, de maneira patente, esta idoneidade moral. E mais, decisão contrária nos presentes autos poderia ocasionar descrédito imensurável em referido órgão municipal, pois, não se pode esperar que àquele que cabe zelar pelo bem-estar da juventude vulnerável às drogas, cada vez mais difundidas na sociedade, não consiga se autodeterminar e manter-se longe do consumo de substâncias entorpecentes.

O conselheiro tutelar, antes de tudo, deve dar o exemplo a ser seguido por aqueles que a ele confiam a proteção dos seus direitos, a saber, crianças e adolescentes.

No caso em tela, porém, o requerido denotou exemplo negativo ao ser notoriamente conhecido pela sociedade de São Simão como usuário de substâncias entorpecentes e, desta forma, visível a perpetração de ato incompatível com o cargo que exerce e as funções que dele se espera perante a proteção dos interesses de crianças e adolescentes" (fls. 305/307).

Acrescente-se, por fim, o que apontou a douta Procuradoria-Geral de Justiça:

"*A manutenção da sentença exsurge do teor da norma contida no artigo 133, inciso I, do Estatuto da Criança e do Adolescente que exige para o exercício da relevante função de conselheiro tutelar o requisito de* '*reconhecida idoneidade moral*'.

Ora, não ostenta o predicado quem é abordado por policiais militares trazendo consigo droga ('*crack*') *para consumo pessoal (...), bem como, não estando em diligência, utilizava o veículo do Conselho Tutelar para frequentar* '*região conhecida pela venda e uso de entorpecentes*' *(depoimento do então presidente do Conselho Municipal dos Direitos da Criança às fls. 274), conduta incompatível com as funções de um*

Acesso ao Sumário

conselheiro tutelar.

(...) permitir que Juliano da Cunha continuasse a exercer o mandato de conselheiro tutelar potencializaria, não só (...) o descrédito imensurável em referido órgão municipal (...), mas também apostar na incerteza do devido zelo pelo cumprimento dos direitos da criança e do adolescente pelo referido conselheiro tutelar" (fls. 315/316).

O Conselheiro Tutelar deve possuir reconhecida idoneidade moral, conforme determina o art. 133, I, do Estatuto da Criança e do Adolescente. Assim sendo, não se pode reconhecer provido da idoneidade moral exigida pela lei o cidadão que faz uso contumaz de drogas, o que demonstra clara incompatibilidade para o desempenho da nobre e grave função de Conselheiro Tutelar.

Destarte, a r. sentença deve ser mantida, eis que julgou corretamente a lide.

3. Ante o exposto, **nega-se provimento ao recurso**.

Acesso ao Sumário

CONSELHO SUPERIOR DA MAGISTRATURA

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0002289-35.2013.8.26.0426, da Comarca de Patrocínio Paulista, em que é apelante JOÃO MÁRCIO PEREIRA DA SILVA, é apelado OFICIAL DE REGISTRO DE IMÓVEIS, TÍTULOS E DOCUMENTOS E CIVIL DE PESSOA JURÍDICA DA COMARCA DE PATROCÍNIO PAULISTA.

ACORDAM, em Conselho Superior da Magistratura do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "DERAM PROVIMENTO AO RECURSO PARA JULGAR IMPROCEDENTE A DÚVIDA E DETERMINAR O REGISTRO DO TÍTULO, V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 34.069)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores RENATO NALINI (Presidente), EROS PICELI, GUERRIERI REZENDE, ARTUR MARQUES, PINHEIRO FRANCO e RICARDO ANAFE.

São Paulo, 26 de agosto de 2014.

ELLIOT AKEL, Relator

Ementa: REGISTRO DE IMÓVEIS – DÚVIDA – CARTA DE ADJUDICAÇÃO – DISPENSA DE CND – POSICIONAMENTO MODIFICADO E CONSOLIDADO PELO CONSELHO SUPERIOR DA MAGISTRATURA, BASEADO EM PRECEDENTES DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E DO ÓRGÃO ESPECIAL DO TJSP, DE QUE A EXIGÊNCIA É INDEVIDA – CERTIDÃO DISPENSADA – RECURSO PROVIDO.

VOTO

Cuida-se de recurso de apelação interposto contra a sentença do MM. Juiz Corregedor Permanente do Oficial de Registro de Imóveis da Comarca de Patrocínio Paulista, que julgou procedente a dúvida suscitada e manteve a recusa de registro da carta de adjudicação compulsória extraída dos autos da ação de adjudicação compulsória, em razão da não apresentação da Certidão

Acesso ao Sumário

Negativa de Débitos da Receita Federal em nome da empresa titular do domínio e alienante do imóvel, com fundamento no artigo 47, I, da Lei nº 8.212/91.

Sustenta o apelante que recentes julgados de tribunais superiores decidiram pela inexigibilidade das certidões (fls. 78/79).

A Procuradoria Geral de Justiça opinou pelo provimento do recurso (fls. 93/96).

É o relatório.

O Colendo Conselho Superior da Magistratura modificou posicionamento anterior, que há muito se havia consolidado, e passou a considerar inexigível a certidão negativa de débito por parte da empresa alienante do imóvel para fins de registro do título, prevista no artigo 47, I, "b", da Lei nº 8.212/91, baseado em julgados do Supremo Tribunal Federal (ADIs nºs 173-6 e 394-1, rel. Ministro Joaquim Barbosa, j. 25.09.2008) nos quais foi declarada a inconstitucionalidade de leis e atos normativos do Poder Público que tragam em si sanções políticas, com o fim de compelir o contribuinte ao recolhimento do crédito por via oblíqua, porque se trata de exigência que não guarda nenhuma relação com o ato de registro do título.

Nesse sentido: RMS 9.698, RE 413.782, RE 424.061, RE 409.956, RE 414.714 e RE 409.958.

O voto proferido na Adi 173-6, inobstante haver tratado de caso referente à interdição de estabelecimento e proibição total do exercício da atividade profissional, traz entendimento que se aplica a todas as demais hipóteses que objetivam coagir ao pagamento do crédito e que configuram forma de sanção política, tanto que assim dispõe:

> "*Como se depreende do perfil apresentado e da jurisprudência da Corte, as sanções políticas podem assumir uma série de formatos. A interdição de estabelecimento e a proibição total do exercício de atividade profissional são apenas exemplos mais comuns.*"

O caso ora examinado, no qual a norma legal exige, para possibilitar o registro decorrente de alienação de imóvel, a exibição de certidão negativa de débito da previdência social e de certidão negativa de débito de tributos e contribuições federais em nome da proprietária alienante, a exemplo do acima mencionado, tem por fim compelir o contribuinte a pagar o débito e configura forma de sanção política.

O Colendo Órgão Especial deste Tribunal, no julgamento da Arguição de Inconstitucionalidade nº 0139256-75.2011.8.26.0000, reconheceu a inconstitucionalidade do art. 47, I, "d", da Lei nº 8.212/91. A ementa é do seguinte teor:

> "*ARGUIÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEI 8.212/91, ART. 47, ALÍNEA 'D'. EXIGÊNCIA DE CERTIDÃO NEGATIVA DE DÉBITO*

DA EMPRESA NO REGISTRO OU ARQUIVAMENTO, NO ÓRGÃO PRÓPRIO, DE ATO RELATIVO A EXTINÇÃO DE SOCIEDADE COMERCIAL. OFENSA AO DIREITO AO EXERCÍCIO DE ATIVIDADES ECONÔMICAS E PROFISSIONAIS LÍCITAS (CF, ART. 170, PARÁGRAFO ÚNICO), SUBSTANTIVE PROCESS OF LAW E AO DEVIDO PROCESSO LEGAL. ARGUIÇÃO PROCEDENTE. Exigência descabida, em se cuidando de verdadeira forma de coação à quitação de tributos. Caracterização da exigência como sanção política. Precedentes do STF.".

Neste mesmo sentido este Conselho Superior da Magistratura vem reiteradamente decidindo, a exemplo das Apelações Cíveis nºs. 0018870-06.2011.8.26.0068; 0013479-23.2011.8.26.0019; 9000003-22.2009.8.26.0441; 0013693-47.2012.8.26.0320 e 0006907-12.2012.8.26.0344.

Tenho para mim, em suma, respeitado o entendimento esposado na sentença do douto magistrado, que é caso de dispensa da exigência da CND.

Ante o exposto, dou provimento ao recurso para julgar improcedente a dúvida e determinar o registro do título.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0003063-92.2013.8.26.0223, da Comarca de Guarujá, em que são apelantes JOSEFINA DOS SANTOS, APARECIDA BARBOSA, DORIVAL BARBOSA, JOANIRA BARBOSA, PEDRO LUCAS DOS SANTOS e CLAUDIONICE BARBOSA, é apelado OFICIAL DE REGISTRO DE IMÓVEIS, TÍTULOS E DOCUMENTOS E CIVIL DE PESSOA JURÍDICA DA COMARCA DE GUARUJÁ.

ACORDAM, em Conselho Superior da Magistratura 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 34.056)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores RENATO NALINI (Presidente), EROS PICELI, GUERRIERI REZENDE, ARTUR MARQUES, PINHEIRO FRANCO e RICARDO ANAFE.

São Paulo, 26 de agosto de 2014.

ELLIOT AKEL, Relator

Ementa: REGISTRO DE IMÓVEIS – DÚVIDA – NEGATIVA DE ACESSO AO REGISTRO DE

Acesso ao Sumário

ESCRITURA APRESENTADA ANTERIORMENTE QUE INGRESSOU NO FÓLIO REAL, E TRANSFERIU A TITULARIDADE DO DOMÍNIO – PRETENSÃO DE REGISTRO DO DIREITO DE USO DOS DENOMINADOS "AGREGADOS ANUENTES" NA ESCRITURA – INVIABILIDADE – DIREITO DE USO NÃO CONFIGURADO – IMÓVEL, ALÉM DO MAIS, DESMEMBRADO PELO TITULAR DO DOMÍNIO, CUJA PROPRIEDADE DE PARTE DA ÁREA FOI TRANSFERIDA A TERCEIROS, O QUE ACARRETARIA OFENSA AOS PRINCÍPIOS DA ESPECIALIDADE OBJETIVA, SUBJETIVA E DA CONTINUIDADE – RECURSO NÃO PROVIDO.

VOTO

Trata-se de recurso de apelação interposto contra a sentença do MM. Juiz Corregedor Permanente do Oficial de Registro de Imóveis da Comarca de Guarujá, que em procedimento de dúvida suscitada acolheu a negativa de registro de escritura datada de 5 de setembro de 1983 e lavrada pelo 7º Tabelião de Notas da Comarca de São Paulo, livro 4.134-E, fls. 121, sob os fundamentos de que o referido título já fora registrado na matrícula primária do imóvel, e dele não se pode aferir a intenção das partes em atribuir aos interessados, denominados agregados anuentes, o direito ao uso que se postula ver registrado. Entendeu ainda o MM. Juiz que o registro postulado ofenderia os princípios da especialidade objetiva e subjetiva.

Os interessados interpuseram embargos de declaração, rejeitados pelo MM. Juiz Corregedor Permanente.

Os apelantes tecem considerações acerca do significado das palavras "agregado" e "anuência" constantes do título apresentado, afirmam que os titulares do domínio e os titulares da posse e agregados anuentes eram partes necessárias ao ato jurídico realizado na escritura pública lavrada, pois, os titulares do domínio, com o fim de lograr a extinção da ação de usucapião proposta pelo "titular da posse", obtiveram na escritura a confissão deste de que era sucessor na posse de Benedito Camilo dos Santos e a anuência dos possuidores e sucessores denominados agregados anuentes, mediante transferência da cobertura dominial ao titular da posse para moradia definitiva sua e dos agregados anuentes. Dizem que em razão do desmembramento da área maior em duas áreas, denominadas "A" e "B", é necessário o registro requerido a fim de dar publicidade acerca do direito de uso para moradia como ficou expresso na escritura.

Acesso ao Sumário

A Procuradoria Geral de Justiça opinou pelo não provimento do recurso.

É o relatório.

O Oficial tem o dever de analisar os aspectos formais, extrínsecos do título que lhe é apresentado. Consoante lições de Afrânio de Carvalho, o Oficial tem o dever de proceder ao 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).

