REVISTA ELETRÔNICA DE JURISPRUDÊNCIA DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO

REVISTA OFICIAL DO TRIBUNAL DE
JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

VOLUME 6 – ANO 1

NOVEMBRO E DEZEMBRO 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) Ações Rescisórias 29
b) Agravos de Instrumento 40
c) Agravos Regimentais 120
d) Apelações 122
e) Conflitos de Competência 356
f) Embargos de Declaração 362

Seção de Direito Público

a) Agravos de Instrumento 365
b) Apelações 397
c) Apelações/Reexames Necessários 512
d) Conflitos de Competência 535
e) Embargos Infringentes 540
f) *Habeas Corpus* 544

3- Jurisprudência Criminal:

a) Agravos em Execução Penal 548
b) Apelações 558
c) *Habeas Corpus* 635
d) Mandados de Segurança 661
e) Recursos em Sentido Estrito 676
f) Revisões Criminais 683

4- Jurisprudência do Órgão Especial:

a) Ações Rescisórias 696
b) Ações Diretas de Inconstitucionalidade (ADIn's) 699
c) Agravos Regimentais 780
d) Arguições de Inconstitucionalidade 792
e) Conflitos de Competência 801

5- Jurisprudência da Câmara Especial:

a) Agravos de Instrumento 822
b) Agravos Regimentais 841
c) Apelações 851
d) Apelações/Reexames Necessários 864
e) Conflitos de Competência 875

6- Conselho Superior da Magistratura 887

7- Noticiário 896

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. 6, nov./dez. 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 BARTOLI
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 EROS PICELI***
Desembargador Sérgio Jacintho GUERRIERI REZENDE
Desembargador ARTUR MAQUES da Silva Filho
Desembargador Geraldo Francisco PINHEIRO FRANCO
Desembargador RICARDO Mair ANAFE
Desembargador ADALBERTO JOSÉ QUEIROZ TELLES DE CAMARGO ARANHA FILHO**
Desembargador WALTER ROCHA BARONE**
Desembargadora CLAUDIA LUCIA FONSECA FANUCCHI**
Desembargador MARCELO COUTINHO GORDO**
Desembargador CARLOS DIAS MOTTA**
Desembargador IASIN ISSA AHMED**
Desembargador LUÍS GERALDO SANT ANA LANFREDI*
Desembargador AIRTON PINHEIRO DE CASTRO*

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
Desembargadora ROSANGELA MARIA TELLES**
Desembargadora MARCIA 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
Desembargadora MÁRCIA REGINA DALLA DÉA BARONE**
Desembargador ALEXANDRE AUGUSTO PINTO MOREIRA MARCONDES**

4ª Câmara de Direito Privado (sala 509 — 5ª feira — 10:00 horas — PJ)

Desembargador ENIO 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 BRASIL
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 211/213 — 3ª feira — 9:00 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 — 6º ANDAR — (SALAS 604 OU 622)

11ª Câmara de Direito Privado (sala 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 (sala 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 FIGLIOLIA***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
Desembargador 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 510/504)

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 SÉRGIO 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 CLAUDIA 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 JOSÉ RENATO NALINI
Desembargador Paulo Miguel de CAMPOS PETRONI***
Desembargadora ANA CATARINA STRAUCH
Desembargadora DAISE FAJARDO NOGUEIRA JACOT
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 CESAR
Desembargador CESAR 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
Desembargador 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 OU QUINTA-FEIRA — PJ — (SALAS 510 OU 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 ARAUJO

32ª Câmara de Direito Privado (salas 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 MARIO 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 FLÁVIO ABRAMOVICI
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 504/511)

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 Angelo BOTTESINI
Desembargador CÉSAR 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 ENIO 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 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 ENIO 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 ARAUJO
Desembargador Luís FERNANDO NISHI

10ª Câmara Extraordinária de Direito Privado

Desembargador LUIZ EURICO Costa Ferrari***
Desembargador CESAR LACERDA
Desembargador José Henrique ARANTES THEODORO
Desembargador MARIO ANTONIO 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
Desembargadora DENISE ANDRÉA MARTINS RETAMERO**
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 227 — 3ª feira — 10:00 horas — PJ)

Desembargador José Carlos Gonçalves XAVIER DE AQUINO
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 Sérgio 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 PAULO Dimas de Bellis MASCARETT
Desembargador José JARBAS de Aguiar GOMES
Desembargador RUBENS RIHL Pires Corrêa
Desembargador LEONEL Carlos da COSTA
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 (salas 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 VENICIO 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 Júnior
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 404 — 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 RAUL JOSÉ DE FELICE
Desembargador ALOÍSIO SÉRGIO REZENDE SILVEIRA**
Desembargador JOSÉ HENRIQUE FORTES MUNIZ JÚNIOR**
Desembargador EURÍPEDES GOMES FAIM FILHO**

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

Desembargador WANDERLEY JOSÉ FEDERICHI***
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 (salas 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 (salas 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 501 — 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 (salas 232/236 — 5ª feira — 13:30 horas — PJ)

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

CÂMARAS EXTRAORDINÁRIAS DE DIREITO PÚBLICO (Resoluções nºs 652/2014 e 654/2014)

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

Desembargador RICARDO Henry Marques DIP
Desembargador Pedro Cauby PIRES DE ARAÚJO
Desembargadora VERA Lucia 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 — 10:00 horas — PJ)

Desembargador EUTÁLIO José PORTO Oliveira
Desembargador ARCELO 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 218 — 2ª feira — 13:15 horas — PJ)

Desembargador ANTONIO CARLOS VILLEN
Desembargador Sérgio 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 BARTOLI
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**
Desembargador SÉRGIO MAZINA MARTINS**

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 Luís 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 LUÍS SOARES DE MELLO Neto
Desembargador EUVALDO CHAIB Filho***
Desembargador IVAN Ricardo Garisio SARTORI
Desembargador CAMILO LÉLLIS dos Santos Almeida
Desembargador EDISON 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
Desembargador AGUINALDO DE FREITAS FILHO**

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 MARCOS ANTONIO CORREA DA SILVA**

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

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

Desembargador WALTER DE ALMEIDA GUILHERME
Desembargador ROBERTO Mário MORTARI***
Desembargador JAIR MARTINS
Desembargador AMARO José THOMÉ Filho
Desembargador FERNANDO Geraldo SIMÃO
Desembargadora KENARIK BOUJIKIAN**
Desembargadora IVANA DAVID**

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 Costabile e 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 Fábio POÇAS LEITÃO***
Desembargador WILLIAN Roberto de CAMPOS
Desembargador José Antonio ENCINAS MANFRÉ
Desembargador RICARDO SALE JÚNIOR
Desembargador SÉRGIO MAZINA MARTINS**

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

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 609 — 2ª feira — 13:30 horas — PJ)

Desembargador HERMANN HERSCHANDER
Desembargador Waldir Sebastião de NUEVO CAMPOS Júnior***
Desembargador LUIS AUGUSTO DE SAMPAIO ARRUDA**
Desembargador NELSON FONSECA JÚNIOR**
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)

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
Ségio Leite Alfieri Filho
Alfredo Attié Júnior
Euripedes Gomes Faim Filho
Julio Cesar Spoladore Dominguez
Jairo Oliveira Júnior
Marcos Antonio Correa da Silva

DOUTRINA

EMENDA CONSTITUCIONAL 62/2009
Regime Especial de depósitos mensais
(Artigo 97, parágrafo 1º, inciso I, e parágrafo 2º, do ADCT)
Limite temporal de 15 (quinze) anos

PEDRO CAUBY PIRES DE ARAÚJO
Desembargador Coordenador da Diretoria de Execução de Precatórios e Cálculos

A Emenda Constitucional nº 62, de 09 de dezembro de 2009, alterou o art. 100 da Constituição Federal acrescentando o art. 97 ao Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, instituindo o regime especial de pagamento de precatórios pelos Estados, Distrito Federal e Municípios.

Com a promulgação da referida Emenda Constitucional foi criado o regime especial de pagamento de precatórios pelos Estados, Distrito Federal e Municípios, que estavam em mora na quitação de precatórios vencidos, relativamente às suas administrações direta e indireta (art. 97 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias).

Desta forma, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios enquadrados no regime especial optarão por ato do Poder Executivo (§ 1º), efetuando depósito em conta especial do valor referido no § 2º deste artigo (inciso I); ou

- pelo **prazo de até 15 anos** – realizando depósitos **anualmente**, considerado o saldo total dos precatórios devidos, divididos pelo número de anos restantes no regime especial de pagamento (**inciso II**).

Dispõe o **§ 2º** que os Entes devedores, no regime especial, depositarão **mensalmente** – 1/12 (um doze avos) do valor calculado **percentualmente sobre as respectivas receitas correntes líquidas**, apuradas no segundo mês anterior ao mês de pagamento, sendo que

Acesso ao Sumário

esse percentual, calculado no momento da opção pelo regime e mantido fixo até o final do prazo a que se refere o § 14 deste artigo, que dispõe:

"**§ 14. O regime especial de pagamento de precatório previsto no inciso I do § 1º vigorará enquanto o valor dos precatórios devidos for superior ao valor dos recursos vinculados, nos termos do § 2º, ambos deste artigo, ou pelo prazo fixo de até 15 (quinze) anos, no caso da opção prevista no inciso II do § 1º.**"

Assim, numa interpretação gramatical (literal) do referido preceito, na qual o intérprete analisa as expressões normativas, buscando a origem etimológica dos vocábulos, poder-se-ia, a princípio, concluir que ao devedor que tenha optado pelo regime indicado no inciso I do § 1º do artigo 97, não se aplica o limite temporal de 15 (quinze) anos fixado no inciso II.

Todavia, atualmente, a interpretação conferida à Constituição Federal não se satisfaz simplesmente pela literalidade do texto, de forma que a norma deve ser analisada de acordo com a hermenêutica constitucional, que vem desenvolvendo várias técnicas de interpretação, por exemplo a teleológica, assim definida: "o intérprete deverá primar pelo fim da lei, assentando que este e a razão da lei são indicados pelas exigências sociais, conduzindo à compreensão de que o fim prático da norma coincide com o fim apontado pelas exigências sociais (fim social), tendo-se em vista o bem comum".[1]

Já a técnica lógico-sistemática, correlaciona a norma ao sistema do inteiro ordenamento jurídico e até de outros sistemas paralelos (direito comparado); o que significa dizer que as normas constitucionais não são interpretadas de forma isolada.

Utilizando-se, ainda, da técnica histórica, o intérprete busca a pesquisa dos antecedentes históricos que culminou com a promulgação da CF/88, enquanto na interpretação sociológica, objetiva-se a aplicabilidade da norma jurídica às relações sociais atuais, com vistas à sua efetividade o que, diga-se, segue estreitamente ligada ao processo teleológico, o qual pretende alcançar a finalidade do modelo normativo.

Com isso, a leitura do dispositivo constitucional deve se dar a partir do conjunto dos vários instrumentos de interpretação, conforme ressaltado, o que, via de consequência, autoriza relevar a **finalidade**

Acesso ao Sumário

1 DINIZ, Maria Helena. *Lei de introdução ao Código Civil Brasileiro interpretada*. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 155.

do legislador que, na hipótese da EC 62/2009, foi a de evitar que os débitos oriundos de precatórios se eternizassem; motivo pelo qual, há de se aplicar o limite temporal de 15 anos para os dois regimes instituídos para pagamento dos precatórios, nos termos do artigo 97 do ADCT, porquanto interpretação diversa tornaria inútil o regime especial como estabelecido no § 2º, estendendo os depósitos para muito além do prazo legal.

Verifica-se, outrossim, que a norma constitucional além de estabelecer um percentual mínimo para os depósitos, que poderá ser alterado para mais, conforme o estoque da dívida de precatórios, também determinou um prazo máximo de 15 anos para a quitação dos precatórios vencidos e a vencer.

Ademais, observa-se que no julgamento sobre a modulação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade parcial da Emenda Constitucional (EC) 62/2009, suspenso pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal (STF) por pedido de vista do ministro Dias Toffoli, o ministro Luiz Fux, redator do acórdão das ADIs, votou pela prorrogação do regime instituído pela EC 62/2009 até 2018, ressalvados determinados pontos, como o índice de correção monetária, o sistema de leilões e acordos e de compensações, sendo que o Ministro Barroso em seu voto-vista, endossou, em linhas gerais, o voto do ministro Luiz Fux, mantendo a prorrogação da validade da EC 62 por cinco anos, a corroborar com o entendimento acima exposto.

No mesmo sentido, destaca-se julgado do C. Órgão Especial deste Tribunal:

> MANDADO DE SEGURANÇA. IMPETRAÇÃO POR MUNICÍPIO QUE RESISTE A COMPLEMENTAR O VALOR DO DEPÓSITO MENSAL E A REAJUSTAR A ALÍQUOTA, ANTE SUA MANIFESTA INSUFICIÊNCIA APURADA PELO DEPRE. OBRIGAÇÃO DE ADIMPLEMENTO DO MONTANTE DA DÍVIDA ORIUNDA DE PRECATÓRIOS EM 15 ANOS. EQUIVOCADA INTERPRETAÇÃO DA DEVEDORA. ORDEM DENEGADA. A nova sistemática de liquidação da dívida pública dos precatórios permite à municipalidade devedora

Acesso ao Sumário

optar pelo depósito mensal, regime especial transitório, ou recorrer a leilões, acordos e outras alternativas de satisfação do débito, sempre assistido pelo Ministério Público. Em qualquer caso, o prazo máximo para adimplir suas obrigações é o de 15 (quinze) anos. Legítima a determinação do Tribunal de Justiça de ajuste da alíquota do valor dos depósitos mensais se o DEPRE apurou a sua insuficiência para o saldo da dívida no prazo de 15 (quinze) anos. O Estado-Juiz é o encarregado de fazer cumprir a vontade do constituinte, a única vontade soberana no Estado de Direito e a devedora não pode interpretar a norma a seu favor, de maneira a desnaturá-la e a lesar o universo de seus credores (TJSP, Órgão Especial, MS nº 0587445-53.2010.8.26.0000, Rel. **Des. Renato Nalini**, j. em 25.05.2011).

Como conclusão final do presente trabalho, tem-se que a moratória instituída pela EC 62/2009 não pode ultrapassar o prazo máximo de 15 (quinze) anos, INCLUSIVE NO CASO DOS ENTES DEVEDORES QUE OPTARAM PELO REGIME ESPECIAL DE DEPÓSITOS MENSAIS.

Acesso ao Sumário

SEÇÃO DE DIREITO PRIVADO

Ações Rescisórias

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Ação Rescisória nº 0273935-75.2012.8.26.0000, da Comarca de Rio Claro, em que é autor ALDA TÉCIA PINHEIRO DA SILVA AMÉRICO, é réu LUCIANO RICARDO RABELO.

ACORDAM, em 16º Grupo de Câmaras de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Votaram pela improcedência da pretensão rescisória, nos termos que constarão do acórdão. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 16.634)**

O julgamento teve a participação dos Exmo. Desembargadores FRANCISCO CASCONI (Presidente), CAIO MARCELO MENDES DE OLIVEIRA, FRANCISCO OCCHIUTO JÚNIOR, LUIS FERNANDO NISHI, RUY COPPOLA e PAULO AYROSA.

São Paulo, 14 de agosto de 2014.

ADILSON DE ARAUJO, Relator

Ementa: AÇÃO RESCISÓRIA DE ACÓRDÃO. ALEGAÇÃO DE DOLO DA PARTE VENCEDORA, VIOLAÇÃO LITERAL DE DISPOSITIVOS LEGAIS, DOCUMENTO NOVO E ERRO DE FATO. HIPÓTESES NÃO DEMONSTRADAS. INTELIGÊNCIA DO ART. 485, III, V, VII E IX, DO CPC. PRETENSÃO DE REEXAME DA JUSTIÇA DA DECISÃO NÃO CABÍVEL. AÇÃO IMPROCEDENTE.

1. - Alegação de dolo da parte vencedora suscetível de rescisão do julgado refere-se à quebra dos deveres de lealdade e boa-fé no curso do processo, capaz de dificultar a atuação da parte perdedora, viciando, em consequência, a prestação jurisdicional. Formado litisconsórcio facultativo na ação originária, a desistência em relação a corréu (apontado como causador do acidente), antes da citação, não tipifica

Acesso ao Sumário

dolo do autor ensejador de rescisão da sentença ou acórdão.

2. - Para ser julgado procedente o pedido rescindendo sob o fundamento do inciso V, do art. 485, do CPC, depende necessariamente de violação a literal disposição de lei pelo acórdão rescindendo. Mas, na hipótese, a alegada violação do art. 5º LV da Constituição Federal, não ocorreu, porque deixou a autora de atender seu ônus probatório na ação originária, como também, conjecturas sobre depoimentos ou versões de terceiros não infringem literalmente o dispositivo constitucional invocado.

3. - Não qualifica motivo rescisório do julgamento de mérito a apresentação de documentos sem eficácia de, por si só, alterar a verdade para modificação do julgamento. E, no caso, os cheques alegados existiam antes do evento, como também a exibição de seus microfilmes, caso previamente negada pelos bancos, poderia ter sido pedido ao Juízo.

4. - O erro de fato eficaz no juízo rescisório exige o reconhecimento de fato inexistente ou, ao contrário, inexiste fato ocorrido, mas, em qualquer caso, que não tenha havido controvérsia e pronunciamento judicial a respeito. No caso, a autora parte de premissas equivocadas, porque sua responsabilidade civil reconhecida independe da participação do real causador do acidente na demanda e os cheques a que se referiu integravam seu ônus probatório na ação originária para, com outros elementos de prova, buscar a demonstração da prévia alienação do veículo a terceiro.

5. - Em verdade, sob qualquer ângulo, a questão posta sobre os "fundamentos jurídicos da ausência da responsabilidade da autora pelo acidente cometido por terceiro" (sic), constitui pretensão de reexame da justiça da sentença e acórdão proferidos nos autos, o que é vedado pelo ordenamento jurídico vigente.

Acesso ao Sumário

VOTO

I. - **ALDA TÉCIA PINHEIRO DA SILVA AMÉRICO** ajuizou em face

de **LUCIANO RICARDO RABELO** ação rescisória do V. Acórdão lavrado no julgamento da apelação nº 0012069-82.2006.8.26.0510, pela Egrégia 32ª Câmara de Direito Privado deste Tribunal, com fundamento no art. 485, III (dolo da parte vencedora), V (violação literal de disposição de lei), VII (depois da sentença, o autor obtiver documento novo, cuja existência ignorava, ou de que não pôde fazer uso, capaz, por si só, de lhe assegurar pronunciamento favorável) e IX (fundado em erro de fato, resultante de atos ou de documentos da causa).

Sustenta, em resumo, ter deixado em consignação e venda seu veículo "VW Passat", placas CWD-03333, na empresa "Nazaré Veículos" em agosto de 2005, tendo recebido cheques emitidos por Emílio Carlos Pereira, revendido, depois, para Joel Wilson dos Santos. Em 26/12/2005, o novo proprietário envolveu-se em acidente de trânsito com Luciano Ricardo Rabelo. Como ainda não fora transferido o registro no DETRAN para o nome deste, foram ambos demandados por Luciano, o qual desistiu da ação em relação a Joel antes da citação. Acabou condenada definitivamente pelo acórdão rescindendo, ao pagamento das importâncias de R$ 135,00 (danos materiais) e R$ 12.000,00 (dano moral), além das verbas de sucumbência, com trânsito em julgado em 23/3/2012. Ajuizou a ação originária em 17/12/2012.

O primeiro fundamento invocado reside no dolo do autor da demanda originária pela desistência em face de Joel Wilson dos Santos, causador do acidente, que lhe disse ter pago despesas da vítima. Como segundo, ocorreu violação literal, pelo não cumprimento dos princípios do contraditório e ampla defesa, merecedores de incidência da interpretação da palavra "lei", porque o juiz não se propôs ouvir o causador do acidente e nem providenciou a microfilmagem dos cheques comprobatórios da venda do automóvel antes do evento. Terceiro fundamento a impossibilidade de uso dos cheques microfilmados que comprovariam a venda do veículo antes do acidente, fato que lhe traria benefício da improcedência da demanda quanto a si. E, ainda, a sentença fundou-se em erro de fato, porque o automóvel não mais lhe pertencia quando do evento, e, entretanto, houve reconhecimento de fato oposto. Também alegou que, não sendo proprietária do veículo, não responde por fato de terceiro no regime do vigente Código Civil, especialmente pela leitura de seu art. 932, conforme jurisprudência colacionada.

Requereu a rescisão do V. Acórdão para ser realizada a reabertura da instrução processual, com a recomposição do polo passivo originário pela inclusão de JOEL WILSON DOS SANTOS, cuja citação deverá ser providenciada; a requisição dos cheques microfilmados que comprovam a venda anterior do automóvel a Emílio Carlos Pereira, além de condenação do ora réu por litigância de má-fé na lide originária (fls. 2/26).

A petição inicial veio instruída com os documentos de fls. 27/226, comprovado o depósito a que alude o art. 488, II, do CPC (fls. 34).

Acesso ao Sumário

Foi concedida parcialmente a tutela antecipada requerida para o fim de impedir eventual adjudicação do bem penhorado ou levantamento do produto da venda em hasta pública (fls. 228/230). Considerando apenas o conflito de interesses privados, foi dispensada a intervenção do Ministério Público (fls. 552).

Citado, o réu ofereceu contestação, acompanhada de cópia integral do processo originário, aduzindo, em resumo, não tipificado dolo de sua parte ou colusão com terceiro para prejudicar a autora, porque agiu nos estritos termos do regime jurídico do Código de Processo Civil (anotou que a denunciação da lide apresentada pela então ré, apesar de sua concordância, foi indeferida pelo juiz). Houve respeito aos princípios do contraditório e ampla defesa, tendo a autora oportunidade de provar suas alegações, e, se não o fez, decorreu de sua omissão. Poderia ter obtido em Juízo os cheques no autos da ação originária, aliás, de seu alegado conhecimento e, então, existentes; não demonstrou ter tentado conseguí-los para exibição na ação originária. Inexistiu erro de fato a ser reconhecido; na realidade, a autora quer produzir provas que não providenciou anteriormente, o que é vedado em sede de ação rescisória. Na realidade, a responsabilidade da autora foi corretamente reconhecida na ação, à falta de produção de contraprova por ela, como lhe competia, cuja oportunidade teve. A decisão final decorreu do juízo permitido pelo art. 131 do CPC. Pediu, então, a revogação da tutela antecipada e improcedência da ação rescisória (fls. 318/335).

É o relatório.