Da leitura da escritura pública apresentada extrai-se que em decorrência de transação celebrada entre os titulares do domínio do imóvel matriculado sob número 38502 no Registro Imobiliário da Comarca de Guarujá e do denominado "titular da posse" Dionizio José Machado, a propriedade do imóvel foi transferida a este e, nestes termos, o registro do título foi corretamente realizado na ocasião em que apresentado para tal finalidade, ainda que tenha contado com a participação e concordância dos denominados "agregados anuentes" pelo fato de serem familiares de Dionizio e residirem juntamente com ele no imóvel.

Eventuais direitos que os apelantes entendem possuir, na condição de familiares de Dionizio, beneficiado com a transferência da titularidade do imóvel pelo fato de residir no bem em decorrência de contrato de arrendamento celebrado no passado entre o seu antecessor e os antecessores dos titulares do domínio, e ser reconhecido como possuidor nestes termos, não lhes confere o direito de registrar tais fatos, muito menos a título de direito de uso.

Ainda que, apenas a título de argumentação, assim não fosse, após o registro da escritura que transferiu a titularidade do imóvel a Dionizio, o imóvel foi desmembrado em duas áreas, a matrícula nº 38502 foi encerrada e duas novas matrículas foram abertas, as de números 61801 e 61802 e o imóvel descrito nesta última foi alienado a terceiros, o que impede o registro pretendido, porque a área descrita no título e a titularidade do domínio de parte dela divergem do que consta nas referidas matrículas, portanto, o registro pretendido ofenderia os princípios da especialidade objetiva e subjetiva e o da continuidade.

Com efeito, de acordo com as lições de Afrânio de Carvalho, "*O princípio da continuidade, que se apoia no de especialidade, quer dizer que, em relação a cada imóvel, adequadamente individuado, deve existir uma cadeia de titularidade à vista da qual só se fará a inscrição de um direito se o outorgante dele aparecer no registro como seu titular. Assim, as sucessivas transmissões, que derivam umas das outras, asseguram a preexistência do imóvel no patrimônio do transferente*". Quanto ao princípio da especialidade objetiva, "*significa que toda inscrição deve recair sobre um objeto precisamente individuado*". (Registro de Imóveis, 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1982).

Em suma, correta a recusa da Oficial e a sentença de procedência da dúvida.

Acesso ao Sumário

Jurisprudência - CSM

À vista do exposto, nego provimento ao recurso.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0003976-17.2012.8.26.0415, da Comarca de Palmital, em que é apelante ARTUR DE OLIVEIRA, é apelado OFICIAL DE REGISTRO DE IMÓVEIS, TÍTULOS E DOCUMENTOS E CIVIL DE PESSOA JURÍDICA DA COMARCA DE PALMITAL.

ACORDAM, em Conselho Superior da Magistratura 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 34.070)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores RENATO NALINI (Presidente), EROS PICELI, GUERRIERI REZENDE, ARTUR MARQUES, PINHEIRO FRANCO e RICARDO ANAFE.

São Paulo, 15 de agosto de 2014.

ELLIOT AKEL, Relator

Ementa: REGISTRO DE IMÓVEL – DÚVIDA – CARTA DE SENTENÇA EXTRAÍDA DOS AUTOS DE AÇÃO DE ADJUDICAÇÃO COMPULSÓRIA – EXAME FORMAL E RESTRITO AOS ASPECTOS EXTRÍNSECOS DO TÍTULO – CITAÇÃO DE APENAS ALGUNS DOS TITULARES DO DOMÍNIO DO IMÓVEL E DIVERGÊNCIA ENTRE A ÁREA DESCRITA NO COMPROMISSO DE COMPRA E VENDA E A ÁREA DESCRITA NA MATRÍCULA – OFENSA AOS PRINCÍPIOS DA CONTINUIDADE E DA ESPECIALIDADE OBJETIVA – RECURSO NÃO PROVIDO.

Acesso ao Sumário

VOTO

Trata-se de recurso de apelação interposto contra a sentença da MMª Juíza Corregedora Permanente do Oficial de Registro de Imóveis da Comarca de Palmital, que julgou procedente a dúvida suscitada e manteve a recusa de registro da carta de sentença extraída dos autos da ação de adjudicação compulsória, em razão da não citação de todos os titulares do domínio do imóvel, o que ofende o

princípio da continuidade, e da ausência de autenticação das cópias que instruem o título pelo Supervisor do Ofício Judicial.

O apelante menciona precedente do Conselho Superior da Magistratura no sentido de que a qualificação feita pelo oficial do registro não é irrestrita e deve se restringir ao exame dos elementos extrínsecos do título judicial, sem promover incursão nos atos processuais e sobre o mérito da decisão que o embasa. Diz que conquanto o lote que lhe foi vendido pertencesse a um condomínio, sua posse exclusiva, e dos vendedores, localizada sobre a área, está consolidada há mais de vinte anos, em razão da divisão de fato dos lotes realizada entre os condôminos. Em relação às cópias autenticadas, afirma que o Supervisor do Serviço Judiciário certificou no título que estas foram xerocopiadas, autenticadas e rubricadas por ele.

A Procuradoria Geral de Justiça opinou pelo não provimento do recurso.

É o relatório.

Incontroverso que o título judicial submete-se à qualificação pelo oficial registrador, a exemplo de qualquer outro título, e que o exame é restrito aos aspectos formais e extrínsecos, o que é afirmado pelo próprio apelante, afirmando este, contudo, que o exame de questão processual atinente à ação de adjudicação compulsória, relacionada à citação, extrapola o âmbito da análise que deve ser feita, porque não compete ao oficial fiscalizar o ato processual.

Ocorre que não se trata propriamente de fiscalização do ato processual e sim de verificação da observância dos princípios que devem nortear os registros públicos, tais como o da legalidade, da continuidade e da especialidade objetiva.

Consoante lições de Afrânio de Carvalho, o Oficial tem o dever de proceder ao 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.

Indispensável, pois, observar os artigos 176 e 225, § 2º, da Lei de Registros Públicos, que consagram os princípios da continuidade e da especialidade, aquele corolário deste.

Com efeito, o princípio da especialidade objetiva, contido no art. 176 da Lei n. 6.015/73, exige a identificação do imóvel como um corpo certo, permitindo o encadeamento dos registros e averbações subsequentes, em conformidade ao princípio da continuidade.

De acordo com o conceito de Afrânio de Carvalho, na mesma obra acima mencionada, "*O princípio da especialidade significa que toda inscrição dever recair sobre um objeto precisamente individuado*", e, ao se referir ao mandamento da individuação do imóvel lançado no regulamento dos registros

públicos, consigna que "*Além de abranger a generalidade dos atos, contratuais e judiciais, o mandamento compreende também a generalidade dos imóveis, urbanos e rurais, exigindo a cabal individuação de todos para a inscrição no registro.*" e que "*A sua descrição no título há de conduzir ao espírito do leitor essa imagem. Se a escritura de alteração falhar nesse sentido, por deficiência de especialização, terá de ser completada por outra de rerratificação, que aperfeiçoe a figura do imóvel deixada inacabada na primeira. Do contrário, não obterá registro.*"

O mesmo doutrinador preleciona que "*O princípio da continuidade, que se apoia no de especialidade, quer dizer que, em relação a cada imóvel, adequadamente individuado, deve existir uma cadeia de titularidade à vista da qual só se fará a inscrição de um direito se o outorgante dele aparecer no registro como seu titular. Assim, as sucessivas transmissões, que derivam umas das outras, asseguram a preexistência do imóvel no patrimônio do transferente.*"

Ainda, de acordo com o mesmo doutrinador:

"*... importa lembrar que o título atual só é admissível no registro quando aí encontre outro pretérito a que possa ligar-se: o encadeamento há de ser ininterrupto. Essa afirmação não é senão um corolário de preceito latente do sistema, por mim realçado no anteprojeto atrás aludido, segundo o qual a pré-inscrição de titular antigo é indispensável à inscrição de novo titular.*" *(Revista dos Tribunais 643/20 –* "*Títulos Admissíveis no Registro*"*)*.

No caso vertente, o registro perseguido comprometeria o exato encadeamento subjetivo das sucessivas transmissões e aquisições de direitos reais imobiliários, porque de acordo a matrícula do imóvel e que é de número 8.699 (fls. 29/31) a titularidade do domínio pertence à Carmela Furtado Pereira, João Pereira Júnior e sua mulher Roselene Aparecida Zanardo Pereira, Paulo Cesar Alves Pereira, Antônio Pereira e sua mulher Zenaide Martins Pereira, Alceu Pereira e sua mulher Terezinha Mendes Pereira, Irene Marquezani Pereira, Espólio de José Luiz de Oliveira e Paulo Rogério da Silva Oliveira, além de a área total e que de acordo com o "R.5" foi objeto de loteamento, ser diversa do compromisso de compra e venda objeto da ação de adjudicação compulsória.

Acesso ao Sumário

Com efeito, o título objeto da ação de adjudicação compulsória é um contrato particular de compromisso de compra e venda, cuja área nele descrita está inserida em área maior e que é de titularidade do domínio de todas as pessoas acima mencionadas e não apenas daqueles que constam no título como vendedores, motivo pelo qual era indispensável a citação de todos na referida demanda, em observância ao princípio da continuidade, porém, mesmo que tal providência fosse tomada, ainda assim o registro do título não seria possível, porque a área descrita não coincide com a área descrita na matrícula número 8.669, o que fere o princípio da especialidade objetiva.

Quanto às cópias que instruíram a carta de sentença, verifica-se, não obstante tenha o advogado do apelante aposto no verso delas a autenticação, nos termos do inciso IV do artigo 365 do Código de Processo Civil, verifica-se que o Supervisor de Serviço do 1º Ofício Judicial da Comarca de Palmital não só fez constar a fls. 4 que "... é expedida a favor dos interessados a presente **CARTA DE SENTENÇA**, constituída por 09 (nove) peças dos autos do processo, as quais foram xerocopiadas, autenticadas e rubricadas, que adiante seguem e desta ficam fazendo parte integrante," como efetivamente as autenticou e rubricou, mediante aposição de número ao lado de cada rubrica, na parte lateral direita de cada cópia, o que é suficiente ao cumprimento das Normas de Serviço da Corregedoria Geral da Justiça, razão pela qual esta exigência foi indevida.

À vista do exposto, nego provimento ao recurso.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0005833-73.2010.8.26.0543, da Comarca de Santa Isabel, em que é apelante IVO BOFF, é apelado OFICIAL DE REGISTRO DE IMÓVEIS, TÍTULOS E DOCUMENTOS E CIVIL DE PESSOA JURÍDICA DA COMARCA DE SANTA ISABEL.

ACORDAM, em Conselho Superior da Magistratura 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 34.068)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores RENATO NALINI (Presidente), EROS PICELI, GUERRIERI REZENDE, ARTUR MARQUES, PINHEIRO FRANCO e RICARDO ANAFE.

São Paulo, 26 de agosto de 2014.

ELLIOT AKEL, Relator

Ementa: REGISTRO DE IMÓVEIS – DÚVIDA INVERSA – ESCRITURA PÚBLICA DE COMPRA E VENDA – EXISTÊNCIA DE AÇÕES PESSOAIS SEM NATUREZA REIPERSECUTÓRIA – DESNECESSIDADE DE MENÇÃO NA ESCRITURA PÚBLICA – ADEMAIS, DISPENSA PELO ADQUIRENTE E DECLARAÇÃO DO ALIENANTE, SOB PENA DE RESPONSABILIDADE CIVIL E

Acesso ao Sumário

PENAL, DE QUE O IMÓVEL ENCONTRA-SE LIVRE E DESEMBARAÇADO DE QUAISQUER ÔNUS REAIS, JUDICIAIS OU EXTRAJUDICIAIS, E SOBRE A EXISTÊNCIA DE OUTRAS AÇÕES REAIS E PESSOAIS REIPERSECUTÓRIAS, RELATIVAS AO IMÓVEL, E DE OUTROS ÔNUS REAIS SOBRE ELE INCIDENTES – RECURSO PROVIDO.

VOTO

IVO BOFF interpôs apelação contra a sentença das fls. 41/44, que julgou procedente dúvida inversa, mantendo a recusa do registro pelo Oficial de Registro de Imóveis da Comarca de Santa Isabel, por entender que permanece imperativa a exigência, pelos tabeliães de notas, da apresentação das certidões dos distribuidores cíveis para a lavratura de atos notariais, nos termos do Comunicado CG n. 465/07.