II. - 1.- A presente ação encontra-se apta para julgamento, sem dilação probatória (art. 330, I, c.c. art. 491, ambos do CPC), porque as questões postas são exclusivamente de direito e os fatos se encontram demonstrados nos autos da ação originária, cujas cópias integrais foram juntadas nestes autos.

Quer a autora a rescisão do julgamento para renovação do processo de conhecimento, ordenada a citação do motorista do automóvel e requisição dos cheques que reportou, para prolação de nova sentença.

2.- 2.1.- O primeiro fundamento trazido refere-se ao "dolo" da parte vencedora, ante a desistência da ação do motorista do automóvel, que, segundo a autora, teria lhe confessado informalmente reparação dos danos também cobrados na ação, assim como assumira sua responsabilidade pelo ressarcimento da ação. Nesse contexto - afirma - a parte contrária quer locupletar-se indevidamente e não "fazer justiça".

Acesso ao Sumário

Na hipótese, a alegação da autora nessa demanda de má-fé do autor da ação originária não tem fundamento jurídico para ser reconhecido como causa de rescisão do julgamento para sua inclusão no polo passivo da demanda.

É preciso lembrar, inicialmente, ter o autor da ação originária optado pelo litisconsórcio passivo facultativo (motorista do automóvel e proprietária que

constava no registro do DETRAN), por se cuidar de imputação de obrigação solidária dos réus.

Havendo solidariedade passiva, assiste ao credor a faculdade de cobrar a prestação junto a um, alguns ou todos os devedores, acionando-os em litisconsórcio ou isoladamente, sem perder a prerrogativa de demandar contra os outros caso não consiga receber o valor daquele contra quem interpôs a ação. A opção por litigar contra um ou alguns dos integrantes do polo passivo, não retira do credor o direito de propor posteriormente outras demandas contra aqueles que inicialmente não foram acionados em juízo. Não se trata de litisconsórcio necessário, embora possa ser formado, o credor pode escolher contra quem ajuizar a ação, sem que isso interfira na qualidade da obrigação ou do crédito.

Daí, a desistência da ação em relação ao motorista antes de sua citação é possível, por representar a vontade *momentânea* do autor que o Estado lhe entregue a prestação jurisdicional, com a consequente extinção do processo *sem* resolução de mérito, nos termos do art. 267, VIII, c.c. o seu § 4º, do CPC. Essa desistência não impedirá o ajuizamento de nova ação, a teor do disposto no art. 268, "caput", do CPC, como adverte CASSIO SCARPINELLA BUENO[1].

Lembrando a doutrina de SÉRGIO RIZZI, FLÁVIO LUIZ YARSHELL acentua que, para a rescisão, *"...é mister a existência de nexo causal entre o dolo e a decisão rescindenda. Disso se extrai, com relativa facilidade, que nem todo comportamento doloso no curso do processo há de autorizar a propositura da ação rescisória."*[2]

Para o reconhecimento dessa causa rescisória, seria necessário que o dolo da parte vencedora em detrimento da vencida possa resultar inexoravelmente em impedimento ou dificuldade efetiva de atuação do adversário, ou, ainda, influenciado o magistrado a juízo de afastamento da verdade.

No caso, o risco da desistência foi suportado pelo autor. A então corré não ficou impedida ou dificultada de deduzir sua defesa (como de fato o fez), inclusive com direito a produção de provas a respeito dos cheques descontados, do negócio de compra e venda e de eventuais pagamentos realizados pelo motorista à vítima. Imagine-se a hipótese deste, citado pessoalmente, deixar de deduzir defesa e tornar-se revel: não será colhida sua versão e, mesmo assim, não impedirá a produção de provas pela corré que ofereceu resposta, porque, nesse caso, não incide a presunção de veracidade do fato aludida no art. 319 do

Acesso ao Sumário

1 "A referência a que a desistência é significativa de que o autor não pretende *momentaneamente* que o Estado-juiz tutela seu direito em face do réu deve ser entendida no contexto do Código de Processo Civil. A extinção do processo *sem* resolução de mérito 'não obsta que o autor intente de novo a ação' (para fazer uso da expressão do art. 268 *caput*) ou, mais precisamente, não impede que o autor formule o mesmo pedido em face do mesmo réu pela mesma causa de pedir em outra oportunidade, dando ensejo a um processo que só é 'novo' no sentido cronológico." ("Curso Sistematizado de Direito Processual Civil", vol. 2, Tomo I, Ed. Saraiva,4ª ed., 2011, págs. 379/380).

2 "Ação Rescisória - Juízos Rescindente e Rescisório", Malheiros Editores, 2005, págs. 312/313.

CPC (art. 320, I, do CPC).

Note-se, também, que a denunciação da lide formulada pela ora autora na demanda originária foi dirigida ao alegado comprador, pessoa diversa do motorista e corréu originário (fls. 392/398).

2.2.- A segunda pretensão rescindente da autora estriba-se na alegação de violação literal de disposição de lei, apresentando o art. 5º, LV, da Constituição da República como violado (consagra os princípios do contraditório e da ampla defesa).

Respalda-se na ideia de que deveria ter sido providenciada a requisição das microfilmagens de todos os cheques que referiu, por representarem - segundo ela - a comprovação do negócio de compra e venda do automóvel antes do evento. Afirmou, por via de consequência, que, sem ela, o Juiz reconheceu, na sentença, falta de prova do recebimento alegado.

BERNARDO PIMENTEL SOUZA, ilustre professor mineiro radicalizado em Brasília-DF, a respeito do vocábulo *literal* inserido no dispositivo em exame, ensina que *"...revela a exigência de que a afronta deve ser tamanha que contrarie a lei em sua literalidade. Já quando o texto legal dá ensejo a mais de uma exegese, não é possível desconstituir o julgado proferido à luz de qualquer das interpretações plausíveis..."* ("Introdução aos Recursos Cíveis e à Ação Rescisória", Ed. Saraiva, 3ª ed. 2004, pág. 741).

Por isso, a petição inicial da ação rescisória deve apresentar causa de pedir denotativa de afronta direta (contra a literalidade da norma jurídica) e não apenas dedutível a partir de interpretações possíveis (restritivas, extensivas, ou mesmo integração analógica).

O STJ já decidiu que, para ser julgado procedente o pedido rescindendo sob o fundamento do inciso V, do art. 485, do CPC, depende necessariamente de violação a literal disposição de lei pelo acórdão rescindendo. A afronta deve ser direta - contra a literalidade da norma jurídica - e não dedutível a partir de interpretações possíveis, restritivas ou extensivas, ou mesmo integração analógica (AR 720-PR, rel. Min. NANCY ANDRIGHI, j. em 9/10/02, v.u., em DJU de 17/2/03, pág. 214).

Verifica-se, no caso, que a ora autora apresentou sua defesa basicamente fundada na alegada venda anterior do veículo, mediante consignação em loja de automóveis ou similar. Não apresentou qualquer contrato ou recibo, justificando, apenas, o recebimento do pagamento em cheques que descontou.

Tal defesa impôs-lhe o ônus da prova no próprio processo originário (art. 333, II, do CPC). Se sua alegação de impossibilidade de obtenção dos cheques que depositou em sua conta-corrente tivesse sido manejada adequadamente, poderia, nos autos da ação originária, instar o Juízo a requisitá-los. Não o fez, permitindo juízo de inexistência de provas do alegado negócio. Conjecturas

Acesso ao Sumário

sobre depoimentos ou versões de terceiros não infringem literalmente o dispositivo constitucional agora invocado.

Se os fundamentos apresentados no V. Acórdão rescindendo são sustentáveis ou não, segundo o direito aplicado, cuida-se de tema alheio ao âmbito da ação rescisória, que não é instrumento apto à correção de eventual injustiça de sua decisão. Nesse sentido a jurisprudência deste Tribunal, em guarida a farta jurisprudência de outras Cortes:

> "Ação rescisória de acórdão. Motivo de rescindibilidade fundado no artigo 485, inciso V e IX, do Código de Processo Civil. Violação de Lei não caracterizada. Pretensão de revisão do julgado. O erro de fato que enseja a rescisória há de ser a causa determinante e essencial do acórdão e sobre esse erro não pode ter havido controvérsia, ou pronunciamento judicial. Não cabimento da rescisória. Petição inicial indeferida, extinto o processo sem julgamento do mérito." (16º Grupo de Direito Privado, Ação Rescisória nº 0177022-31.2012.8.26.0000, Rel. Des. RUY COPPOLA, j. em 28/2/2013, em site tjsp.jus.br).
>
> "RESCISÓRIA DE ACÓRDÃO - AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER CUMULADA COM INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS E MORAIS - ALEGAÇÃO, NA RESCISÓRIA, DE VIOLAÇÃO A LITERAL DISPOSIÇÃO DE LEI (ART. 485, V, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL) - AJUIZAMENTO QUE, EM VERDADE, OBJETIVA REEXAME DA CAUSA, COMO SE NOVO RECURSO FOSSE - VIOLAÇÃO AO DISPOSITIVO LEGAL (ARTIGO 6º DO CPC) INOCORRENTE - INADMISSIBILIDADE - AUSÊNCIA DE PREVISÃO LEGAL - INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA - FALTA DE INTERESSE PROCESSUAL - INDEFERIMENTO DA PETIÇÃO INICIAL - PROCESSO EXTINTO, SEM RESOLUÇÃO DE MÉRITO." (16º Grupo de Direito Privado, Ação Rescisória nº 0229147-73.2012.8.26.0000, Rel. Des. FRANCISCO CASCONI, j. em 28/2/2013, em *site* tjsp.jus.br).
>
> "ACIDENTE DO TRABALHO - AÇÃO RESCISÓRIA PROPOSTA COM FUNDAMENTO DO ART. 485, V, DO CPC - DESCABIMENTO - PRETENSÃO VOLTADA AO REEXAME DA MATÉRIA. INDEFERIMENTO DA PETIÇÃO INICIAL. A ação rescisória, por sua excepcionalidade no sistema processual, só tem cabimento nos estritos casos apontados no art. 485 do CPC, de modo que se a pretensão é voltada ao reexame da prova ou da interpretação da lei conferida pelo v. arresto impugnado. Extinção do processo sem resolução do mérito." (8º Grupo de Direito Público, Ação Rescisória nº 0159493-96.2012.8.26.0000, Rel. Des. FLORA MARIA NESI TOSSI SILVA, j. em 28/05/2013, em *site* tjsp.jus.br).
>
> "Ação rescisória fundada no art. 485, V, do CPC. A revisão do julgamento, mediante o reexame das alegações e provas, não se admite no âmbito da rescisória, na qual descabe cogitar da boa ou má interpretação da prova ou do direito aplicável, ou, ainda, da justiça ou injustiça da decisão. Extinção da ação por carência, falta de interesse processual (inadequação

Acesso ao Sumário

da via eleita).” (4º Grupo de Direito Privado, Ação Rescisória nº 0341515-30.2009.8.26.0000 Ação Rescisória, Rel. Des. PEDRO DE ALCÂNTARA DA SILVA LEME FILHO, j. em 19/06/2013, em *site* tjsp.jus.br).

“AÇÃO RESCISÓRIA E AGRAVO REGIMENTAL - Autor que não logrou provar a violação de quaisquer dos incisos do artigo 485 do Código de Processo Civil. É descabida, na ação rescisória, a pretensão de rediscussão de matéria já apreciada. O ajuizamento exige que o decisório combatido tenha sido afrontador da norma legal, não podendo ser utilizada a ação rescisória como meio de rever posicionamento de Câmara Julgadora, procurando revesti-la de natureza infringente. Carência de interesse processual. Hipótese de indeferimento da inicial, nos termos do artigo 490, I c.c. artigo 295, III, ambos do Código de Processo Civil.” (17º Grupo de Direito Privado, Ação Rescisória nº 0239112-75.2012.8.26.0000, Rel. Des. MÁRIO A. SILVEIRA, j. em 24/6/2013, em *site* tjsp.jus.br).

Portanto, a rescisão do Acórdão por esse fundamento também não procede.

2.3.- Alegação de que não pôde fazer uso dos cheques microfilmados na ação originária, devendo, com a rescisão do julgamento, receber “ajuda judicial para sanar essa falha” (sic, fls. 11).

Para ensejar a rescisão do julgamento de mérito proferido, o documento novo mencionado no inciso VII do art. 485 do CPC, na lição MÁRCIA CONCEIÇÃO ALVES DINAMARCO[3], é aquele que veio a ser conhecido pelo interessado apenas depois da prolação da decisão rescindenda, mas já formado anteriormente, e que, por algum motivo, não pôde ser utilizado na instrução processual; porém, mister seja hábil, por si só, para ensejar pronunciamento diverso.

Os cheques que alega servirem de provado pagamento foram depositados em sua conta-corrente antes do evento, conforme assevera. Existiam antes da demanda originária e poderiam ser requisitados pelo Juízo, caso não dispusesse de meios a autora. Era seu ônus de prova da pretensão defensiva apresentada. A omissão não a socorre agora.

Acesso ao Sumário

Deve ser mencionado, também, na esteira da doutrina apresentada, que os cheques, por si só, não constituiriam prova da alegada venda. Com efeito, no acidente, o automóvel encontrava-se na posse de Joel Wilson dos Santos; a autora alega ter entregado o veículo meses antes na loja de Emílio Carlos Pereira. E a transferência administrativa foi feita depois do acidente para Silmara Cristina Araujo.

Em sua contestação na ação originária, a ora autora afirmou ter recebido cinco cheques de bancos diferentes (BRADESCO e BANESPA). A numeração dos cheques do BRADESCO (quatro) não representa a emissão em um único ato,

3 “Ação Rescisória”, Ed. Atlas, 2004, págs. 153/155.

porque os dois últimos correspondem a dez folhas seguintes aos dois primeiros, denotando intervalo de tempo não explicado na ocasião.

E a pessoa indicada pela ora autora como receptora dos cinco cheques na contestação, em seu depoimento nos autos da demanda originária, negou ter emitido cinco cheques, afirmando ser apenas um com o valor à vista (fls. 111/112).

Tais evidências são relevantes para a recusa da rescisão pelo motivo em exame.

2.4.- Alega a autora erro de fato no reconhecimento feito de ser parte legítima e corresponsável para receber sentença condenatória. Exsurge o equívoco porque o real causador do acidente sequer foi acionado (pela desistência da ação formulada pelo autor) e os cheques comprobatórios da venda anterior (sobretudo porque acabou considerada como proprietária na sentença e acórdão rescindendo) demonstram o contrário.

Nessa pretensão parte de premissas equivocadas, porque sua responsabilidade civil reconhecida independe da participação do real causador do acidente na demanda e os cheques a que se referiu integravam seu ônus probatório na ação originária para, com outros elementos de prova, buscar a demonstração da prévia alienação do veículo a terceiro.

Tanto na sentença como no V. Acórdão rescindendo, tais temas foram abordados, constituindo-se questões dirimidas. Confira-se o que constou no Acórdão:

> "Embora a apelante alegue que a alienação do bem ocorreu cerca de quatro meses antes do acidente, quando disponibilizou seu veículo à venda no estacionamento da testemunha Emílio, as declarações desta restaram isoladas nos autos, visto que a ré não amealhou nenhum indício de prova escrita capaz de demonstrar em que momento o bem teria sido transferido de sua esfera de poder (fls. 111/112).
>
> Nesse sentido a lição de RUI STOCO: 'O proprietário do veículo envolvido em acidente de trânsito responde de modo solidário com o condutor, pelo fato da coisa, quer dizer, pela condição de titular do domínio do veículo causador da lesão.'" (Tratado de Responsabilidade Civil, 5ª ed., RT, pág. 1265/1267).
>
> ARNALDO RIZZARDO doutrina sobre essa hipótese rescisória:
>
> "Numa dimensão mais extensão, o erro de fato resulta da falsa ou ausente visão de elementos objetivos e documentos incontroversos contidos no processo, cuja correta apreciação era essencial para a decisão, que seria diferente se não houvesse a falsa ou ausente visão. Para tanto, os fatos e documentos devem revelar-se reais, incontroversos, não ensejando interpretação divergente, e tão relevantes a ponto de importarem na modificação do resultado da ação. Ainda mais, insta que se encontrem comprovados nos autos, não bastando que sejam somente alegáveis, de

Acesso ao Sumário

sorte a não necessitar de novas provas a seu respeito. A comprovação importa que não mais exista controvérsia sobre a sua existência, a qual se dá também por meio da confissão, que é a alegação pela parte e a sua admissão pela outra contendente. Todavia se o erro de fato está em conformidade com os documentos inseridos nos autos, decorre a inadmissibilidade da rescisória.

Necessário, também, que a matéria não tenha sido enfrenta e discutida, ou que se verifica a falta de sua desconsideração no exame dos autos. Anotou, sobre o assunto, Modestino Martins Netto: 'Tanto equivale dizer não houve afirmação nem negação da ocorrência do fato, o qual, em verdade, não foi considerado, passando o juiz sobre ele *in albis*. Mas se o juiz, embora errando na apreciação da prova, motiva a decisão dando o fato como existente (apesar de provado o contrário nos autos), ou mesmo como inexistente (apesar de provado o contrário), não será o caso do inciso IX do art. 485 do CPC, como pressuposto para a rescisória cível, ainda que injusta a sentença.'"[4]

THEOTONIO NEGRÃO apresenta julgados a respeito[5]:

"Na rescisória fundada no inciso IX, não há confundir erro do juiz, admitindo a inexistência do ajuste entre as partes, com a errônea interpretação do fato, que diz com a justiça ou injustiça da decisão, que não podem ser averiguados nesta ação" (RSTJ 128/263).

.....

"...o erro de fato suscetível de fundamentar a rescisória, é precisamente o averiguável mediante o exame das provas já existentes no processo, não aquela cuja correção requeira a produção de provas no juízo rescisório" (RTJ 132/1.119; a citação é do voto do Min. Gallotti, p. 1.121).

.....

"...o erro de fato deve ser aferível, na ação rescisória, de exame dos elementos constantes dos autos do processo cuja causa foi decidida pelo aresto rescindendo" (RTJ 147/89, um voto vencido).

.....

"Erro de fato. Tal pretexto não serve ao reexame da valoração da prova, vedado à ação rescisória" (RTFR 139/21).

Ora, alegação de erro de fato, sem comprovação de seus pressupostos legais para reconhecimento, não enseja a rescisão da sentença ou acórdão, não servindo ela para reexame de valoração da prova.

Rejeita-se, portanto, o pleito de erro de fato ensejador de rescisão do V. Acórdão.

3.- A questão posta sobre os "fundamentos jurídicos da ausência da

Acesso ao Sumário

4 "Limitações do trânsito em julgado e desconstituição da sentença", Ed. Forense, 1ª ed. 2009, pág. 325.

5 "CPC e Legislação Processual em Vigor", 37ª ed., Saraiva, 2005, pág. 540.

responsabilidade da autora pelo acidente cometido por terceiro" (sic), em verdade, constitui pretensão de reexame da justiça da sentença e acórdão proferidos nos autos, à luz de alguns precedentes jurisdicionais colacionados.

Porém, a título de esclarecimento, o Colendo Superior Tribunal de Justiça possui firme jurisprudência no sentido da responsabilização civil do proprietário do automóvel em caso de responsabilidade civil decorrente de acidente provocado por terceiro que o conduzia:

> "PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO. FUNDAMENTO AUTÔNOMO DO ACÓRDÃO *A QUO* NÃO IMPUGNADO. SÚMULA 283/STF. ACIDENTE DE TRÂNSITO. RESPONSABILIDADE OBJETIVA E SOLIDÁRIA DO PROPRIETÁRIO DO VEÍCULO. PRECEDENTES DO STJ. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO.
>
> 1. A ausência de impugnação de fundamento autônomo apto, por si só, para manter o acórdão recorrido, acerca da legitimidade do Estado de Mato Grosso do Sul, atrai o disposto na Súmula 283/STF.
>
> **2. A orientação jurisprudencial do Superior Tribunal de Justiça é no sentido de que o motorista e o proprietário do veículo automotor respondem, de forma solidária, pelos danos causados em acidente de trânsito.** Precedentes: AgRg no AREsp 234.868/SE, Rel. Ministro ARI PARGENDLER, PRIMEIRA TURMA, julgado em 02/05/2013, DJe 08/05/2013; AgRg no REsp 1224693/MA, Rel. Ministro PAULO DE TARSO SANSEVERINO, TERCEIRA TURMA, julgado em 21/02/2013, DJe 26/02/2013.
>
> 3. Agravo regimental não provido." (AgRg no AREsp 416833 / MS AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL 2013/0354440-0, 2ª Turma, Rel. Min. MAURO CAMPBELL MARQUES, v.u., j. em 5/12/2013, DJe 11/12/2013, grifo em negrito meu).

Em verdade, quer a autora revisão da decisão de mérito rescindenda, cuja justiça poderia ter questionado na instância extraordinária, caso ultrapassado o juízo de admissibilidade.

Impõe-se, assim, a improcedência da pretensão rescisória ajuizada, com reversão em favor do réu do depósito feito pela autora (art. 490), sem prejuízo do disposto no art. 20 do CPC. Sucumbente, a autora arcará as despesas do processo e honorários advocatícios, arbitrados em 15% (quinze por cento) sobre o valor atualizado da causa (art. 20, §§ 4º e 3º, do CPC).

III. - Por tudo o quanto foi exposto, **voto** pela **improcedência da pretensão rescisória** manejada pela autora do V. Acórdão proferido nos autos da Apelação nº 0012069-82.2006.8.26.0510, pela Egr. 32ª Câmara de Direito Privado, declarando a extinção do processo com resolução de mérito, nos termos do art. 269, I, segunda figura, do CPC.

Por via de consequência, revogo a tutela antecipada parcialmente

Acesso ao Sumário

concedida à autora (fls. 228/229).

Determino a reversão ao réu do depósito efetuado pela autora (art. 488, II, do CPC), se unânime o julgamento.

Condeno a autora, ainda, ao pagamento das despesas processuais e de honorários advocatícios sucumbenciais, arbitrados em 15% (quinze por cento) sobre o valor atualizado da causa (art. 20, §§ 4º e 3º, do CPC).

Agravos de Instrumento

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2097804-46.2014.8.26.0000, da Comarca de Piracaia, em que são agravantes OLIVIO PRODOCIMO (ESPÓLIO) e RACHELLE DALECIA PRODOCIMO (INVENTARIANTE), são agravados LEONICE TURELLA e REGINALDO EMILIANO PRODOCIMO.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 7ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 14/22518)**

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

São Paulo, 1 de setembro de 2014.

LUIZ ANTONIO COSTA, Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: Ação de Inventário - Insurgência contra decisão que deferiu o direito real de habitação à Agravada relativamente a imóvel rural - Existência de outro imóvel, inclusive declarado como residência da Agravada na Ação de Reconhecimento de Sociedade Civil - Direito real de habitação deve ter interpretação restrita de modo a não cercear o direito de propriedade dos herdeiros - Anuência da Agravada com a venda do imóvel - Decisão reformada - Recurso provido.

VOTO

Recurso de Agravo, na modalidade de Instrumento, interposto contra decisão que, em Ação de Arrolamento Sumário, deferiu à convivente supérstite o direito real de habitação.

Diz a Agravante, em síntese, que foi concedido à Agravada direito real de habitação de uma casa situada em imóvel rural que compõe o monte mor, mas ela não residia ali com o falecido, comprovado nos autos que indicava como sua residência endereço diverso, no centro daquela Comarca. Aduz, ainda, que a Agravada é proprietária de outro imóvel naquela cidade, de forma que não faz jus à concessão do direito real de habitação. Sustenta, por fim, que a permanência da convivente no imóvel impede a alienação da propriedade rural em prejuízo dos demais herdeiros. Pede a reforma da decisão.

Em sede de cognição inicial, concedi o efeito suspensivo e dispensei as informações.

Contraminuta (fls. 74/90).

É o Relatório.

Em razão do reconhecimento da condição de companheira (Ação de Reconhecimento de Sociedade Civil), pretende a Agravada a declaração de seu direito real de habitação com relação ao imóvel rural que alega ser a sua residência.

Como já consignado na decisão inaugural, na demanda em que foi reconhecida a qualidade de companheira da Agravada foi indicado por ela **endereço de residência diverso do imóvel cedido pelo juízo para sua habitação** (fls. 48), admitido expressamente por ela que efetivamente possui outro imóvel naquela Comarca.

Ademais, quando do pedido de Alvará para a venda do respectivo bem, houve concordância da Agravada, assim, independentemente da venda do imóvel, não há que se falar em direito real de habitação.

O fato de existir outro imóvel, onde inclusive afirmou a Agravada ser local onde fixou para receber correspondências, por si só afasta a possibilidade da companheira beneficiar-se do direito real de habitação.

Nos termos do artigo 1.831 do Código Civil, confere-se ao cônjuge supérstite o direito real de habitação em relação ao imóvel que serviu de residência ao casal. Neste sentido, em que pese não tenha o legislador especificado que o direito real de habitação não alcança a viúva que possua outro imóvel, apto a lhe servir de residência, esta condição evidencia-se ao tecermos uma interpretação teleológica do dispositivo legal.

O direito real de habitação representa verdadeiro cerceamento ao direito de

Acesso ao Sumário

propriedade dos herdeiros, razão pela qual deve ser interpretado restritivamente.

Isto posto, pelo meu voto, **dou provimento ao recurso.**

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2120458-27.2014.8.26.0000, da Comarca de Barueri, em que são agravantes DÉBORA SANTANA DE SOUZA COSTA E SILVA e MARCO ANTONIO DA SILVA, é agravada MARTA FERREIRA.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 7ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 5887)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores MIGUEL BRANDI (Presidente sem voto), MARY GRÜN e WALTER BARONE.

São Paulo, 4 de setembro de 2014.

LUIS MARIO GALBETTI, Relator

Ementa: Agravo de Instrumento - Rescisão contratual c/c reintegração de posse - Tutela concedida para reintegrar a autora-agravada provisoriamente na posse do imóvel - Ausência de requisitos para a antecipação dos efeitos da tutela - Ausência de dano irreparável ou de difícil reparação - Ambas as partes alegam inadimplência contratual - Necessidade de regular instrução do feito sob o crivo do contraditório - Decisão reformada - Recurso a que se dá provimento para reintegrar os agravantes, até julgamento da demanda, na posse do imóvel.

Acesso ao Sumário

VOTO

Vistos.

1. Trata-se de agravo de instrumento interposto em ação de rescisão contratual c/c reintegração de posse e perdas e danos com pedido de antecipação dos efeitos da tutela ajuizada por MARTA FERREIRA em face de MARCO ANTONIO DA SILVA e DÉBORA SANTANA DE SOUZA COSTA.

Pretende a agravante a reforma da r. decisão agravada (fls. 88/89 destes autos) que antecipou os efeitos da tutela para reintegrar a autora na posse do

imóvel localizado na (...), município de (...), nos seguintes termos:

"Vistos.

Trata-se de ação de resolução contratual de compromisso de compra e venda de imóvel cumulada com reintegração de posse com pedido de tutela antecipada.

Há prova inequívoca da verossimilhança das alegações iniciais, pois a inicial veio instruída com documentos que demonstraram a realização do compromisso de compra e venda entre as partes, e os requeridos foram notificados extrajudicialmente a respeito do atraso no adimplemento de suas obrigações.

Existe, outrossim, o grave risco de dano irreparável ou de difícil reparação aos autores, consistente na hipótese destes suportarem prejuízos econômicos em relação ao imóvel objeto da lide durante toda a tramitação deste feito, até que o pedido seja definitivamente apreciado.

Ante o exposto, DEFIRO a antecipação de parte dos efeitos da pretendida, para reintegrar provisoriamente os requerentes na posse do imóvel descrito na inicial. Expeça-se mandado de reintegração de posse, após o recolhimento das devidas custas.

Citem-se os réus para os atos e termos da presente ação, bem como para, querendo, contestá-la em 15 dias, ficando cientes de que não sendo contestada a ação, presumir-se-ão aceitos como verdadeiros os fatos alegados na peça inicial.

Nos termos do comunicado 165/2014 da Egrégia Corregedoria Geral de Justiça do Estado de São Paulo, deverá a parte autora efetuar recolhimento (caso ainda não tenha feito), do custo de reprodução de peças processuais (Lei 11.608/2003 artigo 2º, parágrafo único, V), para impressão da contrafé, consoante o valor estipulado para cópia reprográfica (Comunicado SPI 306/2013), no prazo de dez (10) dias, sob pena de extinção e arquivamento (guia FEDTJ código 201-0, valor atual R$ 0,50 por cópia).

Servirá o presente, por cópia digitada como mandado. Cumpra-se na forma e sob as penas da Lei.

Int."

Alegam os agravantes DÉBORA e MARCO, em resumo a) haver pago 88% (oitenta e oito por cento) do valor da compra; b) haver cláusula contratual que lhe autorizava a retenção de valores até o cumprimento das obrigações contratuais da vendedora; c) deter a posse do imóvel por mais de 3 anos; d) ser inadequada a via eleita por tratar-se de posse velha; e) não observação do princípio da ampla defesa e do contraditório; e f) haver cumprido integralmente os termos do contrato porque parte do pagamento foi depositado em conta poupança, por retenção, como previsto contratualmente, em decorrência da inadimplência da agravada, consistente no pagamento de laudêmio e despesas, além da conclusão da documentação necessária à regularização do imóvel.

Acesso ao Sumário

Requer a revogação da decisão recorrida e determinação para ser reintegrado na posse do imóvel e, liminarmente, o bloqueio da matrícula do imóvel e a condenação da agravada por litigância de má-fé.

O recurso se processou com efeito suspensivo (fl. 203).

A Agravada requer a revogação do efeito suspensivo concedido porque a ordem de reintegração de posse já havia sido cumprida no momento da interposição do recurso. (fls. 217/218)

Em contrarrazões alega, em resumo: a) ausência de informação do cumprimento da liminar nas razões do recurso; b) ser falsa a alegação de pagamento de quase totalidade do preço do bem; c) interpretação extravagante à disposição contratual para justificar o inadimplemento; e d) ausência de irregularidade na documentação do imóvel.

É o relatório.

2. A pretensão dos Agravantes merece provimento.

Os agravantes se insurgem contra decisão que antecipou os efeitos da tutela para reintegrar a agravada na posse do imóvel em ação ordinária de rescisão contratual c/c reintegração de posse e perdas e danos e pedido de antecipação de tutela.

Alegam os agravantes deterem a posse do imóvel desde março de 2011 e entendem ser descabida a pretensão de reintegração de posse liminar, por se tratar de posse velha. Diante desta circunstância entendem ser o caso de extinção do feito com fundamento no inciso IV do artigo 267 do Código de Processo Civil. Afirmam se detentores de boa-fé e pleiteiam a revogação do mandado de reintegração de posse.

No feito principal a agravada afirma a inadimplência desde 14/02/2012, e também haver constituído os réus em mora. Assevera a inexistência de irregularidade com a documentação do imóvel que justifique a inadimplência. Afirma que houve a recusa dos réus em comparecer ao ato notarial, e para demonstrar a regularidade da documentação, a escritura foi-lhe outorgada.

Acesso ao Sumário

Consta nos autos que as partes firmaram em 14 de janeiro de 2011 Instrumento Particular de Compromisso de Cessão de Direitos de Domínio Útil por Aforamento da União de Imóvel Urbano. Os agravantes alegam o descumprimento do § 2º da cláusula primeira que fixava o prazo de 180 dias, prorrogáveis por mais 90 dias, para regularização definitiva da documentação do imóvel.

A agravada encaminhou notificação em julho de 2012 (conferir fl. 55) alegando ausência de pagamento, e o agravante contranotificou afirmando que o ato notarial de assinatura da escritura não ocorreu na data pactuada (11/07/2012) por falta de pagamento de laudêmios anteriores ao contrato (conferir fl. 62).

O parágrafo segundo da cláusula terceira estabelece:

"Parágrafo segundo - financiamento - Quando da regularização da documental do imóvel, os cessionários poderá obter junto ao agente financeiro que escolherem, financiamento do saldo devedor então existente, podendo, assim, antecipar a quitação do saldo devedor em aberto em face da cedente, que como previsto no parágrafo primeiro da cláusula primeira, envidará esforços no sentido de rapidamente regularizar os documento do imóvel, obtendo todos os necessários para o referido financiamento, sendo certo que caso expirado o prazo de 180 dias mais a tolerância de 90 dias, os cessionários poderão reter o pagamento das parcelas vincendas, devendo depositá-las em conta poupança remunerada em seus respectivos vencimentos, ficando sua liberação condicionada à regularização dos referidos documentos." (conferir fl. 48)

Ainda que seja possível a antecipação dos efeitos da tutela para a concessão da reintegração de posse em ação de rescisão contratual, é necessária a existência de alguns requisitos.

De acordo com o inciso I do artigo 273 do Código de Processo Civil: "o juiz poderá antecipar, total ou parcialmente, a requerimento da parte, os efeitos da tutela pretendida no pedido inicial, desde que, existindo prova inequívoca, se convença da verossimilhança da alegação e haja fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação".

Os agravantes negam a inadimplência, afirmando que não houve o integral pagamento do preço por falta de regularização dos documentos do imóvel, que seria de obrigação da agravada.

A ausência de definição da responsabilidade pelas inadimplências desautoriza a adoção de medida desta extensão, assim considerada o desalojamento de toda a família dos agravantes sem análise da controvérsia que envolve o negócio jurídico.

As alegações trazidas nas contrarrazões não evidenciam prova inequívoca do direito pleiteado na ação de rescisão contratual com pedido de tutela, limitando-se a agravada a reiterar as razões da manifestação anterior, onde pleiteou a revogação do efeito suspensivo do recurso de perda do objeto, sob a alegação de cumprimento da ordem liminar. A validade e interpretação das cláusulas contratuais são a base da controvérsia, não me parecendo razoável qualquer decisão antes da ampla discussão sobre estas circunstâncias.

Os agravantes detém a posse do imóvel desde março de 2011 - o que afastaria, ao menos em tese, o perigo da demora na concessão da medida, em especial por tratar-se de bem imóvel. Por outro lado, eventuais prejuízos decorrentes da posse, se comprovada injusta, poderiam ser ressarcidos no próprio feito, ante a cumulação de pedidos. Por fim, nada justifica, sem a conclusão da instrução do feito, o deferimento da reintegração de posse em favor da agravada.

Acesso ao Sumário

Como leciona José Roberto dos Santos Bedaque: *"Entre os direitos fundamentais da pessoa encontra-se, sem dúvida, o direito à efetividade do processo, também denominado direito de acesso à justiça ou direito à ordem jurídica justa, expressões que pretendem representar o direito que todos têm à tutela jurisdicional do Estado. Essa proteção estatal deve ser apta a conferir tempestiva e adequada satisfação de um interesse juridicamente protegido, em favor de seu titular, nas situações em que isso não se verificou de forma natural e espontânea. Por outro lado, não se pode esquecer de que a necessidade de solução justa para as controvérsias requer a prática de atividades de demandam tempo, especialmente para possibilitar ao juiz adequado conhecimento da realidade substancial que lhe é submetida à apreciação. Também devem as partes ter amplas condições de debater a respeito dos fatos convertidos e questionar decisões do órgão jurisdicional, impugnando-as. A justiça da solução estatal exige, portanto, cognição exauriente da situação de direito material pelo julgado, bem como o desenvolvimento dessa atividade sob o crivo do contraditório e em conformidade com as regras inerentes ao devido processo legal. São garantias constitucionais voltadas à segurança e à justiça do resultado do processo...A rapidez contribui para a efetividade da tutela, mas compromete a segurança quanto à justiça da decisão, pois implica limitações à atividade cognitiva do juiz e ao contraditório. A garantia constitucional da duração razoável do processo (artigo 5º, inciso LXXVIII) deve ser considerado juntamente com outras do mesmo nível e inerentes ao devido processo legal, como contraditório, ampla defesa"*. (Código de Processo Civil interpretado; Antônio Carlos Marcato, coordenador. - 3ª edição - São Paulo: Atlas, 2008, fls.826/827).

Por qualquer ângulo que se analise a questão, de rigor o acolhimento da pretensão dos agravantes para dar provimento ao recurso para reintegrá-los, até o julgamento da demanda, na posse do imóvel localizado na (....), município de (...).

3. Ante o exposto e por tudo que dos autos consta DOU PROVIMENTO ao recurso para determinar que os agravantes sejam reintegrados na posse do imóvel até julgamento da demanda.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2044230-11.2014.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é agravante F.A.M.B.S., é agravado O.Q.G..

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 6ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do

relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 22.404)**

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

São Paulo, 10 de setembro de 2014.

PAULO ALCIDES, Relator

Ementa: REGULAMENTAÇÃO DE VISITAS. MULTA IMPOSTA PARA COMPELIR A GENITORA AO CUMPRIMENTO DO ACORDO FIRMADO E HOMOLOGADO ACERCA DA VISITAÇÃO PATERNA. CORRETA APLICAÇÃO. SENTENÇA MANTIDA. RECURSO DESPROVIDO.

VOTO

Trata-se de agravo de instrumento interposto por F.A.M.B. contra a r. decisão (fl. 43) que, nos autos da ação de regulamentação de visitas promovida pelo genitor O.Q.G., fixou multa diária de R$ 1.000,00 (um mil reais) em caso de descumprimento do acordo firmado e homologado acerca da visitação paterna à filha do casal.

Para tanto, sustenta não ser possível a manutenção da decisão, pois somente a genitora estaria sendo responsabilizada pelo suposto descumprimento bilateral do trato. Afirma que cumpre zelosamente com seus cuidados de mãe e que jamais desrespeitou o acordo firmado com o genitor.

Liminar indeferida (fls. 166/167). Contraminuta (fls. 170/172). A d. Procuradoria Geral de Justiça opinou pelo desprovimento do recurso (fls. 174/176).

É o relatório.

A agravante e o genitor firmaram acordo homologado judicialmente acerca da visitação à filha do casal.

Pela notícia de que a genitora estaria criando óbices ao acordado, o MM. Juízo impôs multa diária no importe de R$ 1.000,00 (um mil reais) em caso de descumprimento.

Pretende a agravante por meio deste recurso a revogação da decisão que impôs tal encargo.

É assente que a multa cominatória (artigo 461 do CPC) objetiva compelir o sujeito passivo da relação obrigacional a cumpri-la, por isso pode e deve ser fixada em patamar suficiente ou compatível com a obrigação.

No caso, afastar a multa seria totalmente injustificável, enquanto a

Acesso ao Sumário

diminuição não vem ao caso, vez que o bem jurídico tutelado, que é o direito a visitação, é um direito de extrema importância, tendo o juízo de origem analisado devidamente o caso concreto, entendendo ser tal medida necessária a efetiva inibição ao descumprimento da tutela.

Nelson Nery Júnior e Rosa Maria Andrade Nery, sob a rubrica, "Imposição da multa", ensinam: "(...) *O objeto das 'astreintes' não é obrigar o réu a pagar o valor da multa, mas obrigá-lo a cumprir a obrigação na forma específica. A multa é apenas inibitória. Deve ser alta para que o devedor desista de seu intento de não cumprir a obrigação específica. Vale dizer, o devedor deve sentir ser preferível cumprir a obrigação na forma específica a pagar o alto valor da multa fixada pelo juiz*" (*in* Código de Processo Civil Comentado e legislação processual civil em vigor, RT, 3ª edição, atualizado até 1.8.97, p. 673).

Não há que se falar que a multa imposta pelo Magistrado ofenda a coisa julgada ou o contraditório, visto que se trata de medida que possui natureza cautelar, com o fim de evitar que o provimento jurisdicional não logre êxito e foi decretada após ampla discussão.

Nesse sentido r. parecer da d. Procuradoria Geral de Justiça (fls. 174/176): "*O art. 461 do Código de Processo Civil e seus parágrafos 3º e 4º autorizam que, em demandas de fundamento relevante, o Juízo arbitre multa cominatória para assegurar o cumprimento de obrigações de fazer; e isto, mesmo sem que a parte interessada o requeira. Não se pode falar, portanto, em ofensa à coisa julgada: trata-se de medida de natureza cautelar, da qual o Magistrado pode lançar mão para evitar que o provimento jurisdicional dirigido à solução da lide não logre, de fato, pacificar o conflito a ela subjacente. A relevância da questão versada nos autos, de outra parte, é evidente: trata-se da relação, delicada, preciosa e insubstituível, entre pai e filha afastados pela dissolução do lar comum; e de relação dificultada, adicionalmente, pela animosidade entre os ex-cônjuges. Vivendo a criança sob a guarda materna, há efetiva possibilidade de que essa animosidade se traduza em injustificado cerceamento à visitação paterna - atitude de que nos parece eivada a mensagem eletrônica copiada a fls. 147, em que a agravante deixou claro que condicionava a viagem que o pai faria com a filha, entre 14 e 24 de dezembro, à assunção pelo agravado de despesas com a terapeuta da menor ('peço que arque com o valor dessas duas sessões, sob pena de M. não poder ir com você'). A alternativa à fixação de multa, em semelhante contexto, parece-nos ser a sujeição do direito que pai e filha têm ao cultivo do afeto mútuo à imposição unilateral de restrições outras, variadas e imprevisíveis, para além daquelas juridicamente definidas por acordo. Na situação fática de distanciamento vivenciada pelo agravante e sua filha, a previsão de multa não se mostrava apenas possível, portanto - mas necessária. E há de se ver, finalmente, que não se pode falar em violação à ampla defesa ou ao contraditório: a imposição de multa foi decretada após*

Acesso ao Sumário

ampla discussão dos fatos no processo de origem, e o será novamente sempre que o pai porventura se declare habilitado a lançar mão dessa garantia - que jamais será aplicada sem oitiva da mãe. Não se trata, de toda forma, de questão que para a agravante seja tormentosa: como pontuou essa Egrégia Corte, em termos breves, claros e profundos, na r. decisão de fls. 166/167, para evitar a imposição da multa, basta que a agravante se submeta àquilo que livremente ajustou com o agravado".

Ademais, se a agravante reputa injusta a imposição da multa, deve procurar cumprir a obrigação, evitando, assim, sua incidência.

Ante o exposto, pelo meu voto, nega-se provimento ao recurso.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2078430-44.2014.8.26.0000, da Comarca de Santos, em que é agravante BUNGE ALIMENTOS S/A, é agravado AGÊNCIA MARÍTIMA CARGONAVE LTDA. SP.

ACORDAM, em 11ª 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. Declara voto vencedor o 3º Desembargador.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 14.652)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores GILBERTO DOS SANTOS (Presidente sem voto), MARINO NETO e RÔMOLO RUSSO.

São Paulo, 14 de agosto de 2014.

RENATO RANGEL DESINANO, Relator

Ementa: TUTELA ANTECIPADA – Ação de obrigação de fazer – Exportação de soja a granel – Decisão que indeferiu o pedido de antecipação da tutela para obrigar a ré a emitir conhecimento de embarque sem ressalvas – Inconformismo da autora – Admissibilidade – Diferença entre a pesagem realizada em terra, por meio de balanças eletrônicas, e pelo comandante do navio, por meio de inspeção do calado da embarcação – Alegação da autora de que não teve direito à contraprova prevista no art. 582 do Código Comercial – Plausibilidade – Ademais, a

Acesso ao Sumário

diferença de peso apurada não se mostra significativa em face do risco da autora de não receber o crédito a que tem direito – RECURSO PROVIDO.

VOTO

Trata-se de agravo de instrumento tirado de decisão que, em "*ação de obrigação de fazer c/c pedido de tutela antecipada*", proposta por BUNGE ALIMENTOS S/A em face de CHINA SHIPPING BULK CARRIER LTD., representada por AGÊNCIA MARÍTIMA CARGONAVE LTDA. SP, indeferiu a concessão de tutela antecipada para que a ré fosse obrigada a emitir conhecimento de embarque sem observações, relativamente à carga de soja objeto de contrato entre as partes (fl. 18).

Recorre a autora. Alega que o comandante da embarcação, sem qualquer fundamentação, fez constar do recibo de embarque que foram embarcadas a menor 517,380 toneladas métricas de soja, o que corresponde 0,79% do total da carga. Sustenta que a carga foi pesada em terra, conforme previsão contratual, oportunidade em que empresa especializada e idônea certificou a quantidade de 64.964,285 toneladas métricas de soja. Aduz que somente foi comunicada da ressalva feita pelo comandante após a partida do navio, tendo ocorrido cerceamento do direito de refutar a conclusão do transportador, por meio de contraprova, conforme lhe asseguram os artigos 582 e 618 do Código Comercial. Argumenta que o contrato celebrado entre as partes prevê que deve prevalecer o valor pesado em terra. Defende que o fato de o conhecimento de embarque conter ressalva quanto ao peso da mercadoria lhe impede de receber pela carga exportada. Afirma que não há perigo de irreversibilidade da medida, uma vez que se dispõe a prestar caução em dinheiro. Pleiteia a concessão de efeito ativo.

O efeito pleiteado foi inicialmente indeferido (fl. 85).

Diante do pedido de fls. 88/96, a decisão de fl. 85 foi reconsiderada para deferir a liminar requerida pela agravante (fl. 155).

Recurso remetido diretamente à mesa.