O apelante alega que o óbice apresentado pelo Oficial não se sustenta, porque as partes expressamente dispensaram a apresentação das certidões de que trata a Lei n. 7.433/85, pelo que assumiram inteira responsabilidade. Além disso, as ações que fundamentaram a recusa já estão arquivadas (fls. 47/50).

A Procuradoria Geral de Justiça opinou pelo não provimento do recurso (fls. 60/62).

É o relatório.

O Oficial apresentou óbice ao registro da escritura de compra e venda por ter constatado a existência de duas ações ajuizadas contra a transmitente do imóvel, o que tornaria necessária a retificação da escritura pública de compra e venda para constar a existência de tais ações, nos termos do § 3º do artigo 1º do Decreto n. 93.240/86.

Pese embora a prudência do Oficial, o certo é que, no caso, não se trata de ação real ou pessoal reipersecutória, nos moldes do disposto no artigo 1º, IV, do Decreto nº 93.240/86, que regulamentou a Lei nº 7.433/85, a impor a retificação da escritura pública, mas sim de execuções fundadas em títulos extrajudiciais arquivadas (conforme noticiado nas fls. 13/14).

O conceito de ação pessoal reipersecutória já foi objeto de análise por este Conselho Superior da Magistratura, na Apelação Cível n. 722-6/7, data do julgamento 30/10/2007, Relator: Desembargador Gilberto Passos de Freitas, ocasião em que ficou assentado:

"De acordo com Valmir Pontes, as ações pessoais 'são chamadas reipersecutórias porque perseguem uma coisa; ou visam à aquisição de um direito real, ou ao aclaramento de dúvida acerca de uma coisa ou direito real,

embora se originem de relação de direito meramente pessoal ou obrigacional' (Registro de Imóveis, Editora Saraiva, 1982, p. 28.).

Neste mesmo sentido a lição ministrada por Maria Helena Diniz:

> '*As ações pessoais reipersecutórias derivam de uma relação obrigacional decorrente de negócio jurídico, de declaração unilateral de vontade ou de ato ilícito, mas o registro da citação deverá ser feito porque a demanda se refere a imóvel, por ter por objeto a obtenção de um bem de raiz em consequência de obrigação assumida pelo réu. Por exemplo, é o que se dá com ação anulatória de compra e venda de um prédio, não cumulada com a reivindicatória do imóvel vendido ou com a ação que pretende compelir o réu a cumprir compromisso de compra e venda de imóvel por não poder reclamar a adjudicação compulsória. Essas ações pessoais são designadas* '*reipersecutórias*'*, porque, embora oriundas de relação de direito pessoal, têm por finalidade a aquisição de um direito real ou o esclarecimento de dúvidas sobre uma coisa*' *(Sistemas de Registro de Imóveis, p. 181, 1992, Editora Saraiva)*".

As ações de execução de título extrajudicial podem ser consideradas de natureza pessoal, pura e simplesmente, porque não estão relacionadas a nenhum imóvel, destacando-se que o fato de poderem importar na penhora de bens imóveis não lhes atribui natureza reipersecutória.

A exigência formulada pelo Oficial não se justificava, portanto, mesmo porque na escritura de compra e venda constou a expressa declaração de que os contratantes "dispensaram a apresentação das demais certidões de que trata a Lei n. 7.433/85, pelo que assumem inteira responsabilidade, dispensando inclusive a certidão relativa a débitos fiscais do descrito imóvel, conforme faculta o Decreto 93.240, respondendo, o outorgado comprador, pelo pagamento de eventuais débitos fiscais existentes" (fl. 09).

A propósito, o item 59 do Capítulo XIV das NSCGJ dispõe que "as escrituras relativas a bens imóveis e direitos reais a eles relativos devem conter, ainda: (...) e) apresentação das certidões dos distribuidores do foro das Justiças Estadual, Federal e Trabalhista, **ou a expressa dispensa pelo adquirente e declaração do alienante, sob pena de responsabilidade civil e penal, de que o imóvel encontra-se livre e desembaraçado de quaisquer ônus reais, judiciais ou extrajudiciais, e sobre a existência de outras ações reais e pessoais reipersecutórias, relativas ao imóvel, e de outros ônus reais incidentes sobre o mesmo** (...)" (grifo meu).

Do mesmo modo, antes das alterações recentes das Normas de Serviço dos Cartórios Extrajudiciais da Corregedoria Geral da Justiça, o item 16 do Capítulo XIV dispunha que "as escrituras relativas a imóveis e direitos a eles relativos devem conter, ainda: (...) d) declaração de que o imóvel encontra-se

Acesso ao Sumário

livre e desembaraçado de quaisquer ônus reais, judiciais ou extrajudiciais, e sob pena de responsabilidade civil e penal sobre a existência de outras ações reais e pessoais reipersecutórias, relativas ao imóvel, e de outros ônus reais incidentes sobre o mesmo".

Finalmente, o óbice relacionado à necessidade de descrição da área edificada não mais persiste, diante da apresentação da escritura de retificação, como reconhecido pelo Oficial de Registro de Imóveis na fl. 35.

Posto isso, dou provimento ao recurso.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0014218-28.2013.8.26.0309, da Comarca de Jundiaí, em que é apelante EXPANDRA ESTAMPARIA E MOLAS LTDA., é apelado 1º OFICIAL DE REGISTRO DE IMÓVEIS, TÍTULOS E DOCUMENTOS E CIVIL DE PESSOA JURÍDICA DA COMARCA DE JUNDIAÍ.

ACORDAM, em Conselho Superior da Magistratura 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 34.063)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores RENATO NALINI (Presidente), EROS PICELI, GUERRIERI REZENDE, ARTUR MARQUES, PINHEIRO FRANCO e RICARDO ANAFE.

São Paulo, 15 de agosto de 2014.

ELLIOT AKEL, Relator

Ementa: REGISTRO DE IMÓVEIS – Ata de leilão extrajudicial – Microfilme – Falta de título original – Inaptidão para registro – Recurso não provido.

Acesso ao Sumário

VOTO

Trata-se de apelação interposta por Expandra Estamparia e Molas Ltda. objetivando a reforma da r. sentença de fls. 55/59, que julgou procedente a dúvida suscitada pelo 1º Oficial de Registro de Imóveis, Títulos e Documentos e Civil de Pessoa Jurídica da Comarca de Jundiaí, para manter a negativa do registro da certidão da microfilmagem da ata de leilão extrajudicial fornecida pelo 5º Oficial de Registro de Títulos e Documentos da Comarca de São Paulo (fl. 30).

Alega a apelante que pretende apenas prenotar o título à margem da matrícula do imóvel, a fim de comprovar a arrematação realizada.

A Procuradoria Geral de Justiça opinou pelo não conhecimento ou não provimento do recurso (fls. 85/86).

É o relatório.

Ressalte-se, inicialmente, que embora a apresentação do título original seja imprescindível para a suscitação da dúvida[1], no presente caso discute-se exatamente a possibilidade de registro da certidão de microfilmagem de Oficial de Registro de Títulos e Documentos da Comarca de São Paulo. Por essa razão, não é o caso de se julgar prejudicada a dúvida.

A recorrente pleiteia, com base no art. 167, I, 26, da Lei nº 6.015/73, o registro da certidão da microfilmagem da ata de leilão extrajudicial fornecida pelo 5º Oficial de Registro de Títulos e Documentos da Comarca de São Paulo a fim de comprovar a arrematação do imóvel matriculado sob o nº 60.345 do 1º Oficial de Registro de Imóveis, Títulos e Documentos e Civil de Pessoa Jurídica da Comarca de Jundiaí.

Ocorre que o documento apresentado não é título hábil a registro, uma vez que não se encaixa em nenhuma das hipóteses previstas no art. 221, da Lei nº 6.015/73:

> *Art. 221 – Somente são admitidos registro:*
>
> *I – escrituras públicas, inclusive as lavradas em consulados brasileiros;*
>
> *II – escritos particulares autorizados em lei, assinados pelas partes e testemunhas, com as firmas reconhecidas, dispensado o reconhecimento quando se tratar de atos praticados por entidades vinculadas ao Sistema Financeiro da Habitação;*
>
> *III – atos autênticos de países estrangeiros, com força de instrumento público, legalizados e traduzidos na forma da lei, e registrados no cartório do Registro de Títulos e Documentos, assim como sentenças proferidas por tribunais estrangeiros após homologação pelo Supremo Tribunal Federal;*
>
> *IV – cartas de sentença, formais de partilha, certidões e mandados extraídos de autos de processo.*
>
> *V – contratos ou termos administrativos, assinados com a União, Estados, Municípios ou o Distrito Federal, no âmbito de programas de regularização fundiária e de programas habitacionais de interesse social, dispensado o reconhecimento de firma.*

A cópia de título original, seja simples, autenticada ou mesmo mediante certidão de registro de títulos e documentos, não é documento hábil para ingresso no registro de imóveis, conforme firme jurisprudência deste Conselho Superior da Magistratura:

1 Art. 198, da Lei nº 6.015/73

Acesso ao Sumário

A cópia autenticada constitui mero documento, e não instrumento formal previsto como idôneo a ter acesso ao registro. Tendo em vista uma reavaliação qualificativa do título, vedado o saneamento intercorrente das deficiências da documentação apresentada, é imprescindível a exibição de certidão ou traslado do ato notarial, ou seja, do instrumento público. Neste sentido, é pacífica a jurisprudência deste Conselho Superior (Apelações Cíveis n°s. 288.403, 442-0, 1.338-0, 2.177-0, 4.318-0, 6.034-0, 12.865-0, 14.110-0 e 15.070-0), não restando outra solução, constatada deficiência formal, senão inadmitir o acesso do documento apresentado ao Registro.[2]

Ainda:

(...) este E. Conselho firmou entendimento no sentido de que "a relação de títulos admitidos a registro, constante do art. 221 da Lei 6.015/73, tem caráter restritivo. Somente serão admitidos a registro os títulos ali especificados. Xerocópia de translado de escritura não é documento hábil para o registro, ainda que assinada pelo Tabelião e com o carimbo de seu Cartório (Ap. Cível 442-0 – São Paulo, de 20.2.81 – NARCISO ORLANDI NETO – "Registro Públicos" – Saraiva – 1982 – Ementa n° 5, pg. 6).[3]

Assim, para o registro da arrematação, nos termos do art. 167, I, 26, da Lei nº 6.015/73, de rigor o cumprimento das exigências formuladas pelo registrador (fl. 39), com a necessária apresentação de carta de arrematação.

Ante o exposto, nego provimento ao recurso.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 3005487-96.2013.8.26.0048, da Comarca de Atibaia, em que é apelante OSVALDO DE JESUS PACHECO, é apelado OFICIAL DE REGISTRO DE IMÓVEIS, TÍTULOS E DOCUMENTOS E CIVIL DE PESSOA JURÍDICA DA COMARCA DE ATIBAIA.

ACORDAM, em Conselho Superior da Magistratura 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 34.078)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores RENATO NALINI (Presidente), EROS PICELI, GUERRIERI REZENDE, ARTUR MARQUES, PINHEIRO FRANCO e RICARDO ANAFE.

Acesso ao Sumário

2 Apelação Cível nº 031487-0/3

3 Apelação Cível nº 2.177-0

São Paulo, 15 de agosto de 2014.
ELLIOT AKEL, Relator

Ementa: REGISTRO DE IMÓVEIS – DÚVIDA INVERSA – CARTA DE ADJUDICAÇÃO – AUSÊNCIA DO TÍTULO – RECURSO NÃO CONHECIDO.

VOTO

Cuida-se de apelação contra a sentença de fls. 687/690, que reconheceu a impossibilidade de registro de carta de adjudicação extraída dos autos de inventário dos bens deixados por Severiano Leme. A sentença consignou que haveria violação ao princípio da continuidade, pois o autor da herança era casado sob o regime da comunhão universal de bens quando adquiriu o imóvel, de forma que seria necessária a apresentação do inventário do cônjuge meeiro pré-morto. Haveria também violação ao princípio da especialidade subjetiva, por conta da falta de certidão atualizada de casamento de Severiano.

Sustenta, o apelante, que a qualificação registral, ao questionar a eventual meação da esposa do inventariado, adentrou no mérito da decisão judicial, transitada em julgado, pela qual o bem imóvel foi adjudicado (fls. 692/696).