É o relatório.

PASSO A VOTAR.

Trata-se de "*ação de obrigação de fazer c/c pedido de tutela antecipada*" em que a autora pleiteia a concessão de tutela antecipada, *inaudita altera pars*, para que a ré seja obrigada a emitir conhecimento de embarque "limpo", isto é, livre de quaisquer ressalvas a respeito da mercadoria transportada.

A controvérsia gira em torno do peso da mercadoria embarcada no navio de responsabilidade da ré.

Depreende-se que a autora celebrou negócio jurídico que tem por objeto

Acesso ao Sumário

a venda de soja a granel com a empresa MULTIGRAIN AG (fls. 34/39). O transporte do produto ficou a cargo da ré CHINA SHIPPING BULK CARRIER LTD., representada pela AGÊNCIA MARÍTIMA CARGONAVE LTDA. SP.

Segundo o "Certificado de Peso" juntado aos autos, foi carregada a quantidade de 64.964.285 toneladas métricas de soja. Nos termos deste documento, "*A pesagem foi realizada ao longo de toda a operação de carregamento determinado por balanças eletrônicas oficialmente aprovadas no porto de carregamento*" (fl. 56).

Ocorre que o comandante do navio fez constar do Recibo de Bordo (*Mate's Receipt*) (fl. 58) que a embarcação havia sido carregada com 64.446,905 toneladas métricas de soja, havendo, portanto, uma diferença a menor de 517,380 toneladas métricas, em relação ao peso certificado em terra.

Apesar desta divergência, o navio partiu do Porto de Santos com destino à China, local onde foi convencionada a entrega da mercadoria.

Em razão disto, a autora ajuizou ação de obrigação de fazer em face da transportadora ré, a fim de compeli-la a emitir novo conhecimento de embarque da mercadoria exportada, sem a ressalva inserida pelo comandante do navio ("conhecimento de embarque 'limpo'"). Alegou que, em havendo divergência no peso, o comandante deveria ter oportunizado a produção de contraprova, o que, porém, não ocorreu, em patente violação do artigo 582 do Código Comercial. Sustentou que a emissão de conhecimento de embarque sem ressalvas é condição indispensável ao recebimento dos valores contratados com o comprador. Por fim, argumenta que o conhecimento de embarque "limpo" também é fundamental para a renovação do atestado fitossanitário da soja transportada, documento sem o qual a mercadoria não pode ser descarregada em solo chinês. Pleiteou a concessão de tutela antecipada.

O MM. Juízo *a quo* indeferiu a medida antecipatória:

> "*Indefiro o requerimento liminar porque existe dúvida sobre a relevância da fundamentação, havendo de primeiramente se oportunizar a apresentação de suas razões pelo réu.*
>
> *Ademais, o comandante não pode deixar de efetuar ressalva se o peso não coincide, sob pena de cometer falsidade.*" (fl. 18)

Contra esta decisão insurge-se a autora, ora agravante.

Respeitado o entendimento do juízo de primeiro grau, a pretensão merece acolhida.

Não se ignora que apenas em situações excepcionais é dado ao julgador conceder a medida prevista no artigo 273 do Diploma Processual antes da formação da relação processual.

Nesse sentido, julgados deste E. Tribunal de Justiça:

Acesso ao Sumário

"*Agravo de instrumento - Processo de ação de cobrança e indenização com pedido de tutela antecipada - Decisão de primeiro grau concedendo a antecipação de tutela - Elementos apresentados não evidenciando juízo de verossimilhança bastante - Hipótese que impõe ainda maior cuidado do julgador, haja vista se pretender comando com efeito aparentemente irreversível - Necessidade, ademais, de o pleito de antecipação de tutela ser analisado sob a égide do contraditório, salvo situações excepcionalíssimas - Ressalva quanto à possibilidade de reexame do requerimento em momento ulterior e à luz de melhores provas - Reforma da decisão agravada.*" (Agravo de Instrumento n° 990.09.347280-5, 25ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, Des. Rel. Ricardo Pessoa de Mello Belli, j. 23.03.2010).

"*TUTELA ANTECIPADA.* 'INAUDITA ALTERA PARTE'. *NECESSIDADE DE INSTAURAÇÃO DO CONTRADITÓRIO. MANUTENÇÃO DA DECISÃO. A concessão de tutelas de urgência sem a oitiva da parte contrária deve ser resguardada para situações excepcionais, nas quais se constata que é a própria citação e conhecimento do processo pela parte contrária (ou o tempo necessário para ouvi-la) que coloca em risco o resultado final do processo. Não configuradas as situações, o indeferimento do pedido liminar será cabível. Agravo não provido.*" (Agravo de Instrumento nº 0176488-87.2012.8.26.0000, Rel. Sandra Galhardo Esteves, j. 19/09/2012).

Na hipótese, contudo, há nos autos prova inequívoca capaz de convencer da verossimilhança das alegações da autora, assim como existe fundado receio de dano de difícil reparação a ser experimentado por esta.

Com efeito, o "Certificado de Peso" (fl. 56) juntado aos autos, emitido por empresa independente, é claro ao consignar que a mercadoria embarcada perfazia a quantidade de 64.964,285 toneladas métricas.

Ademais, o "Resumo das Operações do Navio" (fls. 77/83), documento que contém a descrição exata dos eventos envolvendo a embarcação, revela que o comandante constatou diferença a menor de 517,380 toneladas métricas de soja, em relação ao total certificado em terra, em inspeção realizada após o embarque da mercadoria.

Ocorre que a leitura deste último documento evidencia que, após identificada a discrepância entre os números de terra e do navio, ao que tudo indica, não ocorreu nova pesagem, sendo plausível a alegação da autora de que não teve direito à contraprova prevista no artigo 582 do Código Comercial.

De fato, após a constatação da divergência, às 18h do dia 02/05/2014, o navio ficou ocioso no atracadouro, "*aguardando assinatura dos documentos de*

Acesso ao Sumário

carga", situação que perdurou até às 02h do dia 03/05/2014, momento a partir do qual foram iniciados os procedimentos de partida da embarcação.

Além disso, verifica-se que há risco de dano de difícil reparação a ser experimentado pela autora.

Isso porque o negócio entabulado entre a autora e a compradora da soja (fls. 34/39) prevê a observância dos termos do Contrato ANEC nº 41 (fls. 40/55). A cláusula 11 deste último instrumento, por sua vez, estabelece que o pagamento pela mercadoria comercializada se dará por meio da apresentação do conhecimento de embarque "limpo" (fl. 53).

Assim, em razão da divergência constatada pelo comandante do navio, é real o risco de a autora deixar de receber o preço avençado pela soja comercializada.

Nesse passo, também não se deve ignorar que o método de pesagem em terra, por meio de balanças eletrônicas, é sabidamente mais preciso que aquele utilizado pelo comandante do navio, consistente na inspeção de calado da embarcação (ou *draft survey*).

A propósito, confira-se excerto de voto do Eminente Desembargador Paulo Roberto de Santana, no julgamento do Agravo nº 1.190.660-6:

> *"Todavia, o remarque no BL realizado pelo comandante do navio, que importou na redução em 0,66% do peso da carga, resultou de 'draft survey', ou seja, da aplicação de procedimento de arqueação.*
>
> *Esse método, contudo, não é seguro a ponto de poder infirmar a certificação do peso obtida pela balança.*
>
> *Na verdade, a arqueação é um método utilizado para se determinar a capacidade volumétrica de reservatórios e tanques.*
>
> *Nos casos de movimentação de embarque ou desembarque de carga de produtos a granel, como na hipótese sub judice, essa arqueação é feita pela leitura dos calados dos navios.*
>
> *Vários fatores são considerados na aplicação desse método que podem acarretar erro no resultado pela falta de precisão.*
>
> *A arqueação, basicamente, consiste em quatro etapas: a) leitura de calados: geralmente os calados são apresentados no sistema métrico de medidas onde cada número mede 10cm de altura e estão espaçados entre eles a cada 10cm. Nota: a leitura errônea do calado ou a interferência pelo estado das marés pode acarretar um erro de interpretação do calado a influir na apuração da capacidade volumétrica do navio; b) leitura da densidade da água do mar: há necessidade de coletar três amostras da água do mar (à vante, a meio navio e à ré da embarcação), mediante a utilização de um instrumento chamado 'densímetro'. Note-se que ainda é*

Acesso ao Sumário

necessário fazer uma correção utilizando-se de uma tabela de correção de densidade, em função da temperatura da água; c) sondagem dos tanques do navio: necessária para obtenção das quantidades de água doce e lastro; d) correção do caldo do navio.

Logo, a ressalva feita no conhecimento de transporte, ainda que possa estar fundada no art. 582 do Código Comercial, para prevenir a responsabilidade do navio, não pode prevalecer porque o método utilizado - e que apurou a diferença de peso da mercadoria embarcada - não é suficientemente idônea para afastar a certificação de peso realizado por balança, em terra".

(Agravo de Instrumento nº 1.190.660-6, 4ª Câmara do Primeiro Tribunal de Alçada Civil, Rel. José Marcos Marrone, j. 03.09.2003).

Nesse cenário, tendo em conta a diferença de precisão entre os métodos de pesagem em terra e o de inspeção de calado, deve-se salientar que **a diferença apurada pelo comandante do navio corresponde a apenas 0,8% do total pesado em terra**, quantidade que não se mostra expressiva em face do risco da agravante de não receber o crédito a que tem direito.

Em casos análogos, nesse sentido é o entendimento jurisprudencial:

"Ação de obrigação de fazer. Embarque de produto a granel. Decisão agravada que indeferiu a tutela antecipada para emissão o 'BL - Bill of Lading' ou conhecimento de embarque de carga 'limpos' ou sem ressalvas. Diferença na pesagem. Suposta falta de carga. Pesagem efetuada pelo método 'draft survey' ou vistoria de calados. Valor da diferença devidamente oferecido em caução pela agravante. Perigo de dano irreparável. Manutenção da liminar. Recurso provido."

(TJPR, Agravo de Instrumento nº 668.392-5, 6ª Câmara Cível, Rel. Ângela Khury Munhoz da Rocha)

"EXPORTAÇÃO. PRODUTO A GRANEL. MENSURAÇÃO. PESAGEM EM TERRA. ARQUEAÇÃO. DIFERENÇA. RAZOABILIDADE. 1. A posterior medição realizada pela autoridade aduaneira, em procedimento fiscalizatório de pesagem de produto a granel, deve ser realizada, preferencialmente, do mesmo modo da mensuração realizada pelo exportador. 2. Sendo esta uma pesagem em terra, através de empresa habilidade pelo ente público para tanto e com o uso de balanças devidamente certificadas pelo INMETRO, observando as exigências anteriormente impostas pelo controle aduaneiro, não se mostra razoável a prevalência do laudo posterior ao embarque, realizado por método distinto e menos seguro."

(Tribunal Regional Federal da 4ª Região, Embargos Infringentes nº 2005.70.08.001056-8/PR, Rel. Luiz Carlos de Castro Lugon)

Acesso ao Sumário

Estão presentes, portanto, os requisitos autorizadores da medida prevista no artigo 273 do Código de Processo Civil.

Por fim, verifica-se que a agravante prestou a caução exigida quando do deferimento da liminar, a fim de assegurar a reversibilidade da medida.

De fato, os documentos de fls. 161/164 comprovam o depósito, em dinheiro, do valor correspondente à diferença de peso apurada pelo comandante da embarcação.

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

DECLARAÇÃO DE VOTO VENCEDOR

(Voto nº 10.021)

Ementa: Contrato de transporte. Pesagem líquida de soja a granel. Arqueação do calado do navio (*draf survey*). Capitão que lança ressalva no conhecimento de embarque. Divergência entre a balança eletrônica e a impressão calculada pelo método da arqueação do calado. Prevalência da pesagem administrativa realizada pelo órgão de controle. Hipótese que impunha a intervenção da autoridade aduaneira. Contraprova de quantificação não facultada ao exportador que importa lesão ao princípio constitucional do contraditório, o qual também é aplicável na fase administrativa (art. 582 do Cód. Comercial). Aplicação dos artigos 22, § 2º, 24 e 25, IV, a 32 da Instrução Normativa RFB nº 1.020 de 31/03/2010. Ausência de revelação de vício na pesagem, ou fraude. Inexistência de informes de oscilação na corrente marítima. Requisitos da tutela antecipatória da sentença de mérito atendidos. Ausência de risco de irreversibilidade. Recurso provido.

Trata-se de agravo de instrumento interposto contra decisão que negara a tutela antecipada que visa que a agravada seja condenada a emitir conhecimento de embarque sem nenhuma ressalva.

A questão de fato atrela-se ao detalhe de que a embarcação foi carregada com 64.446,905 toneladas métricas de soja, sendo certo que o comandante do navio, por análise do calado, apurara uma diferença para menos de 517,380

toneladas métricas.

O eminente Desembargador Relator deferira a medida liminar.

É o relatório.

Marcada a peculiaridade da hipótese, de fato é convincente a prova documental, sem nódoa de falso, que corrobora a imagem de que a soja embarcada está em consonância com o conhecimento de embarque.

Nessa linha, a princípio, a observação do comandante do navio, através da arqueação do calado da embarcação, sem que a agravante tivesse o direito de contraprova (art.; 582 do Cód. Comercial), de que 0,79% da carga não foi embarcada, não é suficiente para impor o gravame cravado.

Na espécie, a aludida prova literal, em especial o certificado de peso (fls. 50 e 83), dá conta de que o embarque da aludida mercadoria seguira exatamente o conteúdo materializado no respectivo conhecimento de embarque.

Além disso, não é verossímil, em pleno século XXI, rico em instrumentos tecnológicos, prestigiar a leitura 'cega' do comandante do navio em contraposição àquela encontrada na balança eletrônica.

Mesmo no ambiente de eventual dúvida e observando-se as sutilezas fáticas do caso concreto, deve prevalecer o peso verificado na balança fiscalizada pela aduana.

Ainda que não se possa desprezar que a arqueação visa à medição da capacidade interna da embarcação, em circunstâncias tais competia, antes de clausular-se o conhecimento de embarque, que o capitão da embarcação facultasse a agravante o direito elementar à contraprova, sobretudo em prol da prática de ato com a necessária segurança jurídica.

Além disso, - observando-se a ausência de revelação de vício na pesagem eletrônica - a aludida omissão importa em lesão ao princípio basilar do contraditório, o qual também deve se materializar na quadra das relações extrajudiciais e administrativas, inclusive.

Nesse sentido, é a lição de Odete Medauar (Direito Administrativo Moderno, RT, 2007, pg. 102).

De mais na mais, a hipótese recomendava a intervenção da autoridade portuária, cumprindo-se também a Instrução Normativa nº 1.020/2010 da Receita Federal, *verbis*:

> "Art. 22. A quantificação consistirá na determinação do peso da mercadoria a granel, expressa em quilogramas, mediante pesagem, mensuração ou medição direta.
>
> § 2 º A mensuração será efetuada:
>
> I - pelo cálculo da variação do deslocamento (diferença dos deslocamentos em função da variação dos calados ou draft survey);

II - pela medição do espaço vazio do tanque;

III - pela medição do espaço cheio do tanque; e

IV - por meio da utilização de equipamentos automatizados de medição.

Art. 24. A quantificação de granel, na importação ou na exportação, quando efetuada a bordo, por perito designado pela unidade local da RFB, exclui a medição em terra efetuada pelo terminal, salvo decisão do chefe da unidade da RFB, em casos devidamente justificados.

Art. 25. A quantificação será acompanhada pela autoridade aduaneira, pelos intervenientes diretos e por demais pessoas que comprovem, perante aquela autoridade, legítimo interesse na operação.

§ 1º São intervenientes diretos no ato de quantificação:

IV - exportador.

Art. 26. Ao interveniente direto é facultado impugnar o procedimento e, aos demais, notificar a autoridade aduaneira de qualquer irregularidade observada".

Igualmente, nada está a indicar a existência de eventual fraude no referido embarque da soja, muito embora se reconheça a delicadeza da chamada 'perda natural' típica do transporte a granel.

Se tudo isso já não bastasse, as questões que envolvem a necessidade de análise da arqueação do calado são mais comuns quando se está diante de oscilação na corrente marítima, peculiaridade que não é típica do porto de Santos e que, igualmente, não é verificada no cenário dos autos.

Nesta E. Corte, marquem-se os precedentes em prol da admissibilidade em situações da mesma estirpe, a saber: Ap. 930.002-1, Rel. Des. Thiers Fernandes Lobo; AC 9035637-25.2001.8.26.000, Rel. Des. Antônio Ribeiro.

Outrossim, no E. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul tem-se idêntica exegese (Ap. Cível 70022707772, Rel. Des. Orlando Heemann Júnior; Ap. Cível 70026391763, Rel. Des. Judith dos Santos Mottecy).

Nessa medida, plausível reconhecer-se a identificação dos pressupostos específicos à concessão da tutela antecipada da sentença de mérito.

Igualmente, a contracautela reforça a aludida admissibilidade.

Por esses fundamentos, meu voto dá provimento ao agravo.

RÔMOLO RUSSO, 3º Juiz

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2163978-37.2014.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é agravante MONTEMAR MARÍTIMA S/A, é agravado ACAWA LOGÍSTICA GLOBAL LTDA..

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 28.996)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores GILBERTO DOS SANTOS (Presidente), WALTER FONSECA e RENATO RANGEL DESINANO.

São Paulo, 27 de outubro de 2014.

GILBERTO DOS SANTOS, Relator

Ementa: TRANSPORTE DE MERCADORIAS. Ação de cobrança de sobreestadia de contêineres. Cumprimento de Sentença. Desconsideração da personalidade jurídica. Admissibilidade. Empresa executada que, além de demonstrar manifesta insolvência, não está mais em atividade e não está mais estabelecida no endereço constante dos autos. Recurso provido para este fim.

VOTO

Trata-se de agravo de instrumento tirado contra r. decisão de fls. 149/150 que, em ação de cobrança de sobreestadias de contêineres, ora em fase de cumprimento de sentença, indeferiu o pedido de desconsideração da personalidade jurídica da empresa devedora.

Inconformada, sustenta a agravante que a desconsideração da personalidade jurídica é medida de rigor no caso em tela, tendo em vista o encerramento informal da empresa devedora, o que caracteriza a fraude dos seus sócios e administradores. Ressalta que a agravada não mais exerce sua atividade empresarial no endereço constante dos registros oficiais, além de restar infrutífera a tentativa de bloqueio *on line* de sua titularidade. Diz ainda que as cópias das últimas declarações de imposto de renda confirmam a fraude, pois não há registro de movimentação financeira ou de patrimônio. Assim, apesar de todos os esforços envidados na tentativa de recebimento do crédito, todos restaram

Acesso ao Sumário

frustrados, o que autoriza a responsabilização dos sócios e administradores da empresa. De resto, postula a concessão do efeito "suspensivo ativo" ao recurso, com o seu final provimento.

Denegado o efeito ativo ao recurso (fls. 263), foram dispensadas as informações a que alude o artigo 527, IV, do Código de Processo Civil e a parte contrária deixou de apresentar resposta ao recurso (fls. 265).

É o relatório.

O recurso está a merecer provimento, *data venia*.

A teoria da desconsideração da personalidade jurídica está expressamente registrada no Código Civil de 2002, cujo artigo 50 assim preceitua: "*Em caso de abuso da personalidade jurídica, caracterizado pelo desvio de finalidade, ou pela confusão patrimonial, pode o juiz decidir, a requerimento da parte, ou do Ministério Público quando lhe couber intervir no processo, que os efeitos de certas e determinadas relações de obrigações sejam estendidos aos bens particulares dos administradores ou sócios da pessoa jurídica*".

Portanto, vê-se que a desconsideração encontra sua razão na fraude ou no abuso praticado pelos membros da pessoa jurídica, incluindo-se nisso casos de má-administração, excesso de poder e infração direta da lei ou do contrato social. Somente nessas situações é que se tem justificado a aplicação, sob pena de se negar vigência aos aludidos artigos 20, do Código Civil de 1916 e 50, do Código Civil de 2002, ressalvado, obviamente, o disposto em leis especiais. Sobre isso, aliás, FÁBIO ULHÔA COELHO e ANDRÉ MARCOS CAMPEDELLI asseveraram em artigo publicado na "Tribuna do Direito" de maio de 1999 que:

> "É impróprio tomar a teoria da desconsideração como a negação do instituto da pessoa jurídica. Os sócios continuam, conforme determina a lei, responsáveis apenas pela integralização do capital social, nas limitadas e anônimas. Somente no caso de eles desvirtuarem as normas do direito societário, com o objetivo de fraudarem os direitos de terceiros, pode o juiz desconsiderar a pessoa jurídica da sociedade."

Como ensina ITAMAR GAINO, "não é qualquer situação, caracterizada pelo inadimplemento da sociedade ou do sócio, que autoriza a desconsideração da personalidade jurídica. Para que isso ocorra há de estar presente o pressuposto previsto em lei, qual seja, o abuso da personalidade jurídica pelos sócios. Sem prova ou mesmo indício da presença desse pressuposto não é possível penetrar na personalidade da sociedade e afrontar o princípio que protege a sua autonomia patrimonial em relação ao patrimônio dos sócios. A desconsideração não pode ser usada, portanto, como panacéia para a solução de todos os casos de inadimplência da sociedade ou do sócio" (Responsabilidade dos Sócios na Sociedade Limitada, Ed. Saraiva, S. Paulo, 2005, p. 117-118).

No caso presente, há demonstração cabal nos autos das condições aludidas

Acesso ao Sumário

que justificariam a intrusão violenta do processo executivo no patrimônio dos sócios.

Aqui, conforme emana dos autos, a autora promove cobrança de sobreestadia de contêineres no valor de R$ 17.973,29 (março de 2010 - fls. 83) e mesmo a demanda estando sentenciada, a ré cria embaraço há mais de quatro anos para pagar sua dívida. Todavia, são as outras provas que evidenciam um verdadeiro funcionamento irregular da empresa, a começar pelo fracasso da tentativa de penhora *on line* em seus ativos financeiros.

Depois, além das outras tentativas de recebimento do crédito restarem infrutíferas, a certidão do oficial de justiça copiada às fls. 120 informa que a empresa mudou "há mais ou menos cinco anos desconhecendo-se o atual endereço".

Aliás, esse mesmo endereço mencionado às fls. 120, corresponde àquele indicado no Cadastro Nacional da Pessoa Jurídica, da Receita Federal e na Junta Comercial do Estado de São Paulo, em que a devedora aparece como "ativa" (fls. 132 e 138).

Tudo isso, aliado à ausência de movimentação na Receita Federal nos últimos exercícios, leva a crer que a empresa ré, no mínimo, encerrou suas atividades irregularmente.

Assim sendo, vê-se que há elementos suficientes para conceder a desconsideração da personalidade jurídica.

A doutrina é pacífica em entender que a desconsideração da pessoa jurídica é eminentemente "instrumento de repressão a atos fraudulentos" (FÁBIO ULHÔA COELHO, Curso de Direito Comercial, vol. II, São Paulo, Saraiva, 1999).

Dessa forma, se de um lado quem pretende a desconsideração da personalidade jurídica deve fazer a prova dos seus requisitos, e no caso dos autos isto foi feito, de outro lado não se pode olvidar que também é do interesse da executada a demonstração de que agiu dentro de parâmetros que impeçam o alcance da execução sobre os seus bens pessoais.

Ante todo o exposto e pelo mais que dos autos consta, dou provimento ao recurso para determinar a desconsideração da personalidade jurídica da executada.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2021335-90.2013.8.26.0000, da Comarca de Barueri, em que é agravante

CLÓVIS CASARI, é agravado HIROTOMI YUKI.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 12ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 15786)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores JACOB VALENTE (Presidente), TASSO DUARTE DE MELO e SANDRA GALHARDO ESTEVES.

São Paulo, 19 de setembro de 2014.

JACOB VALENTE, Relator

Ementa: AGRAVO DE INSTRUMENTO - Ação Monitória - Cumprimento de Sentença - Discussão quanto aos cálculos de liquidação - Depósito do valor integral - Pretensão de discussão posterior - Preclusão Consumativa - Cálculos elaborados por determinação desta Corte, que ademais resultaram similares aos cálculos parâmetro para o pagamento efetuado pelo devedor - Impugnação - Fase de liquidação que se estendeu por longos anos - Fixação de Verba Honorária - Critério de Arbitramento - Inteligência do artigo 20, § 4º, do CPC - Majoração - Possibilidade - Os critérios para fixação dos honorários são exatamente aqueles das alíneas a, b e c do parágrafo terceiro do artigo 20 do CPC - Verba que cabe ser majorada a R$ 50.000,00 - Recurso provido nos termos deste acórdão.

VOTO

1. Cuida-se de agravo de instrumento tirado da decisão copiada às fls. 284, complementada pela decisão de fls. 299, que em Ação Monitória em fase de liquidação de sentença, ajuizada pelo agravante o juiz proferiu: "*(...) As impugnações não desconstituem os cálculos efetuados a fls. 917 e 962, com a utilização de índices diversos, que homologo para que produza seus efeitos de direito. Assim sendo, após o trânsito em julgado desta, expeça- se guia de levantamento do valor apurado como depositado a maior pelo executado. Após expeça-se o remanescente a título de juros existente entre o valor efetivamente levantado pelo autor-exequente e a data do depósito, também após o trânsito em julgado desta. Finalmente, após a expedição das guias, tornem os autos conclusos para os fins do artigo 794 do CPC. Fls. 299 - Recebo os embargos declaratórios interpostos a fls. 1048/1059 e dou-lhes provimento no que tange*

Acesso ao Sumário

aos honorários advocatícios na fase de execução, arbitrando-os por equidade em R$ 10.000,00 a ser descontado do valor cabente ao requerido. No mais, os embargos pretendem a modificação da decisão, não sendo este o recurso cabível para tal modalidade".

Inconformado, recorre o agravante aduzindo em síntese: *(1) que se trata de ação monitória ajuizada em 2000 e representada por cheque devolvido por ausência de fundos; (2) que a sentença rejeitou os embargos e a reconvenção apresentada pelo agravado, condenando-o ao pagamento das quantias reclamadas acrescida de juros, além de honorários advocatícios fixados em 10% do valor da dívida; (3) que sentença foi mantida em segundo grau; (4) que iniciada a fase de execução em 2004 o agravado continuou a criar inúmeros incidentes processuais; (5) que o processo se arrastou por anos, tendo inclusive os patronos se deslocado até o C. Superior Tribunal de Justiça; (6) que após vários anos logrou penhorar imóvel pertencente ao agravado; (7) que este após tentou inclusive fraudar a execução, sendo declarado nulo referido ato; (8) que após quase 10 anos o agravado compareceu aos autos e efetuou o depósito do valor que entedia devido, requerendo a extinção do feito; (9) que em razão das diversas impugnações os autos foram encaminhados diversas vezes a Contadoria Judicial; (10) que os cálculos apresentados pela Contadoria, estavam viciados eis que em dissonância com o ordenamento jurídico; (11) que requereu ainda o arbitramento dos honorários advocatícios relativos ao procedimento de cumprimento de sentença, com base no artigo 20, § 3º, do CPC; (12) que a despeito das impugnações o magistrado homologou os cálculos da Contadoria; (13) que interpôs embargos de declaração que foram parcialmente acolhidos para fixar os honorários em R$ 10.000,00; (14) que as decisões agravadas contrariam o ordenamento jurídico; (15) que o agravo deverá ser processado; (16) que não agiu com acerto ao fixar os honorários na fase de cumprimento de sentença por equidade; (17) que a ação foi proposta há 13 anos e o agravado compelido a pagar a quantia de R$ 1.100.000,00; (18) que a partir do trânsito em julgado teve que tomar inúmeras providências para que a decisão fosse efetivamente cumprida; (19) que foram necessários 09 anos para que o agravado desse cumprimento a sentença; (20) que os honorários na fase de cumprimento de sentença devem ser arbitrados com base no artigo 20, § 3º, do CPC; (21) que o valor arbitrado não levou em consideração o trabalho desenvolvido pelos patronos do agravante; (21) que o valor arbitrado representa menos de 1% do valor da condenação; (22) que a fase executiva também demanda esforço do causídico, devendo ser retribuído é o que se extrai dos artigos 475-R e 20, 3º, do CPC; (23) que pretende a reforma da decisão para que os honorários sejam fixados honorários advocatícios com base no artigo 20, § 3º, do CPC; (24) que caso não se entenda pela aplicação do artigo 20, § 3º, do CPC requer-se a majoração do quantum a patamares condizentes*

Acesso ao Sumário

com o trabalho desenvolvido; (25) que o C. STJ tem afastando a súmula 07 e determinado a majoração dos honorários em situações como a dos autos; (26) que os cálculos da contadoria Judicial são equivocados; (27) que apesar do artigo 475-J ser expresso na incidência da multa o contador levou em consideração apenas o valor do débito atualizado monetariamente; (28) que o Contador deixou de lado parcelas que fazem parte do montante da condenação - relativas aos juros de mora, honorários advocatícios e custas processuais; (29) que esses valores integram a condenação; (30) que a homologação do cálculo em questão implica em evidente contrariedade às disposições do artigo 475-J do CPC; (31) que há necessidade de novo cálculo para suprir as irregularidades demonstradas. Requer a concessão de efeito suspensivo, inviabilizando o levantamento, pelo agravado, das quantias depositadas e a reforma da r. decisão.

Recurso formalmente em ordem, devidamente processado com a atribuição do efeito suspensivo, dispensados informes de primeiro grau de jurisdição e certificado o decurso do prazo sem resposta (fls. 308).

Realizada intimação nos termos da Resolução nº 549/2011 (fls. 302/303), com insurgência (fls. 308).

Anoto de preparo fls. 32/33.

É o relatório do necessário.

2. Conhece-se do recurso interposto, eis que presentes os pressupostos de admissibilidade.

Pretende o recorrente que os honorários fixados na fase de cumprimento de sentença sejam fixados nos termos do disposto no artigo 20, § 3º, do CPC, ou caso assim não se entenda que os mesmos sejam majorados, levando-se em conta todo o trabalho desenvolvido pelos patronos do agravante, bem como seja determinada a confecção de novos cálculos pela Contadoria, levando-se em conta as irregularidades salientadas.

O recurso merece provimento.

A questão cinge-se quanto à conta de liquidação e honorários fixados em cumprimento de sentença.

Pois bem.

Observa-se dos autos, que instado a se manifestar sobre a primeira conta (fls. 917 dos autos principais) o ora agravado concordou implicitamente com ela, fazendo o depósito do valor integral lá encontrado.

Poderia tê-la conferido antes de efetuar o pagamento do valor encontrado, mas preferiu praticar ato incompatível com a vontade de discuti-la.

Anote-se, ainda, que a diferença entre os valores discutidos não se deve a erro material que poderia ser corrigido até mesmo de ofício, mas de forma de

Acesso ao Sumário

contagem de juros.

Há responsabilidade pelo depósito a título de pagamento efetuado sem qualquer ressalva.

Arrependimento posterior não afasta a preclusão lógica havida em relação a conta de fls. 917.

Além disso, a conta elaborada pelo Contador por ordem desta Corte encontrou valor similar àquela da conta de fls. 917, parâmetro para o pagamento efetuado pelo agravado.

Por fim, não se pode deixar de anotar que a decisão agravada proferida às fls. 1044 dos autos, complementada pela decisão de fls. 1060, se limitou a homologar os cálculos de fls. 917 e 962 os quais são conflitantes.

Não resolveu o questionamento a respeito das impugnações apresentadas pelas partes. Só não se anula a referida decisão para que nova seja proferida, desta feita, com solução concreta dos questionamentos pelo reconhecimento da preclusão acima mencionada dando-se com o expresso reconhecimento do valor devido o depósito em pagamento efetuado pelo devedor.

Considera-se quitada a obrigação, com o pagamento efetuado, restando pendente apenas o pagamento dos honorários advocatícios fixados às fls. 1060 e agora aumentados, corrigidos da data da decisão agravada - fls. 1060.

Para postulação dessa verba o devedor deverá ser intimado para pagamento nos termos do artigo 475-J do CPC, inclusive com incidência de multa para o caso de não pagamento voluntário no prazo legal.

O valor controvertido, cujo levantamento foi obstado pela decisão de fls. 302/303 deste agravo, fica liberado ao agravante.

No que toca a pretensão de fixação dos honorários advocatícios nos termos do artigo 20, § 3º, do Código de Processo Civil, ou alternativamente a majoração do *quantum* fixado em 1º grau.

É de se lembrar, que do mesmo modo que acontecia antes da introdução da Lei nº 11.232/05, a defesa do credor por seu advogado exigirá, da mesma forma, enorme atividade técnica em busca da plena satisfação do beneficiário do título executivo, visto que a multa do art. 475-J do CPC nem sempre obriga o devedor ao cumprimento da decisão.

Logo, a fixação de honorários advocatícios nesta fase processual, decorre do fato de que, a parte condenada a satisfazer determinada obrigação, não o fez espontaneamente, optando por arcar com novo ônus de sucumbência ao invés de atender de forma célere e menos onerosa à solução dada à lide.

Rege o parágrafo 4º do artigo 20 do CPC: "***Nas causas de pequeno valor, nas de valor inestimável, naquelas em que não houver condenação ou for vencida a Fazenda Pública, e nas execuções, embargadas ou não, os***

Acesso ao Sumário

honorários serão fixados consoante apreciação eqüitativa do juiz, atendidas as normas das alíneas "a", "b" e "c", do parágrafo anterior."

Desse modo, tem-se que a verba honorária foi fixada corretamente nos termos do parágrafo 4º do artigo 20 do CPC, contudo, da análise dos autos a fase de liquidação de sentença, como salientado pelo agravante, durou longos 09 (nove) anos, em razão dos diversos recursos e artifícios utilizados pelo agravado, assim, levando-se em conta os requisitos para fixação da verba honorária, faz jus o agravante a majoração do *quantum*, ao valor de R$ 50.000,00 (cinquenta mil reais).

3. Destarte, **dá-se provimento ao recurso, nos termos deste acórdão.**

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2046240-28.2014.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é agravante TRENDBANK S/A BANCO DE FOMENTO, é agravado COLAFIX INDÚSTRIA E COMERCIO LTDA.-ME.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 12ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento em parte ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 25.150)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores JACOB VALENTE (Presidente) e SANDRA GALHARDO ESTEVES.

São Paulo, 25 de setembro de 2014.

CERQUEIRA LEITE, Relator

Ementa: Execução de título extrajudicial - Bloqueio eletrônico de ativos financeiros no sistema bancário - Ativos em conta judicial e deferimento de levantamento a favor do exequente - Notícia de deferimento de processamento de recuperação judicial à coexecutada - Posterior decisão que defere à coexecutada o levantamento dos ativos - Inadmissibilidade - Recuperação judicial que apenas suspende as ações e execuções pelo prazo fixado no art. 6°, § 4°, da Lei nº 11.101/05 - Inviabilidade de serem praticados atos processuais em processo suspenso (art. 266 do CPC), salvo os urgentes - Deferimento do levantamento em

Acesso ao Sumário

favor do exequente suspenso, mas alcançado pela preclusão - Restabelecimento do curso do processo de execução no estado em que foi suspenso - Recurso provido em parte e decisão agravada revogada.

VOTO

Ajuizada ação de execução de título extrajudicial, o exequente requereu e obteve o bloqueio "***on line***" de ativos financeiros dos executados no sistema bancário, transferidos para conta a cargo do juízo que, a seguir, deferiu o levantamento à coexecutada Colafix Indústria e Comércio Ltda.-ME ao ter conhecimento do deferimento de recuperação judicial e ao amparo do art. 6°, § 4°, da Lei nº 11.101/05.

Inconformado, o exequente se opõe, expondo que o juízo de primeiro grau já havia deferido o levantamento a seu favor do numerário depositado em conta judicial. Assim, tratando-se de ato jurídico perfeito, não impugnado através de recurso, o comunicado do deferimento da recuperação judicial não tem a força de desconstituir a decisão precedente. Pede reforma.

Deferido efeito suspensivo ao recurso e sustado o levantamento, escoou-se o prazo para contraminuta e, solicitadas pelo relator sorteado, o juízo de primeiro grau prestou informações.

É o relatório.

As informações prestadas pelo juízo da execução afastam toda e qualquer possibilidade de nulidade no ato de intimação dos agravados para contraminuta.

É que os agravados foram intimados por intermédio da advogada Anelise Burke Vaz (OAB/RS nº 81.220), a mesma que ainda representa-os na execução apesar do deferimento da recuperação judicial à pessoa jurídica. Intimada, a advogada optou pelo silêncio.

Avancemos.

Tem razão o agravante ao evocar a preclusão fundada no argumento de que fez-se ato jurídico perfeito antes de o juízo ter conhecimento do deferimento da recuperação judicial, na decisão precedente que deferiu a seu favor o levantamento do numerário transferido para conta judicial depois de bloqueado no sistema bancário.

Com efeito, o art. 471 do CPC veda o "***bis in idem***", isto é, nova decisão do juiz sobre questões já decididas.

Todavia, o inciso I do referido artigo excepciona a modificação no estado de fato ou de direito.

A exceção deve ser interpretada sistematicamente com o art. 462 do mesmo estatuto, que ressalva o fato superveniente a ser considerado.

Acesso ao Sumário

"***In casu***", depois do deferimento do levantamento a favor do recorrente, sobreveio a notícia de que à coexecutada havia sido deferida recuperação judicial.

Em face desse fato novo foi exarada a r. decisão agravada, no entanto equivocada ao deferir o levantamento do numerário a favor da coexecutada.

O art. 6° da Lei nº 11.101/05 não respalda esse levantamento, pois concerne à suspensão de todas as ações e execuções em face do devedor destinatário da recuperação.

A suspensão "***ope legis***", nunca excedente de 180 dias, por força do § 4°, não altera o estado das coisas nas ações e execuções de quantia líquida e certa, tanto que, decorrido o lapso de suspensão, restabelece-se o direito dos credores de continuar as ações e execuções, independentemente de pronunciamento judicial.

É ocioso lembrar que em processo suspenso é defeso praticar qualquer ato processual, salvo os urgentes, na conformidade do art. 266 do CPC.

Sendo assim, ao tomar conhecimento da recuperação judicial o juízo de primeiro grau teria melhor decidido se apenas suspendesse o levantamento que havia deferido ao recorrente, ao reverso de deferir o levantamento de numerário a favor da coexecutada em recuperação judicial, eis que deferimento desse teor não era urgente, a fim de evitar dano irreparável, e, tem razão o recorrente, fulminado pela preclusão.

Apenas suspenso o processo, pelo prazo de 180 dias contado do deferimento de processamento da recuperação judicial, o levantamento estava suspenso a favor do recorrente. Só isso.

Inovou o juiz e proclame-se, desde logo, que é nula a r. decisão agravada de permeio a processo suspenso. Restabelecido o curso da execução, o levantamento é em favor do exequente, e não em favor da executada, a não ser que o juízo da recuperação judicial, apenas para argumentar, requisite o numerário depositado.

Diante do exposto, dá-se provimento parcial ao recurso, a fim de revogar a r. decisão agravada.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2056248-64.2014.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é agravante GEORGES SIDERATOS, são agravados FLÁVIA CRISTINA DOS SANTOS ANDRADE e ADRIANA QUELI DE ANDRADE.

Acesso ao Sumário

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 13ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto da relatora, que integra este acórdão. **(Voto nº 26.018)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores FRANCISCO GIAQUINTO (Presidente sem voto), ANA DE LOURDES COUTINHO SILVA DA FONSECA e HERALDO DE OLIVEIRA.

São Paulo, 24 de outubro de 2014.

ZÉLIA MARIA ANTUNES ALVES, Relatora

Ementa: Agravo de Instrumento - Ação de reintegração de posse - Indeferimento da liminar - Necessidade de demonstração, pelo autor, das alegações de exercício da posse anterior sobre a área objeto do litígio e de esbulho perpetrado pela ré - Determinação de realização de audiência de justificação - Aplicação do art. 928, do CPC - Recurso provido.

VOTO

Vistos.

1 - Agravo de instrumento, com pedido de efeito suspensivo, interposto, no prazo legal, por **GEORGES SIDERATOS**, nos autos da ação de reintegração de posse que move a **FLÁVIA CRISTINA DOS SANTOS ANDRADE**, contra a r. decisão que indeferiu o pedido de liminar. (fls. 86).

O agravante assevera, em síntese, que não houve intimação pessoal da Defensoria Pública (art. 5º, p. 5º, da Lei nº 1.060/50; art. 128, I, da LC nº 80/94); que a liminar não poderia ter sido indeferida, de plano, sem a designação de audiência de justificação da posse e que deve ser acolhida a preliminar de nulidade da decisão agravada, ou, ao menos, reconhecida a tempestividade do agravo, ou, alternativamente, determinada a realização de audiência de justificação da posse. (fls. 01/09).

Processado com efeito suspensivo (fls. 283), o MM. Juiz "a quo" prestou as informações solicitadas (fls. 299) e a agravada apresentou resposta. (fls. 287/295).

É o relatório.

2 - Merece prosperar o recurso.

O autor, ora agravante, sustenta, na inicial, que é legítimo proprietário e possuidor, em condomínio com suas irmãs, **HELENE SIDERATOS FORNAZARI** e **EVANGELIA IRENE SIDERATOS NICOLA**, do imóvel

Acesso ao Sumário

situado à rua Pangauá, nº 477, bairro Vila Ré, nesta Capital, herdado em decorrência do falecimento de seus pais, **MICHEL JEAN SIDERATOS** e **ANNA SIDERATOS**, imóvel este que teria sido invadido, em meados do **mês de fevereiro/2013**, pela ré, ora agravada, e demais familiares. (fls. 10/15, 24/29, 33/34, 37/44).

Ordenada a emenda da inicial, para comprovação do exercício da posse (fls. 62, 69/70), o autor, ora agravante, explicitou o seguinte:

> "**O Requerente informa que os últimos a residirem no imóvel situado na Rua Pangauá, nº 477, Vila Ré, São Paulo/SP, foram sua mãe, Sra. ANNA SIDERATOS, falecida em 06/05/1994; seu**
>
> **irmão, Sr. CONSTANTINO MICHEL SIDERATOS, falecido em 16/06/1996; e seu pai, Sr. MICHEL JEAN SIDERATOS, falecido em 1993. Todavia, o Requerente não possui os respectivos comprovantes de residência em nome deles.**
>
> **O único comprovante que o Requerente possui é um extrato de IPTU do imóvel em nome do seu pai (grafado erroneamente como MIGUEL JEAN SIDERATOS), uma vez que os demais documentos que podiam comprovar a posse anterior estavam no interior do imóvel invadido.**
>
> **Após o falecimento dos moradores, a irmã do Requerente, Sra. HELENE SIDERATOS FORNAZARI, que morava próximo ao local, visitava o imóvel para mantê-lo conservado.**
>
> **Porém, em uma dessas visitas, a irmã do Requerente verificou que a Requerida e os demais ocupantes haviam quebrado as fechaduras e invadido o imóvel objeto da lide.**
>
> **Saliente-se que a irmã do Requerente tentou conversar com os invasores, mas foi ameaçada, momento em que percebeu que se tratavam de pessoas extremamente agressivas.**" (fls. 69/70, 79/85).

O MM. Juiz "a quo", entendendo não haver elementos hábeis à comprovação de que o autor, ora agravante, exercia a posse do imóvel objeto do litígio e que dela teria despojado há menos de ano e dia, indeferiu a liminar, o que ensejou o recurso que ora se examina. (fls. 86).

Analisados os argumentos apresentados pelo autor, ora agravante, ao emendar a inicial, e reiterado em sede recursal, não há como ser aferida a existência da posse anterior sem a prévia realização de audiência de justificação.

De rigor, portanto, a designação de audiência de justificação, a fim de que o Juízo tenha mais subsídios e elementos fáticos, a respeito do exercício anterior da posse pelo autor, ora agravante, para apreciar a conveniência, ou não, da concessão da liminar de reintegração de posse e, se o caso, para fundamentar de eventual negativa.

Acesso ao Sumário

Em suma, diante da necessidade de demonstração, pelo autor, ora agravante, das alegações de posse anterior sobre a área objeto do litígio e de esbulho perpetrado pela ré, ora agravada, imprescindível a realização de audiência de justificação, nos termos do **art. 928, do CPC**.

Deste modo, de ser determinada a realização de audiência de justificação da posse, revogado o r. despacho recorrido.

3 - Ante o exposto, **dá-se provimento ao recurso, para o fim especificado**.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2105583-52.2014.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é agravante ROBERTO ALVAREZ, é agravado BANCO BRADESCO FINANCIAMENTO - S/A.

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. V.U.", de conformidade com o voto do relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 38134b)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores LÍGIA ARAÚJO BISOGNI (Presidente) e THIAGO DE SIQUEIRA.

São Paulo, 1 de setembro de 2014.

MELO COLOMBI, Relator

Ementa: TUTELA ANTECIPADA. REQUISITOS. RETENÇÃO DE SALÁRIO. ALEGAÇÃO DE CAPTAÇÃO DE EMPRÉSTIMO SEM ESCLARECIMENTO DOS TERMOS DA CONTRATAÇÃO. CONSIGNAÇÃO.