A Douta Procuradoria Geral de Justiça opinou pelo não conhecimento do recurso e, no mérito, pelo não provimento (fls. 703/708).

É o relatório.

A dúvida inversa encontra-se prejudicada porque não foi instruída com os originais do título que se pretendia ver registrado.

O art. 198, IV, da Lei nº 6.015/73 determina que, no procedimento da dúvida, sejam remetidas ao juízo competente as razões da dúvida, acompanhadas do título.

Nesse sentido, confira-se posicionamento recente deste 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 não conhecido* (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).

Acesso ao Sumário

No mais, independentemente da prejudicialidade acima apontada, constato que em sua resposta à duvida inversa suscitada o Oficial reviu seu posicionamento quanto à vedação do registro por infringência ao princípio da continuidade.

Foi dada razão ao suscitante com relação ao fato de que dentro dos autos de inventário a questão da meação da esposa de Severiano foi analisada e, portanto, conforme entendimento atual do CSM, a qualificação registral não poderia reexaminar o mérito da decisão jurisdicional (vide fls. 661/665).

A sentença, porém, manteve o óbice inicial referente ao princípio da continuidade, a despeito da mudança de posicionamento do Oficial.

Nesse aspecto, para efeito de futura qualificação, e ressalvado o fato deste recurso estar mesmo prejudicado, correto o registrador na conclusão a que chegou em sua resposta a fls. 657/669.

Por fim, consigna-se que no recurso o apelante insurgiu-se exclusivamente quanto à impossibilidade da qualificação registral adentrar ao mérito de matéria já analisada na esfera jurisdicional, no caso, a meação da falecida esposa do inventariado. Concordou expressamente com os demais óbices (itens a, b, c, d, de fls. 668/669), questões que não são, portanto, objeto do presente.

Ante o exposto, não conheço do recurso.

Acesso ao Sumário

NOTICIÁRIO

JOSÉ RENATO NALINI (Presidente do Tribunal de Justiça de São Paulo)

Discurso proferido em nome do Tribunal de Justiça por ocasião da Cerimônia de posse dos Desembargadores Daise Fajardo Nogueira Jacot e Flávio Abramovici. (Cerimônia Singela de 02.10.14)

É uma satisfação para o Presidente do Tribunal de Justiça dar posse oficial a dois novos desembargadores, os doutores DAISE FAJARDO NOGUEIRA JACOT e FLÁVIO ABRAMOVICI.

Ambos ingressaram no mesmo concurso no ano emblemático em que foi promulgada a *Constituição Cidadã*. Tomaram posse em 22.12.1988 e assumiram em 2.1.1989, ambos, coincidentemente, como Juízes Substitutos da 45ª Circunscrição Judiciária, com sede em Moji das Cruzes.

A Dra. DAISE foi promovida para Jacupiranga, depois Araras e desde 1991 está na Capital, à frente da 15ª Vara Cível. O Dr. FLÁVIO foi promovido para Queluz, depois Capão Bonito e também veio para a Capital em 1991 e depois se removeu para Osasco em 1997. Em 2002 foi promovido para a 20ª Vara Cível Central e desde 18.5.2011, é Juiz de Direito Substituto em 2º Grau, junto à 2ª Câmara de Direito Privado.

São magistrados afeiçoados ao trabalho. O Dr. FLÁVIO iniciou sua lida aos quinze anos, como menor estagiário do Banco do Brasil por dois anos, entre 1973 e 1975. Depois foi escriturário do Banco da Amazônia, admitido por concurso público, formou-se em 1984 pela velha e sempre nova Academia do Largo de São Francisco e entre 1985 e seu ingresso à Magistratura, advogou em escritório próprio. É também Bacharel em Administração de Empresas pela FGV - 1979 - é pós-graduado em Processo Civil pela EPM.

Acesso ao Sumário

A Desembargadora DAISE foi escriturária no Instituto Arnaldo Vieira de Carvalho entre 1972 e 1974, Chefe do Departamento de Pessoal da Empresa Financilar - Banco de Investimentos S/A, de 1974 a 1978, Assistente do

Departamento Jurídico na mesma empresa entre 1978 e 1980, em seguida na Indústria Resegue de Óleos Vegetai s e, formada em Direito pela FMU em 1980, advogou por si e na companhia do Dr. Ricardo Teixeira Brancato. Foi Procuradora Judicial junto à Prefeitura de Osasco, Professora no Mackenzie, onde obteve o bacharelado em Administração pela Faculdade de Administração em 1982 e na FMU. É Mestre em Ciência, na área de concentração em Direito Constitucional, pela Fundação Escola de Sociologia e Política de São Paulo, grau obtido em 1986.

Experimentados, chegam ao grau derradeiro na carreira neste Tribunal e sabem que o momento é dramático. Neste ano de 2014 o Judiciário enfrentou revezes que prejudicaram sua produtividade. A Copa, as eleições, a queda de arrecadação que frustrou expectativas de suplementação orçamentária. Por isso, a palavra de ordem continua a ser produtividade, consoante as metas estabelecidas pelo CNJ. Contamos com a colaboração dos eminentes Magistrados, afeiçoados que são às lides judiciais, cada vez mais utilizadas numa República de 100 milhões de processos, um quarto dos quais nesta unidade da Federação.

Confiamos em Vossas Excelências, Desembargadores DAISE FAJARDO NOGUEIRA JACOT e FLÁVIO ABRAMOVICI. Sucedem os Desembargadores José Joaquim Marcondes Malerbi e Luiz Roberto Sabbato e são muito bem recomendados por seus pares. Estimados, respeitados, prestigiados, é de Magistrados assim que São Paulo e o Brasil precisa.

Muito bem vindos, a Presidência se regozija com Vossas Excelências e tem a certeza de que os inúmeros partícipes dessa vitória esperam bastante no desempenho que ora terá início em novo e desafiador patamar. Sejam felizes e contem com a nossa mais acolhedora expectativa.

Acesso ao Sumário

CÉSAR LACERDA (Desembargador Presidente da Comissão Examinadora do 184º Concurso de Provas e Títulos para ingresso na Magistratura)

Discurso proferido em razão da Posse dos Magistrados aprovados no 184º Concurso de Provas e Títulos para Ingresso na Magistratura. (Sessão Solene de 13.10.2014)

SAUDAÇÃO AOS NOVOS JUÍZES

Excelentíssimo Desembargador José Renato Nalini, DD. Presidente do Tribunal de Justiça de São Paulo, na pessoa de quem saúdo todas as demais autoridades já nomeadas, aqui presentes, Senhores desembargadores, Senhores Juízes, Senhores advogados, Senhores funcionários, Senhores Juízes Substitutos que hoje tomam posse, Digníssimos familiares, minhas senhoras e meus senhores.

Fui distinguido com a honrosa missão de presidir a comissão examinadora do 184° Concurso de Ingresso na Magistratura do Estado de São Paulo, em nome da qual, seguindo o protocolo, profiro esta breve saudação.

1. Primeiro os agradecimentos.

Quero agradecer ao Presidente em exercício, Desembargador José Renato Nalini, ao seu antecessor, Desembargador Ivan Sartori, e aos integrantes do Órgão Especial, pelo prestigioso apoio e pela confiança depositada nos membros da Comissão de Concurso, aos quais foi atribuída a elevada incumbência de selecionar os candidatos aptos a integrarem a magistratura bandeirante, futuros componentes deste Egrégio Tribunal.

Ao Presidente Nalini, que ofereceu todo o suporte necessário para que os trabalhos fossem levados a bom termo, o nosso especial reconhecimento. Expresso minha particular gratidão aos membros titulares da Comissão, o Desembargador Roberto Galvão de França Carvalho, representante da Sessão Criminal, Desembargador Manoel Pereira Calças, representante da Sessão de Direito Privado, Desembargador Raimundo Amorim Cantuária, representante da Sessão de Direito Público, e advogado Dr. Ricardo Cholbi Tepedino, representante da Ordem dos Advogados do Brasil, os quais desempenharam suas atribuições com afinco e não mediram esforços para que todas as etapas do concurso fossem cumpridas e a comissão pudesse concluir tempestivamente o certame, apesar dos entraves que se avizinhavam em razão dos jogos da copa do mundo e da proximidade do período eleitoral.

Aos suplentes, o advogado Dr. Flavio Pereira Lima e os Desembargadores Everaldo de Melo Colombi, Manoel Justino Bezerra Filho, Carlos Vico Mañas, e Zélia Maria Alves, deixo o registro do nosso apreço por suas valiosas contribuições.

Não poderia deixar de registrar um voto de admiração à Desembargadora Rosa Maria de Andrade Nery, que deu o impulso inicial aos trabalhos da Comissão, mas precocemente dela se afastou, em razão de impedimento então surgido, dando ensejo a que eu assumisse a Presidência do grupo.

Para finalizar os agradecimentos, não poderia deixar de mencionar todos

os funcionários da Secretaria da Magistratura, sem cuja valiosa colaboração não teria sido possível concluir o certame com sucesso. A eles, o nosso muito obrigado.

2. Agora, os cumprimentos.

Senhores Juízes Substitutos que ora se empossam no cargo.

O caminho certamente foi longo, envolvendo a preparação intelectual, a consolidação do conhecimento, e, depois, o enfrentamento de todas as etapas do concurso, nas quais os senhores tiveram oportunidade de demonstrar que estão aptos a integrar os quadros da magistratura Paulista.

Primeiro, tiveram que enfrentar uma prova objetiva seletiva, composta de 100 questões de múltipla escolha. Depois, submeteram-se a uma prova escrita, discursiva, e à lavratura de duas sentenças, uma de natureza cível e outra de natureza criminal. Os aprovados nessas etapas passaram, então, a uma outra, a etapa da "inscrição definitiva", em que se sujeitaram a sindicância da vida pregressa e investigação social, exames de sanidade física e mental, e avaliação psicológica.

Ultrapassadas essas fases foi realizada a prova oral, na qual os candidatos foram arguidos em sessão pública, pelos membros da Comissão de Concurso, que lhes avaliou o domínio do conhecimento jurídico, a adequação da linguagem, a articulação do raciocínio, a capacidade de argumentação e o uso correto do vernáculo.

Os senhores estão de parabéns e devem comemorar com seus amigos e familiares este momento singular, que assinala o início de uma nova vida, de sacerdócio à magistratura.

Como diria Rui Barbosa, os senhores elegeram "a mais eminente das profissões, a que um homem se pode entregar neste mundo".

Em contrapartida, eu diria, não podem se esquecer da responsabilidade do uso da caneta no exercício do cargo. Haverão de ter sempre em mente que as decisões judiciais, proferidas muitas vezes no recôndito de um gabinete, deitam para fora os seus efeitos e interferem diretamente na vida das pessoas, intrometendo-se em seu patrimônio, seus negócios, sua liberdade, sua situação familiar.

Acesso ao Sumário

Nem por isso, o juiz pode ter medo de decidir. Deve formar sua convicção diante dos elementos que se lhe apresentam nos autos, e proferir decisão justa, célere, que resolva a lide gerando, por vias transversas, a pacificação social.

E deve fazê-lo com presteza porque, como diria o festejado jurista, **"justiça atrasada não é justiça, senão injustiça qualificada e manifesta. Porque a dilação ilegal nas mãos do julgador contraria o direito escrito**

das partes, e, assim, as lesa no patrimônio, honra e liberdade. Os juízes tardinheiros são culpados, que a lassidão comum vai tolerando. Mas sua culpa tresdobra com a terrível agravante de que o lesado não tem meio de reagir contra o delinqüente poderoso, em cujas mãos jaz a sorte do litígio pendente. Não sejais, pois, desses magistrados, nas mãos de quem os autos penam como as almas do purgatório, ou arrastam sonos esquecidos como as preguiças do mato".

Senhores Juízes Substitutos, honrem a toga que acabam de vestir; respeitem os advogados, esses valorosos profissionais, verdadeiramente indispensáveis à boa administração da justiça; demonstrem consideração pelos funcionários, notáveis colaboradores, sem deixar de lhes exigir o exato cumprimento de seus deveres funcionais; tenham sempre como meta distribuir justa e célere prestação jurisdicional.