1. Em cognição não exauriente, vislumbra-se a verossimilhança do alegado no sentido de que o agravante não teve ciência dos termos da captação de empréstimo consignado. Soma-se a isso que o valor do desconto no benefício caracteriza fundado receio de dano irreparável.

2. Tutela que deve ser concedida, levando-se em conta o cenário dos autos e consignação do valor do empréstimo em juízo.

Recurso Provido.

Acesso ao Sumário

VOTO

Trata-se de agravo de instrumento interposto por Roberto Alvarez contra decisão copiada às fls. 117 que, em ação declaratória c/c pedido de indenização por danos materiais e morais em face de Banco Bradesco Financiamento S/A, negou pedido de tutela antecipada.

Inconformado, insiste o agravante na concessão da tutela antecipada diante da verossimilhança quanto às suas alegações no sentido de não ter realizado contrato de financiamento e pelo fato de ter consignado em juízo o valor do empréstimo no importe de R$ 30.000,00.

Recurso bem processado e não respondido, tendo sido deferida a tutela recursal pleiteada.

É o relatório.

O autor, em suma, alega ter recebido visita de representantes do réu os quais lhe comunicaram a existência de crédito disponível no valor de R$ 30.000,00.

Aduz que após a visita foi surpreendido ao ter desconto em seu salário no valor de R$ 924,90, referente a empréstimo consignado que não autorizou e do qual não tem conhecimento.

Ressalta que em nenhum momento os visitantes informaram que o crédito disponível tratava-se na realidade de um financiamento com encargos e juros.

De acordo com o art. 273 do CPC, "o juiz poderá, a requerimento da parte, antecipar, total ou parcialmente, os efeitos da tutela pretendida no pedido inicial, desde que, existindo prova inequívoca, se convença da verossimilhança da alegação e (I) haja fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação (...)."

Em que pese o entendimento do juízo "*a quo*", estão presentes os requisitos para concessão da tutela antecipada.

Em cognição, não exauriente, vislumbra-se que existem diversos documentos assinados pelo devedor que estão em branco no que diz respeito à data, termos e assinatura do contratante (fls. 88/89 e 90), que apontam para a captação de empréstimo para aposentado sem o esclarecimento das condições da contratação.

Além disso, o único documento que aponta para os possíveis termos da avença trata-se somente de uma ficha de proposta de empréstimo pessoal, preenchida a mão e sem data e assinatura de testemunhas.

Vale ressaltar, que além da verossimilhança constatada nos autos o valor do desconto é alto caracterizando o perigo de demora e o fundado receio de dano irreparável.

Acesso ao Sumário

Por fim, soma-se a isso que o agravante consignou nos autos o valor de empréstimo.

Diante de tal cenário, de rigor o deferimento da tutela antecipada para que o banco cesse com os descontos perpetrados no benefício do autor, até o julgamento final da presente lide.

Posto isso, dá-se provimento ao recurso.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2097347-14.2014.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é agravante WYNN LAS VEGAS LLC, é agravado CARLOS EDUARDO DE ATHAYDE BUONO.

ACORDAM, em 15ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Conheceram do recurso e a ele deram parcial provimento, nos termos do acórdão, V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 13.697)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores CASTRO FIGLIOLIA (Presidente) e COELHO MENDES.

São Paulo, 26 de agosto de 2014.

VICENTINI BARROSO, Relator

Ementa: AGRAVO DE INSTRUMENTO - Perda do objeto - Não ocorrência - Preliminar afastada - Recurso conhecido.

MONITÓRIA - Caução (art. 835 do CPC) - Autora que com ela concorda, ofertando quantia a esse título - Impossibilidade de, aqui, requerer sua dispensa - *Venire contra factum proprium* - Montante fixado pela juíza que se mostra excessivo - Medida que visa a garantir pagamento de custas e honorários advocatícios da parte contrária - Aplicação do princípio da razoabilidade e da equidade (art. 20, § 4º, daquele Código) - Acolhimento do valor ofertado pela autora, concedido prazo de 15 dias para que se a preste - Recurso parcialmente provido.

Acesso ao Sumário

VOTO

1. Agrava-se de decisão que, em ação monitória movida pela agravante ao agravado, ante a falta de estipulação, em decisão nos autos de exceção de incompetência, do valor certo da caução, determinou se a preste em dinheiro, no montante de 20% do valor da causa, em cinco dias (fl. 16).

Diz não ter se negado ao pagamento de caução - tanto que a ofereceu, em dinheiro, no importe de R$ 115.320,00 (correspondente a 5% do valor da causa). Além disso, considerada da finalidade da medida (pagar os honorários advocatícios da parte adversa - art. 835 do CPC), deve ser fixada à vista do art. 20, § 4º, desse Código. Vale dizer, em caso de improcedência, inaplicáveis os percentuais de seu § 3º, arbitrados honorários pela apreciação equitativa do juiz, motivo pelo qual o valor ofertado é justo e atende àquele dispositivo, sem obstaculizar o acesso à Justiça. Outrossim, se a hipótese fosse inversa (propositura de ação por brasileiro no estado de Nevada/EUA), não se exigiria caução elevada, limitada a US$ 500,00 (quinhentos dólares). Assim, pelos princípios constitucionais da reciprocidade e igualdade, de se reduzir o montante daquela, aceitando a quantia ofertada e concedendo prazo de 30 dias para cumprimento - afinal, naquele estado norte-americano, este seria o lapso temporal; além disso, o procedimento de transferência internacional de valores é complexo e demorado. Alternativamente, requer se dispense caução pela aplicação analógica do art. 836 do CPC e por ser titular de direito líquido e certo, representado por cheques. Por fim, pede efeito suspensivo - até a este se julgue.

Veio resposta - precipitada -, com preliminar de perda de objeto (fls. 204/211). Em seguida, a agravante apresentou memoriais (fls. 294/298).

Os autos me foram redistribuídos (fls. 311, 314 e 317). Deferi efeito suspensivo (fl. 318).

É o relatório.

2. O recurso não perdeu o objeto (fls. 205, final/206 e 210, item 27.). De fato, da decisão que determinou prestação de caução (fl. 170) foram opostos embargos de declaração, no bojo dos quais se ofertou quantia de R$ 115.320,00 (fls. 184/187). E é da manifestação judicial que a fixou em 20% do valor da causa que se agrava (fl. 16), decisão, aliás, mantida em sede de juízo de retratação (fl. 213). Assim, a questão encontra-se ***sub judice***, motivo pelo qual remanesce interesse no julgamento deste agravo.

E, nesse particular, o recurso é parcialmente fundado - a caução deve ser mantida. Embora a autora tenha requerido, na petição inicial, se a dispensasse (fl. 35, final), com ela concordou quando determinada sua prestação (fl. 170) - tanto que ofereceu a quantia acima mencionada, sem requerer dispensa. Assim, o pedido alternativo de fls. 13/14 se mostra contraditório, motivo pelo qual deve ser desconsiderado (***venire contra factum proprium***).

Acesso ao Sumário

Por outro lado, o montante fixado pela juíza (20% do valor da causa, equivalente, pois, a R$ 461.280,00 - fl. 36) deve ser reduzido. De fato, se a caução visa, essencialmente, a garantir o pagamento das custas e honorários advocatícios da parte contrária, a fixação de seu valor deve considerar a eventual improcedência do pedido, hipótese em que a autora suportará as verbas de sucumbência.

Nesse caso, a sentença não terá natureza condenatória, motivo pelo qual os honorários serão arbitrados de forma equitativa pelo magistrado (art. 20, § 4º, do CPC), que não estará, pois, atrelado aos percentuais de seu § 3º.

A respeito - ***mutatis mutandis***:

COBRANÇA - PRESTAÇÃO DE CAUÇÃO - (CPC, ART. 835) - a prestação de caução, no caso, tem como finalidade a garantia do pagamento de eventual sucumbência do Autor - considerando a finalidade desse dispositivo legal, a fixação do valor da caução deve levar em consideração a eventual improcedência do pedido, hipótese em que a Autora será condenada ao pagamento das verbas da sucumbência - no caso de improcedência do pedido, a sentença não terá natureza condenatória, mas sim declaratória negativa, assim, os honorários advocatícios deverão ser fixados de forma equitativa pelo magistrado, nos termos do § 4º do artigo 20, CPC - valor fixado pelo MM. Juiz "a quo" a título de caução (R$ 10.000,00) não se mostrou razoável - possibilidade de elevação para 15% sobre o valor da causa - quando a lei não determinar a espécie de caução, como ocorre no caso em apreço, esta poderá ser prestada nos termos do art. 827, do CPC, devendo ser observado o requisito da idoneidade da caução. RECURSO DA RÉ PARCIALMENTE PROVIDO, com observação (Agravo de Instrumento 1124335600 - Campinas - Relatora: Berenice Marcondes Cesar - Órgão julgador: 27ª Câmara de Direito Privado - Data do julgamento: 13/11/2007 - Data de registro: 11/12/2007).

Nesse contexto, razoável se fixe caução no importe ofertado pela agravante (R$ 115.320,00), equivalente a 5% do valor da causa, que se mostra complexidade da causa, sendo apto, inclusive, a cobrir eventuais custas a serem suportadas pelo réu. Nada impede, contudo, que, verificada insuficiência, haja reforço da garantia, nos termos do art. 837 daquele Código.

A caução deverá ser prestada em 15 dias, tempo suficiente para que haja a transferência internacional monetária, considerada da agilidade das operações financeiras na atualidade.

3. Pelo exposto, conhece-se do recurso e se o provê parcialmente - **nos termos acima**.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2104773-77.2014.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é agravante TÁCITO BARBOSA COELHO MONTEIRO FILHO, é agravado ANTONIO CARLOS MATOS RUIZ FILHO.

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 nº 9386)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores CASTRO FIGLIOLIA (Presidente), COELHO MENDES e ACHILE ALESINA.

São Paulo, 2 de outubro de 2014.

CASTRO FIGLIOLIA, Relator

Ementa: AGRAVO DE INSTRUMENTO - EXECUÇÃO DE TÍTULO EXTRAJUDICIAL - PENHORA DOS LUCROS AUFERIDOS PELO AGRAVANTE DECORRENTES DE SUA PARTICIPAÇÃO SOCIETÁRIA - Insurgência em face da decisão pela qual o juiz determinou a intimação do agravante para depositar o valor referente à sua parcela do lucro auferido pela sociedade no exercício de 2013 - Descabimento - Constrição que deve recair sobre os lucros obtidos após a publicação do acórdão pelo qual a penhora foi determinada - Acórdão publicado em janeiro de 2014 - Agravo provido.

VOTO

Vistos.

Trata-se de agravo de instrumento tirado dos autos da execução de título extrajudicial movida pelo agravado contra o agravante e outros.

A insurgência refere-se à decisão (fls. 19/20) pela qual foi determinada a intimação do agravante para depositar o valor referente à sua parcela do lucro auferido no exercício de 2013 pela sociedade da qual faz parte.

O agravante alegou, em suma, que a penhora não pode atingir períodos anteriores ao da emanação do ato judicial autorizatório da constrição judicial, impondo-lhe efeito retroativo ao arrepio da legislação de regência. A determinação contida no acórdão exequendo é decisão constitutiva positiva, cujo efeito é *ex*

Acesso ao Sumário

nunc. A decisão somente pode ser exigível e ter seus efeitos cogentes após a sua regular intimação. Além disso, conferir eficácia à decisão agravada representará violação ao consagrado princípio pelo qual não se permite a repetição ou compensação de alimentos. Isto porque, no caso em apreço, inegável que os valores que o agravante tem a receber da sociedade de advogados têm natureza alimentar. Pelo que expôs, pugnou pela reforma da decisão agravada para o fim de ser reconhecida a irretroavidade da decisão exequenda.

Em sua resposta (fls. 269/282), o agravado requereu a manutenção da decisão combatida.

Instrumento em ordem. Recurso processado regularmente, com a concessão do efeito suspensivo pleiteado (fls. 262/263).

É a síntese necessária.

O recurso comporta provimento.

Da leitura do instrumento, depreende-se que, na execução de título extrajudicial movida pelo agravado contra o agravante e outros, foi deferida a penhora das quotas sociais do agravante na sociedade de advogados da qual faz parte (fls. 72).

Da referida decisão, o agravante interpôs agravo de instrumento, o qual foi parcialmente provido por esta 15ª Câmara de Direito Privado para o fim de direcionar a constrição para a parcela devida ao agravante em razão dos lucros percebidos pela sociedade de advogados. No acórdão final - prolatado após a apresentação de embargos de declaração por ambas as partes -, restou decidido que a apuração do lucro a ser constrito deveria ser feito de acordo com a disposição do contrato social, o qual prevê a distribuição anual dos lucros. Assim, decidiu-se que "*cumprirá ao embargante, por corolário, ao final de cada exercício depositar em juízo a parcela de lucro eventual correspondente à sua participação societária, assim constrita, o mesmo sendo dito caso ocorra extraordinária distribuição de lucros em meio ao exercício social*" (fls. 137/162 e 204/218).

O acórdão foi disponibilizado no Diário da Justiça Eletrônico em 10 de janeiro de 2014 (fls. 219).

Em 25 de fevereiro de 2014, o agravado requereu que o agravante fosse intimado para apresentar o balanço geral da sociedade de advogados referente ao ano de 2013, depositando em juízo o valor correspondente à sua parte nos lucros (fls. 132/136).

Por meio da decisão combatida, o pedido foi deferido.

Respeitado o entendimento do i. magistrado de 1º grau, a decisão deve ser reformada.

Conforme anotado, o acórdão pelo qual esta 15ª Câmara de Direito

Acesso ao Sumário

Privado determinou a penhora da parcela referente à participação do agravante nos lucros da sociedade de advogados foi publicado em janeiro de 2014, de forma que apenas os lucros auferidos a partir desta data devem ser abrangidos pela constrição.

Estreme de dúvidas que a decisão de penhora dos lucros auferidos pelo agravante decorrentes de sua participação societária tem efeito *ex nunc*. A decisão de penhora de lucros, como ato executivo que é, constitutivo de uma nova situação jurídica processual, só pode produzir efeitos quanto aos lucros auferidos posteriormente à sua prolação.

Entendimento contrário somente seria possível se no acórdão tivesse havido determinação expressa para que a penhora atingisse os lucros auferidos preteritamente pelo agravante. Como não houve tal menção, de rigor a conclusão de que somente os valores recebidos após a publicação do acórdão estavam abrangidos pela constrição.

Com efeito, do ponto de vista da contabilidade empresarial, os lucros são dividendos provenientes do resultado positivo da relação entre as receitas e despesas de uma empresa. Por isso, abranger lucros auferidos e pagos antes da determinação judicial de penhora não seria propriamente uma penhora de lucros, mas sim uma infactível penhora de capital já consumido ou incorporado ao patrimônio do devedor. Diz-se infactível porque já restaram infrutíferas outras tentativas de excussão do patrimônio do agravante - inclusive penhora de numerários eventualmente encontrados em aplicações bancárias, via sistema BacenJud.

Corolário, os lucros auferidos pela empresa no exercício de 2013 e pagos ao final do referido período - quando, insiste-se, ainda não havia qualquer determinação de penhora de lucros - não estão abrangidos pelo acórdão proferido por esta Câmara. O marco inicial da eficácia temporal da decisão foi a sua publicação, ocorrida em 10 de janeiro de 2014, de modo que a penhora deve recair sobre os lucros auferidos posteriormente a esta data.

Assim, reforma-se a decisão agravada para o fim de se assentar que a penhora determinada no julgamento proferido por esta Câmara se refere à parcela de lucros pertencente ao agravante auferidos após a publicação do acórdão.

Nesses moldes, **dá-se provimento** ao agravo.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2141103-73.2014.8.26.0000, da Comarca de Tatuí, em que é agravante

TECNIPET INDÚSTRIA E COMÉRCIO DE EMBALAGENS LTDA., é agravado QADESH IMPORTAÇÃO E EXPORTAÇÃO LTDA..

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 em parte ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 27.943)**

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

São Paulo, 14 de outubro de 2014.

THIAGO DE SIQUEIRA, Relator

Ementa: Agravo de Instrumento - Procedimento Ordinário - Medida visando suspender os efeitos do protesto de duplicatas mercantis sem aceite - Alegação de títulos sem causa - Liminar concedida mediante caução em dinheiro - Exigência de caução cabível - Fundamentação invocada na inicial que, ademais, não se revela suficiente para afastar tal exigência - Admissibilidade, contudo, de oferecimento de caução real idônea para resguardar eventuais direitos da ré - Recurso da autora provido em parte.

VOTO

O presente agravo de instrumento foi interposto contra a r. decisão (fls. 109/110 destes autos) que, em ação declaratória de inexistência de débito c/c indenização por danos morais, cancelamento de protesto e pedido de antecipação de tutela para sustação dos efeitos do protesto, deferiu a antecipação de tutela para determinar a sustação dos efeitos de protestos de títulos lançados em nome da agravante, condicionada ao depósito de caução em dinheiro no valor dos títulos protestados.

Acesso ao Sumário

Insurge-se a agravante sustentando que é inviável o oferecimento de caução, em razão de as duplicatas protestadas terem sido emitidas mediante fraude, bem como porque não restou comprovada a realização de qualquer negócio entre as partes, inexistindo débito. Aduz, outrossim, que não dispõe de condição financeira que lhe permita realizar o depósito da caução em dinheiro, ainda mais em montante considerável. Dessa forma não há que se falar em caução. Postula, por isso, a reforma da r. decisão.

Recurso instruído e recebido com a concessão do efeito suspensivo. Não houve intimação para apresentação de contraminuta, haja vista a não citação do

réu em primeira instância.

É o relatório.

A antecipação de tutela requerida pela agravante afigura-se de caráter cautelar, o que é cabível, tendo-se em vista a alteração introduzida ao artigo 273 do C.P.C. pela Lei nº 10.444, de 7.05.2002, a qual, dentre outras modificações, acrescentou-lhe o parágrafo 7º, que assim dispõe: "*Se o autor, a título de antecipação de tutela, requerer providência de natureza cautelar, poderá o juiz, quando presentes os respectivos pressupostos, deferir a medida cautelar em caráter incidental do processo ajuizado*".

Referida alteração permitiu, portanto, a concessão de tutela antecipada com caráter de medida cautelar incidental ao processo ajuizado.

Por outro lado, no que diz respeito a caução, é de se verificar que não há regra legal a determinar a espécie de caução apropriada, cabendo ao juiz, de conformidade com os seus poderes de direção do processo, examinar qual a contracautela necessária a resguardar os eventuais direitos daquele que sofrerá os efeitos da liminar.

Assim deve ser, efetivamente, porque a concessão de tutela cautelar liminar, mormente em medidas visando a sustação de protesto, está condicionada não apenas pela necessidade de tornar efetivo o poder geral de cautela que a norma processual confere ao magistrado, mas também pelas circunstâncias que se apresentam em cada caso concreto. Por esta razão é que adverte Galeno de Lacerda que o juiz em princípio possui discrição para conceder ou não a tutela liminar e também para condicioná-la à prestação de garantia (*in* "Comentários ao Código de Processo Civil", Vol. VIII/360, tomo I, Ed. Forense). Tratando-se a sustação liminar de protesto de medida atípica, mais avulta a importância do poder discricionário do magistrado.

Ora, no caso em tela, é de se reconhecer que a exigência de mencionada caução não se revela descabida, eis que a agravante sustenta tratar-se no caso de título sem causa e em duplicidade, o que, porém, somente poderá vir a ser confirmado após a instauração do contraditório, com a citação da ré, eis que, por enquanto, por alegar fato negativo, não procede, ao menos por enquanto, sua assertiva de que não restou comprovada a realização de qualquer negócio entre as partes. Assim, para garantia da liminar que lhe foi concedida, afigura-se cabível a exigência de caução, o que, de resto, também encontra apoio no art. 804 do Código de Processo Civil.

No entanto, não há regra legal a determinar a espécie de caução apropriada, cabendo ao juiz, de conformidade com os seus poderes de direção do processo, examinar qual a contracautela necessária a resguardar os eventuais direitos daquele que sofrerá os efeitos da liminar.

A presente medida cautelar refere-se às duplicatas mercantis sem aceite,

Acesso ao Sumário

levadas a protesto por indicação. Os valores dos títulos somados chegam a R$ 752.640,00. A agravante nega que seria devedora dos respectivos valores.

Cuida-se, portanto, de fundamentação hábil para afastar a cautela exigida (dinheiro), pois, como esclarece Humberto Theodoro Júnior, "*Para tutela cautelar, basta a 'provável existência de um direito' a ser tutelado no processo principal. E nisto consistiria o 'fumus boni juris', isto é, 'no juízo de probabilidade e verossimilhança do direito cautelar a ser acertado e o provável perigo em face do dano ao possível direito pedido no processo principal*'" (*in* "Processo Cautelar", EUD, 16ª ed., pág. 74).

Deve-se levar em conta, outrossim, que o oferecimento de caução de outra espécie, desde que demonstrada a sua idoneidade, será bastante também para resguardar os eventuais direitos do emitente da cambial. A concessão desta medida, ademais, não trará prejuízo algum ao credor, porquanto não o obstará de promover a defesa de seus direitos em juízo, seja com base neste título, seja com base no contrato firmado com a recorrente.

Assim, para garantia da liminar concedida, afigura-se cabível a exigência de caução real idônea, do valor dos títulos em questão, porquanto indispensável, em casos como este, para resguardar os eventuais direitos da beneficiária da cártula.

A irresignação da agravante merece, por tais motivos, ser acolhida em parte, para afastar a exigência de caução em dinheiro, mediante, porém, o oferecimento de caução real idônea a fim de ser mantida a tutela antecipada requerida pela autora.

Ante o exposto, dá-se provimento parcial ao recurso.

ACÓRDÃO

Acesso ao Sumário

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2062085-03.2014.8.26.0000, da Comarca de Campinas, em que é agravante CENTRO DE APOIO ARTÍSTICO PEDAGÓGICO LTDA.-E.P.P, é agravado MÓVEIS BARGA LTDA..

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 12ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 18237)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores JACOB VALENTE (Presidente) e CERQUEIRA LEITE.

São Paulo, 27 de outubro de 2014.