Concluindo esta oração que já se alonga, assinalo que foi uma imensa honra e tive enorme satisfação em participar deste processo seletivo, no qual também tive a oportunidade de aprender muito. Mais uma vez felicito a todos, desejo muita sorte aos novos Juízes Substitutos e peço a Deus que ilumine as suas mentes para que bem desempenhem a nobilíssima missão de dar a cada um o que é seu.

Muito obrigado.

MATHEUS BARBOSA PANDINO (1º Colocado do 184º Concurso de Provas e Títulos para ingresso na Magistratura)

Discurso proferido em razão da Posse dos Magistrados aprovados no 184º Concurso de Provas e Títulos para Ingresso na Magistratura. (Sessão Solene de 13.10.2014)

EXCELENTÍSSIMO SENHOR PRESIDENTE DO EGRÉGIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO, DESEMBARGADOR JOSÉ RENATO NALINI, EM CUJA PESSOA CUMPRIMENTO TODOS OS DESEMBARGADORES, JUÍZES, PROCURADORES, PROMOTORES, ADVOGADOS E DEMAIS AUTORI DADES PRESENTES.

CAROS COLEGAS.

QUERIDOS AMIGOS E FAMILIARES.

Tão grande quanto a responsabilidade é a honra de poder representar os 108 aprovados no centésimo octogésimo quarto concurso para ingresso na **MAGISTRATURA DO ESTADO DE SÃO PAULO**, seleção que contou com mais de **13 mil candidatos inscritos**, reiterando a condição histórica de ser o certame com o maior número de aspirantes ao cargo de Juiz de Direito do país.

Esta cerimônia já se repetiu outras 183 vezes, mas não perde o ineditismo, porque é um momento único para cada um de nós. Ela representa o fim de uma longa caminhada, repleta de percalços, de eventos fortuitos e de renúncia; marcada pela determinação, disciplina e persistência.

O espectador que esteja aqui presente de passagem ou por curiosidade talvez não tenha a exata compreensão do quão importante é este momento para a vida de todos nós, recém empossados. Não se trata simplesmente de um ritual solene de posse em cargo público, mas do ponto culminante de uma trajetória que se iniciou nos bancos acadêmicos da Faculdade de Direito.

Quando alguém decide seguir a carreira da magistratura, sabe que não será fácil conseguir conquistar o direito de ingressar no cargo, pois não se adquire o cabedal necessário para integrar os quadros do Tribunal de Justiça de São Paulo sem trocar momentos lúdicos e agradáveis pela reflexão solitária defronte aos livros.

Disse ARISTÓTELES que *"mais valente é aquele que vence seus desejos do que aquele que vence seus inimigos; pois a vitória mais difícil é a vitória sobre si mesmo"*.

Acesso ao Sumário

Por isso, a inscrição no concurso é, antes de tudo, um ato de coragem, porque simboliza a energia que estamos dispostos a despender e a privação que aceitamos suportar para alcançar nosso sonho, cujos contornos, se no início parecem distantes e disformes, vão se intensificando à medida que logramos ultrapassar as diversas etapas do processo seletivo.

Mas não somente de estudo e técnica precisa o candidato para lograr êxito no seu intento de se tornar juiz. A vocação é a força motriz que nos instiga a

alcançar o nosso desígnio, sem a qual a simples vontade não passaria de mero anseio distante.

Temos que ter presente a ideia de que o concurso que passou requisitou apenas o mínimo que se espera de nós. Teremos que evoluir continuamente ao longo da carreira, não só em direção a novos conhecimentos, mas sobretudo em busca de maior contato com as particularidades da natureza humana.

A vitória que hoje celebramos não foi fruto de um esforço solitário, porque ninguém conseguiria superar tantas adversidades sem o ombro do amigo1 o suporte dos familiares e a ajuda dos colegas.

Em nome de todos, agradeço aos amigos, pais, irmãos, cônjuges e demais familiares. Eles não se submeteram a longos períodos de estudo contínuo, tampouco tiveram que solucionar as intrincadas questões das nossas provas, mas nos ofereceram o que estava a seu alcance e que, para nós, foi fundamental: o estímulo nos momentos de incerteza; o apoio nas ocasiões mais penosas; e a alegria genuína nos momentos de compartilhamento da conquista.

Pessoalmente, agradeço à minha mãe, cujo exemplo de perseverança e superação na vida serviu de inspiração para que eu sempre seguisse adiante.

Agradeço também ao Presidente e aos eminentes membros da Comissão Examinadora, que nos trataram com respeito, profissionalismo e imparcialidade.

Manifesto, ainda, na pessoa do Supervisor de Serviço Marcello Cajado, a nossa gratidão aos servidores do Tribunal, que sempre nos acudiram nos momentos de dúvida, demonstrando paciência inesgotável.

Após superar a etapa do concurso, celebramos a conquista mediante o desenho de uma linha divisória em nossas vidas, deixando para trás as agruras até então sentidas e vividas ao longo do percurso, para estrearmos uma nova jornada. A energia antes depositada quase que integralmente nos estudos agora deverá ser redirecionada para o nobre exercício da função judicante.

Tornamo-nos, hoje, juízes do maior Tribunal de Justiça do planeta, o qual conta com mais de 140 anos de história desde a sua fundação, em 03 de fevereiro de 1874. Esperam-nos cerca de 20 milhões de processos, cada qual com uma história singular cujo desenlace nos caberá conceber, ao lado dos magistrados

que já compõem esta Corte de Justiça.

Na atual quadra da história, o Poder Judiciário é o centro para o qual convergem os olhares da sociedade, já tão descrente com as instituições públicas.

As pessoas depositam no Judiciário as suas esperanças, no afã de verem debela das as suas mazelas e de se sentirem reconfortadas de suas angústias; e cá estaremos nós para responder à altura.

A nobre função que doravante teremos de desempenhar não retira de nós o aspecto humano; não nos eleva a uma condição superior; e também não nos concede privilégios. Continuamos a ser pessoas comuns, mas com o grave poder de interferir no rumo da vida das pessoas que batem à porta do Judiciário.

Desde a superação da alegórica figura do juiz como simples reprodutor do conteúdo da lei, tornou-se clara a percepção do grau de responsabilidade daqueles que exercem o ofício judicante, deixando vívida a mensagem do escritor francês JACQUES FRANÇOIS THIBAULT, que disse:

"Eu não recearia muito as más leis se elas fossem aplicadas por bons juízes. Não há texto de lei que não deixe campo à interpretação. A lei é morta. O magistrado vivo. É uma grande vantagem que ele tem sobre ela."

Devemos desempenhar a nossa função com altivez, mas não arrogância; com imparcialidade, mas não isolamento; com sensibilidade, mas não debilidade; com firmeza, mas não arbitrariedade; com celeridade, mas sem açodamento.

Aspiramos ser juízes, não para impor as nossas vontades ou crenças particulares, mas para ver triunfar a justiça que se encontra latente nas profundezas do emaranhado de normas que compõem o nosso sistema jurídico.

Acesso ao Sumário

Em tempos de aumento exponencial do número de demandas judiciais, sabemos que a nossa nova missão não será mais fácil do que a etapa que superamos.

Por isso, caros colegas, jamais nos esqueçamos do ideal de justiça que nos guiou até aqui, sabendo que nosso encargo é servir à sociedade e zelar pela efetividade do processo, ao lado dos advogados, membros da Defensoria Pública, do Ministério Público e demais servidores.

Podemos não saber ainda de todas as dificuldades que iremos enfrentar, mas certamente a vocação que nos impulsionou até aqui ajudará a desvendar os caminhos que se descortinam a nossa frente.

Sigamos avante nesta nova jornada!

Muito obrigado!

PAULO DIMAS DE BELLIS MASCARETTI (Desembargador do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo)

Discurso proferido em nome do Tribunal de Justiça, em razão de Solenidade de Posse de novos Desembargadores (Sessão Solene de 14.10.2014)

Excelentíssimo Desembargador José Renato Nalini, DD. Presidente do Egrégio Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, Des. Eros Piceli, DD. Vice-Presidente, Des. Hamilton Elliot Akel, DD. Corregedor Geral da Justiça, em cujos nomes saúdo todas as autoridades e personalidades presentes, já mencionadas pelo cerimonial.

Prezados colegas magistrados, membros do Ministério Público, senhores advogados, servidores, amigos e familiares dos empossados.

Vivemos hoje neste Palácio da Justiça mais uma tarde memorável.

Na natural renovação dos quadros da magistratura em 2º grau, recebemos aqui dois novos desembargadores: Nelson Jorge Junior e Rômolo Russo Junior.

Na infância, os eminentes colegas possivelmente não ouviram falar em colar do mérito judiciário e do seu significado. E quando ingressaram na Faculdade de Direito, certamente não se preocuparam em demasia com a ascensão que poderiam alcançar na vida profissional; conhecendo a personalidade deles, posso dizer que apenas decidiram que iriam viver com dignidade, coragem, entusiasmo e compostura, iluminados pelas lições de vida de seus pais.

Acesso ao Sumário

É certo que, após experiência como estagiário no extinto Segundo Tribunal de Alçada Civil e no Ministério Público, Nelson Jorge Junior trabalhou como advogado até assumir, em março de 1983, sua verdadeira vocação, no cargo de Juiz Substituto da 48ª Circunscrição Judiciária, com sede na Comarca de Guaratinguetá.

Rômolo Russo Junior, após profícua atuação como escrevente judiciário, alçou o cargo de Juiz Substituto da 3ª Circunscrição Judiciária, com sede na Comarca de Santo André, tomando posse em 16 de março de 1988.

Nelson, como juiz titular, passou por Queluz e Cachoeira Paulista, retornando então a Guaratinguetá como titular da 2ª Vara; na então chamada entrância especial, veio a ser promovido para 1ª Vara Cível do Foro Regional do Jabaquara da Comarca de São Paulo; posteriormente foi removido para o cargo de Juiz de Direito Substituto em Segundo Grau; é de se registrar que quando estava em exercício na primeira instância foi Juiz Eleitoral e Diretor Regional da Escola Paulista da Magistratura.

Rômolo esteve na Comarca de Cananéia, no Foro Distrital de Vicente de Carvalho, na Comarca de Santos e na Comarca da Capital, atuando nesta de início como Juiz Auxiliar, ascendendo, na sequência, à titularidade da 5ª Vara da Fazenda Pública; posteriormente foi removido para o cargo de Juiz de Direito Substituto em Segundo Grau, exercendo suas funções na Seção de Direito Privado.

Em suma, Nelson ostenta, a esta altura, 31 anos de magistratura e Rômolo 26 anos.

E neste momento, essa simples referência a tantos anos na carreira, com enormes exigências, dispensa outras referências biográficas dos dois empossados, pois ser juiz em São Paulo, integrar a nossa magistratura bandeirante, já representa um galardão, uma distinção excepcional, a autorizar que se ostente com justo orgulho, o colar do mérito judiciário.

Mas não há como desconsiderar que, sem prejuízo da intensa atividade jurisdicional, Nelson Jorge concluiu doutorado em Direito na Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, se dedicando ao magistério e à produção bibliográfica. De igual modo, Rômolo também buscou titulação acadêmica, concluindo o mestrado e o doutorado também na PUC-SP; se dedica à Livre-Docência na Universidade de São Paulo, ostentando igualmente relevante produção bibliográfica.

Acesso ao Sumário

Mostra-se evidente o preparo funcional e acadêmico dos eminentes empossados.

Li certa feita que ser um vencedor não é superar outro, mas conseguir realizar os seus talentos no nível mais alto de sua existência.

Pois bem.

Ingressar na magistratura, galgar os diversos degraus da carreira e alcançar o cargo mais elevado representa efetivamente uma grande vitória.

Hoje estamos aqui diante de dois vencedores, de extremo talento.

E essa valiosa conquista decorre certamente de uma trajetória forjada a partir de um sonho, de uma inspiração, de muita transpiração, lágrimas, uma fé inabalável, um ideal e trabalho árduo.

É certo que o magistrado convive com a dúvida; e como na oração "Instante Sagrado", deve pedir a Deus que proteja as suas dúvidas; afinal, a dúvida o faz crescer porque obriga a olhar sem medo para as muitas respostas de uma mesma pergunta; e para que isto seja possível, pede a Deus que proteja as suas decisões, pois é preciso ter coragem para, depois da dúvida, ser capaz de escolher entre um caminho e o outro; afinal, o sim será sempre um sim e o não sempre um não; e para que isto seja possível, pede ao Senhor que proteja suas ações, de modo que o pão de cada dia seja fruto do melhor que leva dentro de si mesmo; o magistrado pede ainda que proteja os seus sonhos, pois independentemente da idade ou de sua circunstância deve ser capaz de manter acesa no coração a chama sagrada da esperança e da perseverança; o desejo de acertar é importante e merece todo o seu esforço; e ele é que o faz ver que tudo é possível, desde que esteja totalmente comprometido com o que faz.

Com certeza, Nelson Jorge e Rômolo Russo são homens que têm dúvidas, agem, sonham, se entusiasmam e vivem todos os dias para dar a cada um o que é seu.

Na verdade, ao contrário do que se vê em outras instituições, na nossa Justiça Estadual nunca faltaram homens de bem, homens de fé, capazes de reunir forças para opor óbices aos que pregam a ânsia da vida sem uma finalidade ética.

Acesso ao Sumário

Bem por isso, nosso eminente poeta Paulo Bomfim, com a sua inspiração habitual, escreveu a letra do Hino do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, que nos faz sentir na contingência de ser sempre um bastião avançado contra a crise de conformismo que muitas vezes se abate sobre os homens públicos.

Escreveu o poeta com letras maiúsculas:

"Tribunal, Tribunal de Justiça
Onde a Lei é padrão de conquista,
Tradições se renovam num templo
Corpo e alma da terra paulista.

O Passado é Presente e Futuro
No Palácio plantado na História,
E entre salas, vitrais e colunas,
Surgem togas cobertas de glória.

Tribunal, Tribunal de Justiça,
Nosso chão, nosso altar, nossa grei,
Fala a voz de distantes comarcas,
E caminhos são passos da Lei."

Esse hino, a ser declamado e cantado com muito orgulho, nos convoca a continuar contribuindo com ardor e desassombro pela grandeza da Magistratura Paulista.

Na nossa magistratura nunca faltaram togas cobertas de glória e as tradições continuam se renovando num templo em que o culto à justiça é realmente padrão de conquista; hoje, mais duas togas cobertas de glória se apresentam para enobrecer o nosso Palácio da Justiça, nosso chão, nosso altar, nossa grei.

Nesse passo, os eminentes desembargadores ora empossados recebem sua promoção não como uma recompensa pelo muito que fizeram até aqui; mas como um estímulo pelo muito que ainda resta a fazer.

Num momento como esse, em que celebramos uma grande conquista de pessoas queridas, não tem lugar maiores divagações sobre os grandes desafios institucionais.

O Conselho Superior da Magistratura vem desenvolvendo várias ações para a recuperação do prestígio institucional.

Como já se disse em outra ocasião, a Magistratura Bandeirante exibe e exige respeito.

Quero apenas refletir com os presentes que cada dia é uma promessa de um recomeço e a oportunidade de transformar em dádiva cada desafio da vida.

E os magistrados de São Paulo nunca titubearam diante das enormes dificuldades que se apresentam nos seus caminhos.

O poeta Paulo Bomfim, no seu hino, revela justamente que não iremos esmorecer na nossa missão e nos convoca a cumprir uma única meta: fazer justiça!

Essa me parece mesmo a grande meta a ser perseguida pelo Judiciário: fazer justiça!

Diz o poeta:

"Judiciário Paulista ei avante
Nas auroras que estão a chegar.
Uma luz anunciando alvoradas
Ilumina a missão de julgar.

Tribunal, Tribunal de Justiça,
Sobre a espada da Lei a balança
É o Saber que se faz Julgamento,
É sentença que é sol de esperança."

Acesso ao Sumário

E se a sentença é sol de esperança, se o Tribunal de Justiça é o saber que

se faz julgamento, não podemos decepcionar aqueles que esperam uma solução justa, prestigiando apenas a celeridade.

Resta então homenagear os familiares dos colegas empossados.

A energia que nos move é o sorriso sincero e o aconchego daqueles que nos amam verdadeiramente. Por outro lado, o sucesso não tem sentido na solidão. É ótimo compartilhá-lo com os entes queridos.

Na verdade, a felicidade maior num momento como esse é repercutir o sentimento de orgulho, de satisfação, que nós projetamos em nossos pais, em nossos filhos, em nossas esposas e em nossos amigos pelo caminho percorrido e pelo sucesso alcançado. Interessa-nos muito deixar como legado, para esses entes queridos, um nome honrado, um exemplo de trabalho profícuo, honesto e digno.

Quero então homenagear neste momento os pais do Nelson (Nelson Jorge, já falecido, e Elisabeth Abranches Serrão Jorge), sua esposa Ana Maria Berard Jorge, bem como os filhos Samantha, Bárbara e Verônica.

Cumpre também homenagear os pais do Rômolo (Rômolo Russo e Maria da Silva Russo), a esposa Simone Ghezzi Russo e os filhos Rômolo Augusto, Vitória, Catharina e Clara.

Nossa saudação ainda aos demais familiares e aos amigos presentes.

Agradeço, por fim, com grande emoção, a lembrança de meu nome para proferir esta saudação.

Acesso ao Sumário

Tenho dito que grandes são os dias em que a amizade alardeia as suas pompas. Nesta Casa ouvi certa feita que Deus nos deu amigos e flores; mas a amizade é ainda mais bela que as flores porque os jardins estão sujeitos às estações, ao passo que a amizade, quando sincera, vence os tempos e arrasta todas as adversidades.

Que esta reunião seja então um tributo ao ideal, à causa da justiça, ao amor dedicado aos entes queridos e à amizade.

Muito obrigado pela atenção.

NELSON JORGE JÚNIOR (Desembargador do Tribunal de Justiça)
(Posse no cargo de Desembargador. Discurso proferido em seu nome. (Sessão solene de 14.10.2014).

Excelentíssimo Senhor **Desembargador José Renato Nalini**, Digníssimo Presidente do Egrégio Tribunal de Justiça e do Conselho Superior da Magistratura.

Desembargador Eros Piceli, Vice-Presidente do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo,

Desembargador Hamilton Elliot Akel, Corregedor-Geral da Justiça do Estado de São Paulo,

Desembargador Ricardo Mair Anafe, Presidente da Seção de Direito Público do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo,

Desembargador Artur Marques da Silva Filho, Presidente da Seção de Direito Privado do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo,

Desembargador Geraldo Francisco Pinheiro Franco, Presidente da Seção de Direito Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo,

Desembargador Sérgio Jacintho Guerrieri Rezende, Decano do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo,

Peço licença para, na pessoa de Vossas Excelências, cumprimentar a todas as dignas Autoridades componentes da Mesa e de sua extensão neste Plenário, e assim também a todos os presentes.

Acesso ao Sumário

Senhor Presidente:

I - Dou início a esta oração lembrando a dívida que tenho para com meus familiares, os quais conduziram minha educação, uma vez que a formação por mim recebida, a qual me permitiu ingressar na magistratura e alcançar nesta oportunidade o cargo elevado de Desembargador, tornou-se possível em virtude dos ensinamentos que deles recebi.

Sou devedor, de alguns deles falecidos e outros que permanecem entre nós. Dentre os primeiros lembro meu Pai Nelson Jorge, meus avós Maria Elisabeth, Jorge Serrão e Joaquim; meus tios César Curi e sua esposa Wadia e também Milton Jorge e Fausto Lombardi; os primos Eduardo e Gabriel Curi.

Dentre os segundo, minha mãe Elisabeth Jorge, minha tia Selma Lombardi e Jamile Curi. Estas pessoas puderam me educar, ensinando agir com caridade, dignidade, honradez, humildade, ética, disciplina, bem como respeito aos princípios necessários e fundamentais a todos, como a fé cristã, a família, a liberdade e o respeito às leis, ter responsabilidade no exercício do livre arbítrio conferido, e tudo foi possível pelos exemplos de vida deles.

II – Senhor Presidente: Agradeço a Vossa Excelência e aos integrantes do Conselho Superior da Magistratura e às Autoridades aqui presentes ou representadas, Magistrados, Procuradores, Advogados, Professores, e também aos primos Fausto e Soraya Lombardi, Gisele e Milton Curi, bem como aos amigos e funcionários das Comarcas de Queluz (José e Nair), de Cachoeira Paulista (Mara Cristina, Maria Alice, Nilton Capucho, Eduardo José de Almeida, dentre outros) e ao Delegado de Polícia Dr. Clécio Donizete; de Guaratinguetá, o prefeito Dr. Francisco Carlos Moreira dos Santos, o digno e honrado advogado Dr. Fábio Kalil Vilela Leite, o competente e digno Delegado de Polícia Dr. Hélio Francisco Borges dos Santos, e também funcionários do Judiciário, como Josimaira Pedroso Hasmann, João Luiz, Ana Cláudia Jarra, Vera, Nelo, Caio Márcio, Carlos Moreira, senhora Maria Sidynei Rosa Barbosa, e muitos outros, que lá ainda se encontram; e em São Paulo, Isaura Tanaka, Cecília, Idema, Lílian, estes na Primeira Vara Cível do Foro Regional III, Jabaquara, e de meu atual gabinete, Lucia Maria, Rodrigo, Natalia, Tatiana, Fiorina e Bruno; os magistrados, Paulo Roberto da Silva, Walter Esteves, Walter Emídio, Cássio Modenesi, Marco Aurélio, Renato Acácio e Claudia Logobardi; os Promotores,

Acesso ao Sumário

José Benedito Moreira e Ivan Notarangeli, Rui Horta, Benedita Moreira; ao Padre Celso Paulo Torres, pároco em São Paulo (Paróquia Nossa Senhora do

são), aos então Arcebispos de Aparecida, Dom Geraldo Maria de Morais Penido, Dom Aloísio Locchaide; aos amigos desde a juventude, como o Desembargador Oswaldo Palotti, o hoje Procurador do Estado, Dr. Newton Jorge, ao juiz de direito Dr. Paulo Marco Vieira, ao notável e digno advogado Dr. Raul Leopoldo e Silva.

A todos, enfim, que emprestaram seu tempo, atenção e amizade, ao longo de todos esses anos, de suas vidas, auxiliando e preocupando-se com este modesto magistrado.

Resta especial agradecimento a minha esposa, Ana Maria, companheira de caminhada e que nutre com sua presença nosso lar, na busca do equilíbrio e harmonia, tornando possível também a chegada e a educação de nossas três filhas, Samantha, Bárbara e Verônica, no que me provoca agradecer diariamente pela presença delas todas, por todas as benesses que me propiciaram e ainda propiciam.

Ao fim destaco especial agradecimento aos Desembargadores que compuseram a banca examinadora do centésimo quadragésimo oitavo concurso da magistratura estadual, que teve como presidente o Des. Gentil do Carmo Pinto, e a compuseram os Des. Milton Evaristo dos Santos, Young da Costa Manso e Gildo dos Santos, os quais, tiveram confiança em minha aprovação, permitindo assumir tão grande responsabilidade como magistrado deste Estado e desde então, fiquem certo, tenho procurado honrá-los e não desapontá-los.

E, de outra parte, com admiração e respeito, devo agradecer aos magistrados, Dirceu dos Santos e Wagner Marinho, os quais receberam este juiz, à época ainda jovem, em Guaratinguetá, como juiz substituto, com bondade, compreensão e atenção, e puderam me orientar nos primeiros dias e anos do início daquela jornada, no que teve e tem ainda hoje, não só boas lembranças, mas também o aprendizado no qual ainda me espelho. Destaco também o agradecimento, o respeito e a admiração ao Des. Antônio Carlos Marcato, professor, junto com o Procurador de Justiça Ronaldo Porto Macedo, na Faculdade Paulista de Direito, na PUC/SP, com quem pude estagiar no Ministério Público, e com o saudoso Procurador Edson Castro Garcia. Muito obrigado a todos e em tudo que me auxiliaram e ensinaram.

Acesso ao Sumário

Com satisfação e apreço recebo as palavras do orador desta tarde, **Desembargador Paulo Dimas de Bellis Mascaretti**, no tocante a minha pessoa, bem como ao **Desembargador Rômulo Russo Junior**, com quem tenho a

honra, nesta oportunidade, em estarmos juntos neste dia muito importante para nossa carreira na Magistratura de São Paulo, muito obrigado.

E também é uma data especial, porque esta solenidade de posse se dá há apenas dois dias da comemoração do dia da padroeira do Brasil, Nossa Senhora Aparecida, a qual continua a nos cuidar diuturnamente e dela sempre estivemos próximos e não irei me afastar.