JOSÉ REYNALDO, Relator

Ementa: Ação declaratória cumulada com pedido de indenização por danos morais em fase de cumprimento de sentença. Desconsideração da personalidade jurídica da devedora decretada anteriormente pelo Juízo *a quo*. Denegação do pedido subsequente de inclusão dos sócios no polo passivo da ação. Manutenção. Precedente análise da hipótese por esta 12ª Câmara de Direito Privado, ocasião em que mantido o indeferimento da desconsideração primeiramente requerida (A.I. nº 0021960-95.2012.8.26.0000, j. 23.5.2012). Novos fatos apresentados ao Juízo *a quo*, e que fundamentaram a desconsideração, que não alteram o entendimento antes manifestado por esta D. Câmara. Análise do disposto no art. 50 do Código Civil, com a inteligência interpretativa da I Jornada de Direito Civil promovida pelo Conselho da Justiça Federal (Enunciado nº 7) a amparar esta solução. Entendimento doutrinário no sentido. Vedação da *reformatio in pejus* que não impede a manutenção do indeferimento da inclusão dos sócios no polo passivo. Impossibilidade de extensão dos atos executivos à empresa Liceu Di Thiene Com. De Móveis. Não demonstração da configuração de grupo econômico. Não localização de ativos financeiros através do sistema BACENJUD em nome da executada que não autoriza medida extraordinária sem prova adequada. Existência de diversas medida constritivas e tendentes a satisfazer o crédito, disponibilizadas pelo ordenamento processual, que sequer foram tentadas pela exequente. Conduta processual da agravante que se revela desarrazoada, incongruente e descompromissada com o efetivo interesse na liquidação do seu crédito. Aplicação do Enunciado nº 9 da I Jornada de Direito Comercial do Conselho da Justiça Federal. Agravo de instrumento desprovido.

VOTO

Trata-se de agravo de instrumento interposto contra a r. decisão

Acesso ao Sumário

reproduzida às fls. 76, que em ação de declaratória cumulada com pedido de indenização por danos morais, em fase de cumprimento de sentença, indeferiu pedido de penhora sobre bens da empresa *Liceu Di Thiene Comércio de Móveis* (não integrante do polo passivo da ação), negando o pedido de alteração da natureza da ação como "demanda executiva" no sistema de registro processual e a inclusão dos sócios da agravada *Móveis Barga Ltda*. no polo passivo.

Alega a recorrente que, em decisão anterior no precedente agravo de instrumento (A.I. nº 0021960-95.2012.8.26.0000), este Tribunal negou a desconsideração da personalidade jurídica da executada para inclusão de seus sócios no polo passivo e, posteriormente, demonstrado o abuso da personalidade jurídica, o Juízo *a quo*, houve por bem então deferir a referida desconsideração. Insurge-se, assim, contra o indeferimento da inclusão dos sócios da agravada *Móveis Barga Ltda.* no polo passivo pela decisão agravada, pugnando ainda pela retificação cadastral para constar como "ação de execução". Com relação à empresa *Liceu Di Thiene Com. De Móveis*, com quem alegadamente mantém a executada-agravada parceria empresarial ou grupo econômico, reproduz os termos das alegações deduzidas junto ao Juízo *a quo* para requerer a inclusão daquela no polo passivo e o deferimento da penhora *on line* sobre seus ativos. Pede o provimento do recurso para esses fins.

Recurso processado sem a antecipação da tutela recursal postulada, foram dispensadas as informações do juízo. Devidamente intimada, deixou a agravada de apresentar contraminuta, conforme certidão de fls. 84.

Nesta Corte, facultada aos interessados a manifestação de eventual oposição ao julgamento virtual, nos termos dos artigos 1º e 2º da Resolução nº 549/2011 do Órgão Especial deste E. Tribunal de Justiça, decorreu *in albis* o prazo legal para oposição.

É o relatório.

Não prospera a insurgência deduzida.

Esta 12ª Câmara de Direito Privado já apreciou o pedido de desconsideração da personalidade jurídica da empresa agravada *Móveis Barga Ltda.* para a inclusão de seus sócios no polo passivo (Agravo de Instrumento nº 0021960-95.2012.8.26.0000, j. 23.5.2012) ocasião em que manteve o indeferimento decretado pelo Juízo *a quo*, como se colhe dos termos da ementa do v. acórdão abaixo reproduzida:

> *"AGRAVO DE INSTRUMENTO. DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA. PRETENSÃO NEGADA EM 1º GRAU. Falta de provas a respeito da insolvência da agravada, bem como da ocorrência de confusão patrimonial, de desvio de finalidade da empresa, de infração à lei ou ao contrato social. Relação entre as partes que não é de consumo. Mera existência da dívida não é elemento suficiente para*

a aplicação da teoria da "Disregard of Legal Entity". *Ausência dos requisitos do art. 50 do Código Civil, aplicável à hipótese em exame, para que se proclame a desconsideração da personalidade jurídica da agravada. Precedentes jurisprudenciais. Decisão mantida. Agravo não provido."*

Ainda que alegados fatos novos junto ao Juízo de Primeiro Grau - como se colhe da reprodução dos documentos juntados às fls. 7/11 do instrumento, e que levou ao deferimento da desconsideração -, este Órgão Julgador mantém a mesmo entendimento antes manifestado, ou seja, não há, mesmo diante destes novos elementos, a demonstração do abuso da personalidade jurídica qualificado pelo desvio de finalidade ou confusão patrimonial de molde a permitir a desconsideração.

Válido destacar, ademais, que a inteligência do disposto no artigo 50 do Código Civil, interpretado pela "I Jornada de Direito Civil" promovida pelo Conselho da Justiça Federal resultou na edição do Enunciado nº 7 daquele estudo especializado, que dispõe "*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*". (com nossos destaques).

Não menos relevantes são as notas de Maria Helena Diniz em análise ao artigo 50 do Código Civil, ainda quando da tramitação do projeto do Novo Código, na obra coletiva "*Código Civil Comentado*", 6ª edição, Saraiva, coordenada por Ricardo Fiuza e Regina Beatriz Tavares da Silva, da qual se colhe, *in verbis*:

"*...Durante a tramitação no Senado, emenda do Senador Josaphat Marinho alterou a redação do artigo, fundindo caput e parágrafo único...O Senador Josaphat Marinho, ao justificar a sua emenda, registrou o seguinte: 'Os doutrinadores que julgam essa providência admissível no direito brasileiro salientam geralmente, que ela não envolve a anulação da personalidade jurídica em toda a sua extensão, mas apenas a declaração de sua ineficácia para determinado efeito em caso concreto' (Rubens Requião, Abuso de direito e fraude através da personalidade jurídica, in RT, v. 410, dez. 1969, p. 12, cit., p. 17)...*"

Assim, a despeito da desconsideração da personalidade jurídica decretada não ser objeto do presente recurso, o pedido de inclusão dos sócios no polo passivo, indeferido pelo Juízo *a quo*, devolve a matéria à análise do Tribunal - posto que, se há causa que alegadamente justifica a requerida inclusão de sócios, esta deve ser analisada pelo Órgão Julgador antes de determiná-la - e, respeitada a vedação da *reformatio in pejus*, ante os fundamentos acima expostos resta mantido o indeferimento da inclusão dos sócios no polo passivo da ação.

De outra parte, não prospera o inconformismo quanto à classificação da

Acesso ao Sumário

ação junto aos registros do Tribunal de Justiça. Está correta a classificação, uma vez que se trata de ação de conhecimento em fase de cumprimento de sentença (título judicial), e não de execução de título "extrajudicial" a amparar o pedido.

Não merece melhor sorte o pleito pela inclusão da empresa *Liceu Di Thiene Com. De Móveis* no polo passivo da demanda, com quem alegadamente mantém a executada "parceria ou grupo econômico".

Os elementos reproduzidos neste recurso apenas denotam parceria entre empresas, muito comum no ramo empresário, principalmente no que se refere às atividades de produção, comercialização e entrega de produtos em domicílio, nada justificando, diante das provas produzidas, a excepcional extensão da execução (fase de cumprimento) à empresa que sequer figurou na fase de conhecimento.

O que se verifica, pela análise das peças reproduzidas no instrumento (fls. 15/77), é que na fase de cumprimento a única providência executiva requerida pela credora é a penhora *on line* de numerário e, na frustração do método expropriatório escolhido, insiste na inclusão e responsabilização de terceiros sem efetiva demonstração de causa que a justifique, descuidando a credora de tentar as diversas outras possibilidades conferidas pelo ordenamento processual na busca da solução da dívida.

Essa conduta processual da credora, perfunctoriamente analisada, se revela desarrazoada, incongruente, descompromissada com o interesse efetivo na liquidação de um crédito, principalmente porque a devedora (pessoa jurídica) tem domicílio fixo e endereço de domínio ativo na internet, que noticia vendas para todo o Brasil, de produtos de razoável valor e que poderão ser expropriados.

Em verdade, a conduta processual da credora-agravante se mostra desconforme ao entendimento exposto no enunciado nº 9 da "I Jornada de Direito Comercial" promovida pelo Conselho da Justiça Federal, de cuja realização participou o Relator desse recurso, *in verbis*: "*Quando aplicado às relações jurídicas empresariais, o art. 50 do Código Civil não pode ser interpretado analogamente ao art. 28, § 5º, do CDC ou ao art. 2º, § 2º, da CLT.*".

Por estes motivos e nos termos supra, nega-se provimento ao recurso.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2106969-20.2014.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é agravante COMERCIAL CHOCOLÂNDIA LTDA., é agravado SANTOS CREDIT YIELD FUNDO DE INVESTIMENTO FINANCEIRO.

ACORDAM, em 19ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso, com observação, V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 26.912)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores RICARDO PESSOA DE MELLO BELLI (Presidente) e JOÃO CAMILLO DE ALMEIDA PRADO COSTA.

São Paulo, 29 de setembro de 2014.

RICARDO NEGRÃO, Relator

Ementa: SUCESSÃO EMPRESARIAL - Execução de título extrajudicial - Decisão judicial que entendeu existirem indícios da ocorrência de sucessão empresarial, não estando encerrada a controvérsia a respeito da responsabilidade, determinou a citação da agravante para pagamento da dívida no importe de R$ 12.076.237,61, no prazo de três dias - Alegação de não ter sido respeitada a dialética processual porque não sendo parte originária do processo, lhe foi suprimida a oportunidade de apresentar defesa, violando o direito ao contraditório - Descabimento - Mesmo não existindo a contratação formal de grupo societário, a integração de atividades, o vínculo de interesse ou o controle podem sugerir a presença de elementos suficientes à decretação da extensão de responsabilidade patrimonial a pessoas distintas - Hipótese na qual, não há como não reconhecer a ocorrência de grupo econômico entre a executada original, a agravante e as empresas Chocopar do Brasil Participações S.A., e Pontocom Participações S.A. - O Sr. Osvaldo Nunes, sócio da empresa executada, dá entrevista como sócio da empresa agravante, bem como recebe desta o valor de R$ 35.000,00 referente ao aluguel do imóvel comercial discutido, por se tratar de diretor e representante da empresa Pontocom Participações S.A., de forma que resta evidenciada a confusão patrimonial e o intuito de fraudar credores - Decisão mantida - Ademais, verifica-se que não houve o prejuízo alegado, pois nas informações prestadas, a nobre Magistrada esclareceu que, diante do pedido

Acesso ao Sumário

de reconsideração, foi dada oportunidade à agravante manifestar-se - Agravo de instrumento não provido, com observação.

Dispositivo: Negam provimento ao recurso, com observação.

VOTO

Agravo de instrumento interposto por Comercial Chocolândia Ltda., dirigido a r. decisão interlocutória proferida pela Dra. Caren Cristina Fernandes de Oliveira, MMª. Juíza de Direito da E. 2ª Vara Cível do Foro Regional do Ipiranga da Comarca de São Paulo, na execução de título extrajudicial promovida por Santos Credit Yield Fundo de Investimento Financeiro contra Comercial Dipapa Ltda..

A i. Juíza singular entendeu existirem indícios da ocorrência de sucessão empresarial, não estando encerrada a controvérsia a respeito da responsabilidade, determinou a citação da agravante para pagamento da dívida no importe de R$ 12.076.237,61, no prazo de três dias. Esclareceu que no caso de não pagamento, proceder-se-á ao bloqueio *on line* de eventuais ativos financeiros (fls. 32-33).

Inconformada, a empresa suplicante interpôs o presente agravo de instrumento alegando não ter sido respeitada a dialética processual porque não sendo parte originária do processo lhe foi suprimida a oportunidade de apresentar defesa, violando o direito ao contraditório.

Afirma que sem o contraditório não há como reconhecer a sucessão empresarial, de modo que patente a ilegalidade da decisão. Aponta que deve ser restabelecido o devido processo legal, e por isso a decisão combatida deve ser declarada nula, para confirmar seu direito ao contraditório e ampla defesa (fls. 1-23).

Preparo em fl. 157.

Instada a trazer peças essenciais ao pleno conhecimento da matéria (fls. 159-160), a agravante cumpriu a determinação (fls. 261-380). O efeito suspensivo pleiteado foi denegado pelo Relator (fls. 547-548).

Contraminuta alegando, preliminarmente, intempestividade e instrução deficitária do recurso, e no mérito, pelo não provimento (fls. 383-397).

É o relatório.

O recurso é tempestivo. Na decisão proferida aos 3 de julho de 2014, diante do comparecimento espontâneo da suplicante, a nobre Magistrada a considerou citada, e determinou que passaria a correr os prazos para pagamento ou apresentação de defesa em relação à decisão combatida (fl. 45).

Conforme consulta ao sistema interno deste E. Tribunal, a via digital do

Acesso ao Sumário

agravo de instrumento foi recebida aos 4 de julho de 2014. Assim, ao contrário do que quer fazer crer o recorrido, demonstrada a ciência de que a decisão mencionada foi proferida, tanto que uma cópia instruiu o recurso, o decêndio legal foi observado.

No mérito, o recurso não comporta provimento.

As provas documentais produzidas nos autos demonstraram claramente a existência de grupo econômico.

É de se lembrar que, mesmo não existindo a contratação formal de grupo societário, a integração de atividades, o vínculo de interesse ou o controle podem sugerir a presença de elementos suficientes à decretação da extensão de responsabilidade patrimonial a pessoas distintas.

Demonstrado "o entrelaçamento de operações e negócios, indicadores da existência de interesse de cunho econômico comprometedor da independência que deveria haver entre os patrimônios sociais" (Manual de Direito Comercial e de Empresa, Saraiva, 2004, 3º vol., p. 682), há de se considerar a existência fática de grupo econômico.

No caso concreto, não há como não reconhecer a ocorrência de grupo econômico entre a executada original, a agravante e as empresas Chocopar do Brasil Participações S.A., e Pontocom Participações S.A. que passamos a retratar:

1) Os objetos da empresa executada - comércio de mercadorias em geral, em rede de varejo (supermercados, lojas de departamento, etc. - fl. 418) e da empresa agravante - comércio varejista de mercadorias em geral, com predominância de produtos alimentícios - supermercados, comércio varejista de produtos alimentícios não especificados anteriormente, comércio atacadista especializado em outros produtos alimentícios não especificados anteriormente (fl. 429), se equivalem.

2) A empresa executada se localizou no endereço sito a Rua Silva Bueno, nº 240, Ipiranga, desde 14/09/1992 (fl. 418) até 18/08/2005 (fl. 420), sendo que é o atual endereço da matriz da agravante (fl. 436), que iniciou as atividades no local em 1º/9/2005 (fl. 429), bem como da empresa Chocopar do Brasil Participações S.A. (complemento sala 01, fls. 444 e 447).

3) Os dois sócios da executada (fls. 418-423) são os sócios fundadores da empresa recorrente (fl. 428), e ocupam cargos de 'diretores sem designação' na empresa Pontocom Participações S.A. (fl. 450).

4) Na empresa agravante, os dois sócios que sucederam os mencionados no item anterior (fl. 431), um deles posteriormente retirou-se, ingressando a Chocopar do Brasil Participações S.A. (fls. 431-432); um desses mencionados sócios, contudo, exerce o cargo de diretor e presidente na

Acesso ao Sumário

própria empresa Chocopar e, o outro, o cargo de diretor e vice-presidente (fls. 444-446).

5) Foi demonstrado que o Sr. Osvaldo Nunes, embora não conste mais como sócio da agravante, em entrevista para divulgação de determinada marca de chocolate, constou como sócio proprietário (fl. 437 – endereço eletrônico constante no texto original).

6) Enquanto a empresa executada teve o capital alterado de R$ 60.000,00 em 1998, para R$ 2.570.000,00 em 3/8/2004, para R$ 2.824.000,00 em 3/3/2005, reduzindo para R$ 314.000,00 em 2006, chegando ao valor de R$ 330.000,00 em 13/3/2006 (fls. 418-423), a agravante alterou de R$ 170.000,00 para R$ 2.180.000,00 (fls. 429-435) e a empresa Pontocom Participações S.A. de R$ 100,00 para R$ 1.761.100,00 (fls. 449-452).

7) A área em que localizada a sede empresa agravante pertencia aos dois sócios da empresa executada, tendo sido transferida, após fusão, para a empresa Pontocom Participações S.A. (fls. 455-545), salientando-se que as construções existentes foram demolidas, vindo a ser construído um prédio comercial, locado mensalmente para a agravante pelo valor de R$ 35.000,00 (fl. 69).

8) Pesquisa na rede mundial de computadores demonstra que a marca CHOCOLÂNDIA é de propriedade da executada, e foi cedida à agravante (fl. 427).

Assim, o Sr. Osvaldo Nunes, sócio da empresa executada, dá entrevista como sócio da empresa agravante, bem como recebe desta o valor de R$ 35.000,00 referente ao aluguel do imóvel comercial discutido, por se tratar de diretor e representante da empresa Pontocom Participações S.A., de forma que resta evidenciada a confusão patrimonial e o intuito de fraudar credores.

Cumpre ressaltar ainda que a decisão aqui proferida refere-se ao patrimônio das empresas pertencentes ao grupo econômico, mas não ao patrimônio dos sócios destas, pois os requisitos para tal ação não restaram demonstrados.

Assim, nenhuma modificação a fazer na decisão combatida, uma vez presentes os requisitos reconhecer a ocorrência de sucessão empresarial.

Neste sentido já houve entendimento deste Egrégio Tribunal de Justiça:

EXECUÇÃO - Reconhecimento de sucessão empresarial - Presente, na espécie, prova de fato indicativo de fraude, que autoriza a desconsideração da personalidade jurídica para determinar a citação da empresa Tríplice Comércio, Importação e Exportação de Pigmentos e Corantes Ltda. para os termos da ação de execução ajuizada contra Tríplice Cor Comércio, Importação e Exportação de Pigmentos e Corantes Ltda., em razão de sucessão empresarial - A prova documental constante dos autos é suficiente para caracterizar a existência de grupo econômico entre a executada

Acesso ao Sumário

Tríplice Cor Comércio, Importação e Exportação de Pigmentos e Corantes Ltda. e Tríplice Comércio, Importação e Exportação de Pigmentos e Corantes Ltda. e confusão patrimonial entre elas - Reforma da r. decisão agravada para o fim de reconhecer a sucessão empresarial de Tríplice Cor Comércio, Importação e Exportação de Pigmentos e Corantes Ltda. pela empresa Tríplice Comércio, Importação e Exportação de Pigmentos e Corantes Ltda. - Recurso provido. (Agrv. nº 2095252-11.2014.8.26.000, TJSP, 20ª Câmara de Direito Privado, Rel. Des. Rebello Pinho, julgado aos 04/08/2014, registrado aos 07/08/2014).

Cumpre ressaltar que não restou inequivocamente demonstrado que a agravada fatura R$ 120.000.000,00 (fl. 414), e que os sócios que sucederam os sócios da executada original no quadro social da agravante sejam realmente parentes, embora com o mesmo sobrenome.

Por fim, verifica-se que não houve o prejuízo alegado, pois nas informações prestadas, a nobre Magistrada esclareceu que, diante do pedido de reconsideração, foi dada oportunidade à agravante manifestar-se.

Ante todo o exposto, nega-se provimento ao recurso, com observação.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2085419-66.2014.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é agravante MATSUMOTO PAPELARIA E ARTIGOS DE ÉPOCA LTDA., é agravado REGINA INDÚSTRIA E COMÉRCIO S/A.

ACORDAM, em 16ª 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 23377)**

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

São Paulo, 16 de setembro de 2014.

JOVINO DE SYLOS, Relator

Ementa: Desconsideração da personalidade jurídica - Execução apoiada em duplicatas mercantis - Reconhecimento de sucessão empresarial - Presente prova de fato indicativo de fraude e confusão

Acesso ao Sumário

patrimonial entre a empresa executada e a ora agravante - Confirmação da solução singular, por suas apropriadas e fundamentadas razões - Aplicação do art. 252 do Regimento Interno deste TJSP - Agravo improvido.

VOTO

1. Cuida-se de agravo de instrumento contra o r. ato decisório de fls. 29 que, nos autos da embargada execução apoiada em duplicatas mercantis, exigindo pagamento da importância de R$ 2.223.225,35 atualizada para junho/2013 (fls. 44), após frustradas tentativas de penhora de bens da executada MATSUMOTO COMÉRCIO DE ARTIGOS PARA FESTA E PAPELARIA LTDA., inclusive através dos Sistemas BACENJUD e INFOJUD, deferiu à exequente agravada pedido de inclusão da ora agravante MATSUMOTO PAPELARIA E ARTIGOS DE ÉPOCA LTDA. no polo passivo do executório, por conseguinte ordenando a sua intimação e o bloqueio *on line* de seus ativos financeiros até o limite do débito exequendo.

2. Contra esse desfecho volta-se o presente agravo, em suma aduzindo a recorrente a inexistência de sucessão empresarial, fraude e confusão patrimonial, cujas questões demandam dilação probatória nos embargos ajuizados. Assevera que o encerramento da executada originária foi regular e logo após sua liquidação, além do que "não havia nos arquivos da extinta empresa, nem mesmo em apontamentos, nenhum registro que remetesse às duplicatas exequendas. A emissão delas era absolutamente desconhecida pelos ex-sócios, até serem citados" (fls. 07).

3. Formado o instrumento, o recurso foi recebido e processado com suspensividade (fls. 127), acusando resposta da recorrida a fls. 132. As informações judiciais estão a fls. 177.

É o relatório.

Acesso ao Sumário

4. A despeito das argumentações recursais, a solução singular merece prestígio pelas apropriadas e bem fundamentadas razões, as quais ficam inteiramente adotadas como motivação de decidir pelo improvimento deste agravo, inclusive nos termos do art. 252 do Regimento Interno deste E. TJSP.