III – Minhas Senhoras e Meus Senhores:

Este momento, não há de ser para elogiar uma pessoa, porque ao magistrado não cabe ser o cerne das atenções do homem público e sim àqueles a quem presta serviço e por sua conduta e ação permite assegurar à sociedade, à comunidade, a prestação jurisdicional que lhes confere a Constituição e o respeito aos princípios que a compõe, no que representa a prestação de contas de seu difícil mister.

Por isso, seria tolice e considerar propor que as instituições políticas e de governo sejam perfeitas e estarem revestidas de proteção a críticas e dispensem correção, porque é de conhecimento de todos que nada há de imutável, e que as transformações se estimulem e avancem, principalmente em virtude do desenvolvimento da sociedade, tornando-a exigente, a cada momento, com soluções ágeis e eficientes, no que toca aos conflitos de interesses, os quais todos os dias se multiplicam.

Assim, o Poder Judiciário não poderia ficar de fora desse problema, razão pela qual, ante aquelas exigência, pude verificar ao longo de mais de trinta anos de prestação de serviço público, que se deve respeitar, procurar e conferir maior acesso à Justiça e buscar a eficiência para aqueles que a procuram, pois não se pode admitir a

renúncia, a privação das garantias constitucionais, porquanto é questão essencial assegurar essa procura pela justiça.

E o recebimento do reclamo deve ser visto pelo magistrado sempre com equilíbrio, compreensão, desprendimento, abnegação e atenção cuidadosa, de modo que poderá atuar de maneira mais célere sempre que possível e com cautela nos casos que não se autoriza aquela celeridade, proferir assim as adequadas decisões para tais circunstâncias, aumentando-se então de elementos novos que

admitam alcançar o ideal comum a todos, de justiça rápida e menos onerosa.

Para esse fim almejado, apenas ao Estado Federado é que se deve permitir disciplinar sua própria organização e administração, sob pena de violação ao princípio federativo, pois, como é sabido, temos uma Constituição rígida, que não permite ser ela alterada, mesmo por meio de emendas, quanto a matéria da União Federal ser formada por Estados, cuidando-se de uma Federação, pensado por Ruy Barbosa e aprovada pela Constituição de 1891, firme ainda na Constituição Federal de 1988, sendo considerada como cláusula pétrea. Com isso, não pode o Poder Judiciário dos Estados naquele aspecto, ser atingido por um ente estranho a eles, sob pena de estar se deturpando a Federação.

A organização do Poder Judiciário Estadual é determinada então pela Constituição Estadual, respeitando a autonomia que lhe foi conferida pela Constituição Federal, pois se assim não se der, não existira a Federação e a garantia e o princípio constitucional não estará cumprido. Quando o Poder Judiciário Estadual submeter-se a órgão a ele estranho, não se pode afirmar ser um Estado soberano, mas sim uma repartição delegada do poder central. Essa circunstância não é de ser admitida, uma vez que a função constitucional prevista, não pode ser regulada, alterada por órgão externo e estranho a sua própria estrutura.

As palavras, as garantias, os princípios da Constituição, não devem ser desvirtuadas para implementar objetivos constitucionalmente proibidos, sob a tentação disfarçada que outrem pode intentar para tornar nula a garantia e os princípios constitucionais. E assim arruinar os valores da república federativa, o que enseja a redução do Estado e do Poder Judiciário. No Estado de São Paulo, penso, de onde partiu o alerta maior para o respeito à Constituição, a ponto de se necessitar iniciar a Revolução Constitucionalista de 1932, cujos princípios são tão caros ao Poder Judiciário Estadual de São Paulo e aos homens que o integram e integraram, não pode este ser reduzido por vontade externa.

O controle externo, pois, admitido e com composição e finalidade estranha, evidencia a inconstitucionalidade de sua criação, porque trás a inconveniência de romper o sistema federativo, bem como atinge a independência entre os poderes, para provocar nítida insegurança à sociedade e ao Estado Democrático de Direito, sob a pretensão de que poderia ser uma espécie de guardião, introduzindo mecanismos de controle singular.

Retirar do Poder Judiciário Estadual a administração e a correição dos

magistrados que o integram e crer que eles não são cônscios, dignos e capazes para o mister que se propuseram, e não considerar, menosprezar os mais de cem anos de existência na sua administração e correição, é afirmar que foram inócuos, irregulares e indevidos nessa atuação - o que seria vergonhoso - quando, a verdade, é lembrar que, num Estado Federado deve haver a autonomia de cada Estado, de modo a permitir a ter a União Federal instituída continuidade política e assim não se destitui da qualidade essencial do Estado e não concorrer para o descrédito do poder. Logo, deve prevalecer o Poder Judiciário Estadual na sua própria direção, na sua administração e na correição dos magistrados que a integram, sem nenhuma interferência.

IV – Meu senhores, alcançar o cargo de Desembargador do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, representa o momento pelo qual foi reconhecido ter procurado o magistrado, creio, ao longo de sua carreira, encontrar no exercício intelectual, os elementos necessários para ter descortinizado o horizonte cada vez mais largo, onde as definições e experiências vivenciadas atingem uma tal clareza, permitindo a visão ter maior e melhor alcance, com isso abrir o sigilo, e o que poderá estar oculto nos autos da ação que deve julgar.

O magistrado pode ser considerado como o guardião da ciência do justo e do injusto, protege o direito individual e comum e, portanto, não pode admitir a inverdade, a má-fé, a desonestidade, porque estaria fraudando princípios básicos de existência e fé, como também desrespeitando, descumprindo e ofendendo o sagrado juramento proferido ao assumir a função na magistratura, o que se fez outra vez nesta solenidade. Por isto, nem fátuo, nem herói, respondi sempre pelas responsabilidades que me foram confiadas e pus timbre em evitar, com o mais escrupuloso cuidado, qualquer passo, que, direta ou indiretamente, pudesse insinuar contra minha conduta de magistrado.

Quando um homem está persuadido de que é objeto de uma perseguição, não pode olvidar que as leis o amparam, de que os atos de que o acusam são lícitos, e de que, a absolvição, reconhecendo sua inocência e conferindo-se castigo aos perseguidores, tem de ser o desenlace fatal da atuação do processo e em lugar de fugir dos tribunais deve aceitá-los, pois serão eles os vingadores da sua dignidade, porque cabe só aos magistrados essa responsabilidade, e agradecer a Cristo por haver deixado na terra, a sua imagem, a justiça com todas as severidades para protetora comum da honestidade perseguida.

Bem o disse o prócer da nação e notável advogado Ruy Barbosa: "na democracia republicana, a dignidade da justiça é defender o direito individual do

cidadão (eu), contra a massa (turba, multidão), o cidadão contra o poder, a legislatura contra o executivo, o povo contra a legislatura, a Constituição contra as leis, a estabilidade dos direitos fundamentais contra o despotismo (poder absoluto, arbitrário, tirania) administrativo, ou o despotismo deliberante, contra a política das secretarias, ou a política das assembléias. A principal função é ser o abrigo da Constituição, que a criou como inabalável alicerce jurídico, onde assenta o nosso sistema de governo. Se esse pacto fosse deixado unicamente como roteiro à legislatura, para se interpretar e executar à luz de exigências de partido e combinações de ocasião, dizem os americanos, dentre o em pouco estaria convertido na sombra de uma autoridade sem existência real, fértil em discórdias, que seria incapaz de apaziguar" (in *Os Atos Inconstitucionais do Congresso e do Executivo ante a Justiça Federal*. Capital Federal: Companhia Impressora 7, 1893, fls. 237/238).

O exercício dessa convicção é o resultado da conquista de muitas lutas, que custaram muito sangue e sofrimento, porém dentre os homens empenhados nessa luta de séculos, alguns se destacam e se propõem a prestar serviços à muitos outros, a um Estado e a Nação, na busca do aprimoramento do ser humano que vive em sociedade. Dentre esses servidores sempre se destacaram os magistrados, podendo proporcionar com as decisões proferidas, um nível digno de vida, com consciência dos processos de aprimoramento.

Ao considerar essa compreensão, o magistrado não pode se acovardar ou temer, pois deverá temer tão-só a outra Justiça, porque é isenta de equívocos. E ensina o Livro dos Eclesiásticos: *"Não pretendas ser juiz, se não tens coragem para fazer frente às injustiças, para que não temas à vista do poderoso e não te exponha a proceder contra equidade"* (Capítulo 7, versículo 6).

Pode-se tentar alcançar a justiça com tal atitude do magistrado, que é seu primeiro ideal, porque ao dedicar sua vida a esse mister, arrojou-se ao trabalho com ardente zelo, e acreditar que com fé na Justiça, conseguirá, mesmo com a oposição de outrem, mais forte ou mais fraco, ou mais poderoso ou não, mudar o curso da vereda, para decidir que aquele que deve paga e aquele que merece recebe.

Bem assim ponderou Joaquim Nabuco, ao afirmar: "Mas a luta pela justiça é isso mesmo, é o sacrifício de gerações inteiras pelo direito às vezes de um só, para resgatar a injustiça feita a um oprimido, talvez um estranho" (Minha Formação. Rio de Janeiro: W. M. Jackson Ind. Editores, Clássicos Jackson, Vol. XX, p. 273).

Acesso ao Sumário

Não conquistei glórias ou méritos excepcionais, pretendendo tão-só, até o curso final desta caminhada, afirmar crer em Deus, na fraternidade entre os homens, na liberdade que os comete e enseja a difusão do espírito cristão, tudo assegurado pelo Direito, e assim procurar servir e reduzir as injustiças e conferir mérito àqueles que o merecem, reprimindo, disciplinando e educando quem não o merece.

Senhor Presidente, senhoras e senhores, muito obrigado.
SÃO PAULO, 14 DE OUTUBRO DE 2014
NELSON JORGE JUNIOR

JOSÉ RENATO NALINI (Presidente do Tribunal de Justiça de São Paulo)
(Solenidade de Inauguração do Retrato na Galeria dos Corregedores Gerais. Discurso proferido em seu nome, em 21.10.2014)

DISCURSO DE INAUGURAÇÃO DO RETRATO NA GALERIA DOS CORREGEDORES GERAIS

Ao ingressar na Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica de Campinas no longínquo 1966, não imaginei que a experiência jurídica me reservasse tantas bençãos. Uma das mais misericordiosas é contar com o retrato junto a figuras legendárias, verdadeiros monumentos do Poder Judiciário brasileiro, na galeria dos Corregedores Gerais de Justiça do Estado de São Paulo. E uma efígie com a grife de Márcio Scavone, amigo fraterno, herança afetiva de Rubens Teixeira Scavone, o primeiro a me acenar com a imortalidade na APL.

Cumulou-me a Providência de graças imerecidas. Submeti-me a dois concursos públicos de provas e títulos e mentes magnânimas estenderam me suas mãos e me abriram as portas de duas Instituições respeitadas: o Ministério Público e a Magistratura. Ambas na gloriosa São Paulo, unidade da Federação que idolatro com fervor religioso e à qual procuro servir com devoção.

A Justiça é meu oxigênio. Nutro-me dela e dela sou servo fiel. Ela me forneceu o que tenho. Meu entusiasmo, meu idealismo, até o meu fundamentalismo. Sou inquieto e desassossegado. Realimento-me dos desafios.

Acesso ao Sumário

Não me canso. Não durmo. E, mesmo acordado, sonho com uma Justiça melhor.

Amor à Justiça e respeito aos seus símbolos em equitativa proporção. Consigo, ainda hoje, vivenciar a mesma emoção de que fui acometido, quando o Desembargador SYLVIO DO AMARAL, mestre e amigo, sério e terno, culto e bondoso conforme comprovei mais tarde, me chamou para integrar a sua Equipe de Correições. Ele não me conhecia. Foi recomendação de seu amigo e meu verdadeiro padrinho na Magistratura, o Desembargador YOUNG DA COSTA MANSO. Quanto a mim, não me considerava digno, mas me entreguei inteiramente à causa.

Quando ele me chamava para discutir um parecer, o percurso entre o 20º andar do Fórum João Mendes e o Gabinete da Corregedoria parecia interminável. O que teria feito para ser chamado pelo meu chefe? Ele foi me descobrindo, me conheceu, me protegeu, causou-me o imenso benefício de trazer-me para a sua companhia pelo restante da gestão. E permaneci, assim como a minha família, aprendendo, admirando e me afeiçoando a ele, até o final de seus dias.

Não alimentava a pretensão de um dia figurar ao seu lado. Assim como era um sonho longínquo, fugaz e logo abafado por significar pretensão excessiva, chegar um dia a presidir o Tribunal de Justiça, na verdadeira sequência de milagres que representa exercer a Corregedoria e, em seguida, a Presidência.

Mas recebi isso de Deus e pela generosidade de meus pares. Juiz auxiliar da Corregedoria, juiz assessor da Presidência de dois gigantes morais - Nereu César de Moraes e Aniceto Lopes Aliende - prêmio acima e além de qualquer expectativa. Mas a Providência me cumulou ainda com a vice-Presidência e com a Presidência do saudoso hoje extinto TACRIM, recompensa cêntupla, exagerada, excessiva e desproporcional a meus escassos méritos.

Sempre sustentei que a Corregedoria é a mais importante dentre as atribuições que podem ser cometidas a um juiz. Depois de dez meses de Presidência, continuo a afirmá-lo e agora, acredito, com fundamentação mais consistente.

O Corregedor é o cuidador, é o orientador, é o norteador dos trabalhos judiciai s e extrajudiciais. Pode acolher e aconselhar, socorrer, estender as mãos, oferecer o ombro amigo. A palavra segura, o reconforto, adequar os rumos e reavaliar as rotas.

Tentei retribuir ao Tribunal de Justiça um pouco do que aprendi com meus maiores. Procurei compartilhar a alegria de ser um Corregedor dos novos tempos, com os amigos que aceitaram visitar as Comarcas de sua predileção. Obtive a adesão de inúmeros desembargadores. E a parcela de unidades judiciais que ainda permaneceu à espera da visita correcional, foi percorrida em mais de 70 mil quilômetros das excelentes estradas paulistas.

Recebi o carinho, a afeição, o respeito e a consideração de inúmeras

Acesso ao Sumário

pessoas. Tentei resgatar o sentimento de profunda reverência que merecem os nossos irmãos do extrajudicial. A delegação de atividades estatais para um exercício em caráter privado, por conta e risco do interessado - que se submete a concurso público de provas e títulos tão ou até mais árduo do que o da Magistratura - foi uma estratégia do constituinte que liberou o Erário de sustentar os serviços essenciais. Mas que nem sempre é compreendido pela Magistratura, que tende a encarar os delegados como detentores de um privilégio.

Foi também pensando em prestigiar o setor extrajudicial que estimulei políticas públicas do mais entranhado interesse para a população brasileira: a regularização fundiária, o protesto de Certidões de Dívida Ativa, a possibilidade de extração de sentença nas delegações, a conciliação e mediação contida no Provimento 17/2013, lamentavelmente coartado pelo CNJ. Tentei atendê-los quando reivindicaram modificações nas Normas de Serviço da Corregedoria Geral da Justiça e foram parceiros, individuais e por suas prestigiosas entidades, em todas as iniciativas de interesse do Judiciário e do jurisdicionado.

Sempre repito que ao visitar as modestas e minúsculas serventias do registro civil das pessoas naturais, existentes em todos os municípios paulistas, encontrei jovens registradoras prestes a dar à luz. A permanência em serviço até o nono mês de gravidez é quão singela quanto verdadeira: elas não são funcionárias públicas, não têm hollerith no quarto dia útil do mês subsequente ao trabalhado. Dependem de sua efetiva atuação para subsistirem. Servem de exemplo, como prestadoras de serviço estatal, para todos os demais setores da Administração Pública.

Evidente que nada fiz sozinho. Contei com a prestimosa colaboração de Juízes Auxiliares empenhados em atuar como equipe, esquecendo rusgas e diferenças de estilo. Sou eternamente grato a todos eles: Afonso de Barros Faro Júnior, Airton Vieira, Alberto Gentil de Almeida Pedroso, Antonio Carlos Alves Braga Júnior, Durval Augusto Rezende Filho, Guilherme Santini Teodoro Gustavo Henrique Bretas Marzagão, Jayme Garcia dos Santos Júnior, Kléber Leyser de Aquino, Luciana Biagio Laquimia, Luciano Gonçalves Paes Leme, Marcelo Benacchio, Maria de Fátima Pereira da Costa e Silva, Maria Fernanda de Toledo Rodovalho, Marie Sérgio Leite, Paulo Eduardo de Almeida Sorci, Ricardo Felicio Scaff, Ricardo Tseng Kuei Hsu, Roger Benites Pellicani e Tânia Mara Ahualli.

Acesso ao Sumário

Não posso deixar de agradecer aos servidores. Leais, prontos a colaborar, revestidos de afeto, como pude comprovar durante toda a gestão, que passou como relâmpago. Minha gratidão e reconhecimento a Dra. Claudia Braceio Franco Martins, Diretora da Corregedoria, em cujo nome externo o meu reconhecimento a todos os funcionários da Corregedoria, incluindo os do meu Gabinete. A relação completa com seus nomes acompanha este pronunciamento e, muito mais do que isso, está inscrita no meu coração.

Fora mencionar todos os amigos que ofereceram colaboração para que a Corregedoria funcionasse e seriam horas de enunciação. Mas não posso deixar de render minhas homenagens ao Conselho Superior da Magistratura presidido pelo jovem e dinâmico Desembargador IVAN SARTORI, a figura excelsa de JOSÉ GASPAR GONZAGA FRANCESCHINI, os Presidentes das Seções de Direito Privado, meu colega de classe ANTON 10 JOSÉ SILVEIRA PAULILO, de Direito Criminal, meu amigo ANTONIO CARLOS TRISTÃO RIBEIRO e de Direito Público, também colega e amigo SAMUEL ALVES DE MELO JÚNIOR e o Decano WALTER DE ALMEIDA GUILHERME.

Em louvor desse Conselho, posso afirmar que a Corregedoria sempre foi prestigiada e respeitada, a partir da natural concepção de que o destino das dúvidas e demais questões registrárias e notariais é incumbência do Corregedor Geral da Justiça. A preservação de um modelo anacrônico de submissão dos recursos nessa área administrativa ao Conselho Superior da Magistratura não significa fazer com que a Corregedoria abdique de suas funções e tenha de partilhar atribuições que sempre foram e que continuarão a ser compreendidas em seu rol de atribuições.

Preciso terminar, até para poupar quem se preocupou em estar presente a este ato, de despender mais tempo do que o estritamente necessário. Só posso agradecer a todos. Ao eminente Corregedor Geral da Justiça, Desembargador HAMILTON ELLIOT ACKEL, que me sucedeu com vantagem inequívoca, eis que instituiu a Justiça Cordial, teve a coragem de liderar o ENCOGE, vai implementar o Projeto SEMEAR e é um parceiro no devaneio utópico de reformatar o Judiciário. Ao meu companheiro, irmão de fé e compadre RICARDO HENRY MARQUES DIP, um dos maiores dentre os juízes que o Brasil já produziu e que é perdoado pelas inverdades, exatamente por ser modelo de caridade cristã.

A todos os que estiveram e continuam ao meu lado. Meus queridos amigos, família escolhida. Família de sangue, tantas vezes negligenciada, mas perseverante e solidária. A quantos deveria ter sido mais explícito na gratidão, mas que as limitações naturais deixaram de lado.

Saibam todos que fui muito feliz por ter sido Corregedor Geral da Justiça no Estado de São Paulo e que, até o último de meus suspiros, levarei saudades dos tempos bons que o bom Deus me permitiu passar na Corregedoria.

Acesso ao Sumário

JOSÉ RENATO NALINI (Presidente do Tribunal de Justiça de São Paulo)
(Solenidade de Entrega da Medalha Regente Feijó. Discurso proferido em seu nome, em 29.10.2014)

MEDALHA REGENTE FEIJÓ

A solenidade desta manhã é prenhe de significação para o Poder Judiciário de São Paulo. É a primeira que resulta da iniciativa do Coronel PM Washington Luiz Gonçalves Pestana, recentemente promovido ao mais elevado posto da milícia, mercê de seus notáveis méritos. Estudioso, empenhado em atender as mais nobres finalidades de sua instituição, possui décadas de pleno devotamento à Polícia Militar e à Justiça.

Esta é a oportunidade de a Presidência do Tribunal de Justiça reverenciar o nosso zeloso Chefe da Assessoria Policial Militar e de homenageá-lo em público, pois a sua promoção representou um gesto de reconhecimento não só aos seus atributos pessoais, mas de respeito ao maior Tribunal do Brasil e do Planeta.

O Regente Padre Diogo Antonio Feijó é um brasileiro que a nacionalidade tem de cultuar e cumpre ainda mais resgatar a sua memória, quando frágeis e escassos os paradigmas de retidão e coragem a servir de norte para uma juventude que tem muitos motivos para o desencanto. Em 19.9.1837, o jovem imperador Pedro II recebeu uma carta com o seguinte teor:

Ilustríssimo Excelentíssimo Senhor

Estando convencido de que minha continuação na Regência não pode remover os males públicos, que cada dia se agravam pela falta de leis apropriadas, e não querendo de maneira alguma servir de estorvo a que algum cidadão mais feliz seja encarregado pela Nação de reger seus destinos, pelo presente me declaro demitido do lugar de Regente do Império, para que vossa Excelência, encarregando-se interinamente do mesmo lugar, como determina a Constituição Política, faça proceder a eleição de novo regente na forma por ela estabelecida.

Rogo a Vossa Excelência queira dar publicidade a este ofício, e ao manifesto incluso. Deus guarde a Vossa Excelência muitos anos"[1]

Este o paulistano nascido em 3.18.1784, filho de pai e mãe que não

1 Ricardo Viveiros, A Vila que Descobriu o Brasil - A incrível história de Santana de Parnaíba, São Paulo: Geração, 2014, p.141.

Acesso ao Sumário

conheceu, sacerdote, professor, representante brasileiro eleito para defender sua pátria nas Cortes Portuguesas, que pretendiam devolver ao Brasil o status de Colônia. O destemido sacerdote não se apegava ao poder. Fez oposição a Pedro I e foi um dos membros da Regência Trinta, acumulando com o Ministério da Justiça, cargo em que criou a Guarda Nacional. Senador no Rio, eleito Regente Uno em 1835, enfrentou a Cabanagem, no Pará, a Insurreição dos Malês, na Bahia, a Guerra dos Farrapos, no Rio Grande do Sul. 50 anos antes da Lei Áurea, já defendia a abolição da escravatura, provocando a ira da aristocracia agrária: *"Conservar homens escravos é uma vergonhosa contradição com os princípios liberais que professamos"*. Preso em 1842, por participar da Revolução Liberal, morreu em São Paulo um ano depois.

Esse o homem que ainda hoje - e mais do que nunca - serve de exemplo de conduta.

O Coronel Washington Luiz Gonçalves Pestana escolheu muito bem os homenageados. Mediu-os com a regra das qualidades humanas, não com a régua da tática das homenagens. Não são cargos os que estão sendo condecorados. São seres humanos. Pessoas que centraram sua vida em princípios. E os princípios são mais importantes do que as posições, as gloríolas transitórias, acessórios fúteis para o exercício da vaidade humana. *"Princípios não reagem a nada. Eles não se divorciarão de nós ou fugirão com o nosso melhor amigo. Não nos perseguirão. Não podem abrir nosso caminho com atalhos e soluções fáceis. Não dependem do comportamento dos outros, do ambiente, ou da moda, para serem válidos. Princípios não morrem. Eles não estão aqui um dia e se vão no outro. Princípios corretos são como bússolas: eles sempre apontam o caminho. E se soubermos lê-los, não nos perderemos, confusos ou enganados por vozes e valores conflitantes."*[2]

A medalha Regente Feijó está no seio de seres humanos heterogêneos, irrepetíveis, e é isso o que a valoriza mais do que uma recompensa material. Pois *"nós não somos seres humanos tendo uma experiência espiritual. Somos seres espirituais tendo uma experiência humana"*.[3]

A experiência humana desta manhã, para todos nós, será um átimo gratificante na memória afetiva de cada um de nós.

Parabéns a todos, está encerrada a sessão.

2 STEPHEN R. COVEY , *A Sabedoria de Stephen R.Covey*, Rio de Janeiro, BestSeller, p.117.

3 Pierre Teilhard de Chardin.