5. Ficou bem claro no instrumento que o Magistrado "a quo" deu guarida à pretensão da exequente porque, "Considerando a documentação de fls. 2433/2456 (aqui fls. 103/125), demonstrando o encerramento irregular da empresa executada, bem como a sucessão empresarial da executada pela empresa MATSUMOTO PAPELARIA E ARTIGOS DE ÉPOCA LTDA. (aqui agravante), inscrita no CNPJ nº 14.781.138/0001-80, sendo os sócios os mesmos, idêntico objeto social e patrimônio, defiro a inclusão no polo

passivo da execução, considerada a confusão patrimonial e a tentativa de burlar o pagamento dos credores, em fraude à execução, determinando a intimação desta, bem como o bloqueio *on line* de seus ativos financeiros até o limite do débito exequendo descrito na inicial, eis que a penhora de valores prefere a de bens imóveis. Caso seja infrutífero o bloqueio ou insuficiente a quantia, será analisado o pedido de penhora de bens imóveis" (fls. 29).

6. Acresce a contraminuta, no sentido de que "todos os títulos que foram protestados foram emitidos em 2010, quando, portanto, a empresa executada era ativa e devidamente representada pelos seus sócios. Portanto, era evidente que a agravante tinha plena ciência da existência de referidos títulos e, portanto, do crédito exequendo, quando seus sócios optaram por encerrar irregularmente a empresa executada em 27.12.2011" (fls. 149).

7. Daí, como bem entendeu o magistrado singular, afigura-se presente "*in casu*" prova de fato indicativo de fraude, que autoriza a desconsideração da personalidade jurídica para determinar a inclusão da empresa recorrente no polo passivo da execução ajuizada, em razão de sucessão empresarial. E a prova documental constante dos autos ratifica o entendimento de confusão patrimonial entre a executada originária MATSUMOTO COMÉRCIO DE ARTIGOS PARA FESTAS E PAPELARIA LTDA. e a agravante MATSUMOTO PAPELARIA E ARTIGOS DE ÉPOCA LTDA., em destaque o fato de possuírem denominações sociais similares e ambas as empresas o mesmo objeto social.

8. Não é outro o comando do art. 596, § 1º, do CPC, que incumbe o sócio de nomear bens da empresa devedora, livres e desembaraçados, quantos bastem para pagar os débitos. E do art. 50 do atual Código Civil (Lei nº 10.406/02), o qual, em caso de abuso da personalidade jurídica, caracterizado pelo desvio de finalidade ou pela confusão patrimonial como certeiramente sustentado pela recorrida, faculta ao juiz decidir que os efeitos de certas e determinadas relações de obrigações, tal como se configura no caso presente, sejam estendidos aos bens particulares da empresa sucessora e dos administradores ou sócios da pessoa jurídica.

9. Nada por ora patenteado em contrário às irregularidades apontadas, realmente vinga o entendimento que autoriza alcançar os bens da empresa aqui agravante constituída quiçá para transferir os bens existentes e realmente fraudar credores. Nessas mesmas águas, a orientação jurisprudencial deste Sodalício: "Embargos de terceiro - Apelante (credora) pretendendo a manutenção da penhora on line de valor depositado em conta corrente pertencente à pessoa jurídica não devedora - Admissibilidade - Embora o Código de Processo Civil consagre como regra a responsabilidade patrimonial do devedor, na hipótese dos autos estão demonstrados indícios de confusão patrimonial e de sucessão de empresas - Semelhança entre razões sociais e sócios comuns à sociedade executada e a terceira embargante - Embargante que tem a empresa executada

Acesso ao Sumário

como sócia - Possibilidade de desconsideração inversa da personalidade jurídica para atingir bens da embargante por dívida da executada, uma vez caracterizada a confusão patrimonial entre elas pelos elementos constantes nos autos - Sentença reformada. Recurso provido" (Apelação n° 991.09.0033010 (7.362.539-5), REL. DES. FRANCISCO GIAQUINTO, j. 26.10.09).

10. Diante desse quadro, resolve-se manter incólume a solução combatida, inclusive por suas apropriadas razões.

11. Com esses fundamentos, revogando-se os efeitos da suspensividade de fls. 127, nega-se provimento ao recurso.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2125569-89.2014.8.26.0000, da Comarca de Dracena, em que é agravante EVANDRO GALINDO GARCIA, é agravado GAMALHIER CARDOSO CAVALHEIRO.

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 28.314)**

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

São Paulo, 14 de agosto de 2014.

RUY COPPOLA, Relator

EMENTA: Agravo de instrumento. Justiça Gratuita. Decisão de primeiro grau que revogou, *ex officio*, o benefício concedido. Possibilidade. Poder de cautela do magistrado, independentemente de impugnação da parte contrária. Exegese do art. 8º da Lei nº 1.060/50. Pobreza declarada que não encontra amparo nos elementos colacionados aos autos. Benefício legal que não pode ser transformado em isenção geral e irrestrita ao recolhimento das custas e despesas processuais. Recurso improvido.

Acesso ao Sumário

VOTO

Vistos,

Trata-se de agravo de instrumento extraído dos autos da ação de reparação de danos morais e materiais, movida por Evandro Galindo Garcia em face de Gamalhier Cardoso Cavalheiro, contra a r. decisão de fls. 20 que revogou, de ofício, a assistência judiciária concedida ao autor, determinando a expedição de ofício à Defensoria Pública do Estado de São Paulo - Seção de Presidente Prudente, bem como determinou o recolhimento das custas e despesas processuais devidas no prazo de 10 dias, sob pena de extinção do processo e inscrição da dívida.

Alega o agravante que a decisão é arbitrária, pois não há na legislação parâmetro que possa medir o nível de pobreza do cidadão, sendo certo que somente a parte contrária tem legitimidade para contestar que o outro não preenche os requisitos da lei, com o ônus de provar o alegado; sustenta que o fato de provar que é pobre, não encontra amparo na lei, mesmo porque o Supremo Tribunal Federal já firmou entendimento de que basta a simples afirmação para obtenção da assistência judiciária gratuita.

Recurso tempestivo.

É o relatório.

Em primeiro lugar, concedo ao agravante os benefícios da justiça gratuita, exclusivamente para fins de processamento do vertente recurso instrumental.

Contudo, o recurso improcede.

Isto porque não se vislumbram, na presente hipótese, os elementos necessários para a manutenção da gratuidade da justiça.

Não obstante o pedido de concessão dos benefícios da justiça gratuita tenha sido formulado na inicial, fundado na alegação de que não dispõe de recursos para custear o processo sem prejuízo do sustento próprio e de sua família, os elementos constantes nos autos levam à outro entendimento.

Aliás, ao contrário do alegado, é plenamente possível a revogação do benefício, "*ex officio*", como bem determina o art. 8º da Lei nº 1.060/50.

Explico. Exigir apenas a declaração firmada pela parte a ser beneficiada vem gerando diversos abusos pelos litigantes, o que demanda maior cautela do magistrado no deferimento ou manutenção do benefício, exigindo a sua atuação de ofício, como ocorre *in casu*, independentemente de impugnação da parte adversa.

Assim já decidiu o Superior Tribunal de Justiça:

"PROCESSO CIVIL - GRATUIDADE DA JUSTIÇA (LEI 1.060/50).

1. A presunção contida no art. 4º da Lei 1.060/50, quanto à declaração de pobreza, dispensa o requerente de comprovação.

Acesso ao Sumário

2. Possibilidade de exigir-se prova quando assim o entender o magistrado, ou quando houver impugnação da parte contrária.

3. O juiz pode, de ofício, exigir comprovação, se não se satisfez com a mera afirmação.

4. Recurso especial provido." (STJ, 2ª Turma, REsp nº 465.966-RS, Rel. Min. Eliana Calmon, j. 09.12.2003, DJU 08.03.2004, p. 211).

"PROCESSUAL CIVIL. ART. 535 DO CPC. ALEGAÇÃO GENÉRICA. BENEFÍCIO DA GRATUIDADE JUDICIÁRIA REVOGADO. ACÓRDÃO RECORRIDO. APLICAÇÃO DA PENA DE DESERÇÃO. RECURSO QUE IMPUGNOU A DECISÃO REVOGATÓRIA DO BENEFÍCIO DA PARTE. FALTA DE OPORTUNIDADE DE REGULARIZAÇÃO DO PREPARO.

1. É impossível conhecer-se do recurso especial pela alegada violação do artigo 535 do CPC em casos nos quais a arguição é genérica, por incidir a Súmula 284/STF, assim redigida: 'É inadmissível o recurso extraordinário, quando a deficiência na fundamentação não permitir a exata compreensão da controvérsia'.

2. Esta Corte admite que o magistrado revogue *ex officio* o benefício da assistência judiciária gratuita, caso haja modificação de seus pressupostos, ressalvada a possibilidade de oitiva da parte requerente para fins de regularização do preparo, providência inocorrente na hipótese. Precedentes.

3. Recurso especial provido." (STJ, 2ª Turma, REsp nº 1.196.015 - MG, Rel. Min. Castro Meira, j. 10.08.2010).

No caso dos autos, bem asseverou o ilustre magistrado "*a quo*" ao revogar o benefício concedido:

"O autor alega ter tido problemas na construção do seu imóvel residencial.

Afirma que contratou os serviços do réu pelo valor de R$ 78.500,00.

Observa-se que o autor é policial militar e apresenta bens de grande valor, sendo que não há nada nos autos que indique que o pagamento das custas e despesas processuais irá prejudicar a subsistência do demandante e de sua família".

Ademais, relevante anotar que a intenção da Lei é beneficiar o realmente pobre, o necessitado, aquele que não pode dispor dos valores sem comprometer o próprio sustento ou de sua família.

A condição de indigência que integra a definição do necessitado da Assistência Judiciária Gratuita não pode ser invocada por qualquer pessoa, em extensão equivocada do conceito, porque implica em alterar o pensamento e a finalidade da lei.

Não existe presunção definitiva de pobreza pela simples declaração do interessado no benefício: "O juiz da causa, valendo-se de critérios objetivos, pode entender que a natureza da ação movida pelo impetrante demonstra que ele possui porte econômico para suportar as despesas do processo. A declaração pura e simples do interessado, conquanto seja o único entrave burocrático que

Acesso ao Sumário

se exige para liberar o magistrado para decidir em favor do peticionário, não é prova inequívoca daquilo que se afirma, nem obriga o juiz a se curvar aos seus dizeres se de outras provas ou circunstâncias ficar evidenciado que o conceito de pobreza que a parte invoca não é aquele que justifica a concessão do privilégio. Cabe ao magistrado, livremente, fazer juízo de valor acerca do conceito do termo pobreza, deferindo ou não o benefício". (*in* "Código de Processo Civil Comentado e legislação processual civil extravagante em vigor", Nelson Nery Junior e Rosa Maria Andrade Nery, Ed. RT, 3ª ed., pág. 1.310).

Por derradeiro, nada obstante a declaração de pobreza firmada, imprescindível para a parte litigar às expensas do Estado, a narrativa fática exposta na inicial, bem como os documentos lá acostado, indicam que o autor tem condições de arcar com as custas processuais.

Assim, diante dos elementos de prova colacionados aos autos, não há como se conceder ao autor os benefícios da gratuidade da justiça.

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

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2085851-85.2014.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é agravante BANCO ITAULEASING S/A, é agravado E.A. RIBEIRO COMUNICAÇÃO VISUAL – ME.

ACORDAM, em 27ª 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 da Relatora, que integra este acórdão. **(Voto nº 220)**

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

São Paulo, 19 de agosto de 2014.

ANA CATARINA STRAUCH, Relatora

Ementa: AGRAVO DE INSTRUMENTO - AÇÃO DE REINTEGRAÇÃO DE POSSE COM PEDIDO LIMINAR - INADIMPLEMENTO DE CONTRATO DE ARRENDAMENTO MERCANTIL - Magistrada que, ao apreciar o pedido de concessão de liminar em ação de reintegração de posse com base em contrato

Acesso ao Sumário

de arrendamento mercantil, impõe exigências extras que vão além da discussão possessória, mas que adentram na seara da discussão contratual - Basta a comprovação da mora ou do inadimplemento para a concessão, *initio litis*, da liminar de apreensão do bem objeto da garantia. RECURSO PROVIDO.

VOTO

Vistos.

Trata-se de agravo de instrumento interposto contra a r. decisão de fls. 40/42 que, nos autos da ação de reintegração de posse com pedido liminar movida por "*Banco Itauleasing S/A*" contra "*E.A. Ribeiro Comunicação Visual*", impôs diversas condições para concessão da referida medida.

A agravante/autora alega, em suas razões, a desnecessidade da série de exigências impostas pelo Juízo, impugnando, especificamente, a determinação de realização de operação de deságio das parcelas vincendas do contrato financeiro entabulado com o agravado/réu.

O recurso é tempestivo e foi corretamente preparado.

Dispensável a manifestação do agravado, pois sequer foi citado.

É o brevíssimo relatório.

O recurso comporta provimento.

A agravante/autora ajuizou ação de reintegração de posse com pedido liminar, em decorrência de inadimplemento de contrato de arrendamento mercantil.

Juntamente com a inicial, a apelante/autora juntou o instrumento contratual firmado com a ré/agravada (fls. 20/30) e cópia da notificação extrajudicial encaminhada e recebida no endereço constante do contrato (fls. 31/33). Na oportunidade, requereu concessão de medida liminar para que o bem objeto da garantia fosse, *inaudita altera pars*, apreendido.

A decisão liminar do d. juízo *a quo*, ora recorrida (fls. 40/42), determinou: (i) especificar o percentual de encargos diários incidentes no montante da dívida; (ii) o valor do deságio das parcelas vincendas e (iii) que se atribua novo valor à causa.

Pois bem.

A decisão impugnada, de fato, foi além dos limites impostos pela lei para a concessão da medida em sede de ação possessória, eis que impôs requisitos desnecessários para a concessão do pleito formulado pela agravante/autora em sua inicial.

Salienta-se, por conseguinte, a desnecessidade da discussão sobre

cláusulas e cobrança de parcelas, já que não se trata de uma ação de conhecimento visando à cobrança de valores inadimplidos, mas sim ação cujo mérito diz respeito unicamente à obtenção da posse do bem objeto da garantia, sendo a inadimplência mera causa para autorizar a inversão possessória.

Assim, uma vez caracterizada a mora pelo inadimplemento, o contrato está automaticamente rescindido pela cláusula resolutória expressa, tornando injusta a posse do bem pela ré.

Sobre o tema, menciona-se o julgado deste Tribunal, proferido nos autos do Agravo de Instrumento nº 9116897-85.2005.8.26.0000, Rel. Des. Flávio Fenoglio Guimarães, 34º Câmara de Direito Privado, julgado em 09/06/2006:

> "*ARRENDAMENTO MERCANTIL - REINTEGRAÇÃO DE POSSE - MORA CONFIGURADA - SENTENÇA MANTIDA. Restando a mora configurada e em razão da natureza reipersecutória da ação de reintegração de posse, descabe discussão sobre cláusulas contratuais, encargos, antecipação de parcelas vencidas ou mesmo venda extrajudicial do bem reintegrado. Apelação improvida.*"

Pelo exposto, ficam superadas as exigências da d. magistrada *a quo*.

Nestes termos, DOU PROVIMENTO ao agravo de instrumento interposto, concedendo-se a medida liminar requerida, vez que preenchidos os requisitos básicos e necessários para sua ocorrência.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2069258-15.2013.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que são agravantes OPTIGERA S/A e L&S PAR LTDA., é agravada ALUPAR INVESTIMENTO S/A.

ACORDAM, em 2ª Câmara Reservada de Direito Empresarial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "De ofício, extinguiram o processo sem o julgamento do mérito. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Votos nºs 17576 e 17579)**

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

São Paulo, 25 de agosto de 2014.

JOSÉ REYNALDO, Relator

Ementa: Arbitragem – Compromisso arbitral – Questões acerca da existência, validade e eficácia

Acesso ao Sumário

da cláusula compromissória que devem ser primeiramente dirimidas perante o Juízo Arbitral – Impossibilidade do uso da via judicial para obstar a instalação do juízo arbitral e impedir o seu desenvolvimento – Inviabilidade da pretensão da parte de ver declarada a nulidade da cláusula arbitral – Possibilidade de discussão judicial futura, visando decretação de nulidade da sentença arbitral – Artigo 8º, parágrafo único e 33 da Lei nº 9.307/96 – Falta de interesse processual – Carência da ação verificada – Extinção do processo sem julgamento do mérito determinada de ofício – Agravo de instrumento e agravo regimental prejudicados, com determinação.

VOTO

Insurgem-se as agravantes, requeridas em ação declaratória de inexistência de cláusula arbitral, contra decisão que concedeu a antecipação da tutela postulada na inicial para sobrestar o procedimento arbitral em trâmite perante a Câmara de Conciliação, Mediação e Arbitragem da CIESP/FIESP.

Alegam as recorrentes a ausência dos requisitos legais para a concessão da tutela pretendida, uma vez que a própria agravada manifestou expressamente sua vontade de submeter as controvérsias oriundas do contrato de compra e venda celebrado entre as partes à Câmara de Arbitragem da FIESP, inclusive sobre sua existência, validade e eficácia, aplicando-se o disposto no artigo 8º, parágrafo único da Lei de Arbitragem (Lei nº 9.307/96). Entendem, assim, que o ajuizamento da demanda opondo-se à cláusula compromissória, que foi por ela mesma redigida constitui *venire contra factum proprium*, encerrando conduta contraditória e violando o princípio da boa-fé objetiva (artigo 422 do Código Civil). Apontam que a agravada suscitou a incompetência da Câmara de Arbitragem da FIESP, tendo o Presidente da referida entidade determinado que a questão deveria ser dirimida pelo árbitro. Sustentam ainda que a discussão quanto à competência da jurisdição arbitral cabe, num primeiro momento, ao próprio Tribunal Arbitral, sendo reservado ao Poder Judiciário analisar a sentença proferida pelo Tribunal Arbitral em momento posterior, inexistindo, portanto, prejuízo em decorrência do prosseguimento do procedimento arbitral. Colaciona julgados sobre a matéria. Pede a concessão de efeito suspensivo ao recurso, e ao final, o seu provimento, com a reforma da decisão agravada.

Recurso processado com a suspensividade postulada, para sustar o andamento da ação declaratória até o pronunciamento da E. Câmara, dispensadas das informações do juízo e apresentada resposta da parte agravada, com pedido de desprovimento.

Acesso ao Sumário

A agravada interpôs agravo regimental buscando a reforma da decisão do Relator que concedeu o efeito suspensivo ao recurso, objetivando o prosseguimento da ação principal por ela ajuizada.

É o relatório.

Primeiramente cumpre observar que o agravo regimental interposto pela agravada resta prejudicado pelo julgamento do agravo de instrumento.

A agravada ajuizou ação declaratória de inexistência de cláusula arbitral alegando não reconhecer a validade do "contrato de compra e venda de direitos e obrigações da PCH Verde 3", de 1º de agosto de 2011, que estabelecia, em sua cláusula compromissória, a Câmara de Mediação e Arbitragem de São Paulo da FIESP (atualmente denominada Câmara de Conciliação, Mediação e Arbitragem CIESP/FIESP) como competente para dirimir eventuais questões ou disputas provenientes do contrato citado, o qual afirma não aperfeiçoado porque não assinado pelas agravantes e que foi por ela cancelado posteriormente à sua assinatura, reconhecendo a validade do instrumento que o antecedeu – o MOU (Memorando de Entendimentos e Negociação Exclusiva da PCH Verde 3) – que, em sua cláusula 14 estabeleceu a submissão à mediação do Centro de Arbitragem da Câmara de Comércio Brasil-Canadá (CCBC) para dirimir eventuais questões oriundas do instrumento, inclusive sobre sua existência, validade e eficácia. Pede a concessão da antecipação parcial da tutela final visando o sobrestamento do procedimento arbitral CMA 297, em trâmite perante a Câmara de Conciliação, Mediação e Arbitragem CIESP/FIESP, e ao final, a procedência da ação, para o fim de declarar a inexistência da cláusula arbitral do "Contrato de Compra e Venda de Direitos e Obrigações da PCH Verde 3".

A arbitragem é uma das formas de solução de litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis regulada pela Lei nº 9.307/96 que estabelece, em seus artigos 1º a 3º, a possibilidade de sua eleição por pessoas capazes de contratar e os critérios de tal pactuação, mediante compromisso arbitral ou cláusula arbitral.

No presente, a agravada afirma, na petição inicial (fls. 244, 264), que as partes elegeram a arbitragem como forma de solução de questões oriundas do Memorando de Entendimentos e Negociação Exclusiva da PCH Verde 3 firmado entre as partes, a ser instaurado perante o Centro de Arbitragem da Câmara de Comércio Brasil-Canadá (CCBC).

O objeto da lide ajuizada pela agravada é a declaração de inexistência da cláusula arbitral constante do "contrato de compra e venda de direitos e obrigações da PCH Verde 3", de 1º de agosto de 2011 (fls. 195/202), que assim estabeleceu:

MEDIAÇÃO E ARBITRAGEM

Cláusula Nona: As partes estabelecem que todas as questões oriundas deste Contrato, inclusive sobre sua existência, validade e eficácia, serão

Acesso ao Sumário

submetidas à Câmara de Mediação e Arbitragem de São Paulo da FIESP – Federação das Indústrias do Estado de São Paulo. Se a mediação não puser fim ao conflito, este será solucionado por este mesmo órgão, segundo suas regras próprias, por um (1) único árbitro indicado por seu Presidente. A disputa será solucionada com base nos termos deste contrato e, apenas na omissão dele, na legislação em vigor nesta data. Eventuais audiências serão realizadas na cidade de São Paulo.

E, conforme estabelecido na Lei nº 9.307/96:

Art. 8º A cláusula compromissória é autônoma em relação ao contrato em que estiver inserta, de tal sorte que a nulidade deste não implica, necessariamente, a nulidade da cláusula compromissória.

Parágrafo único. Caberá ao árbitro decidir de ofício, ou por provocação das partes, as questões acerca da existência, validade e eficácia da convenção de arbitragem e do contrato que contenha a cláusula compromissória.

Referida disposição legal consagra o denominado princípio do "kompetenz-kompetenz", determinando a competência do próprio árbitro para decidir quanto à competência do Juízo Arbitral para dirimir o conflito existente entre as partes.

Disso resulta que cabe primeiramente ao árbitro, e não ao Poder Judiciário, a análise e decisão quanto à existência, validade e eficácia da cláusula compromissória objeto da ação declaratória ajuizada pela agravada, restando a possibilidade de discussão judicial futura, visando a decretação de nulidade da sentença arbitral proferida, nos casos previstos na legislação (artigo 33 da Lei nº 9.307/96).

Nesse sentido, o entendimento do C. Superior Tribunal de Justiça:

DIREITO PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL PREMATURO. REABERTURA DE PRAZO RECURSAL. RATIFICAÇÃO. PARTE SEM PODERES PARA A PRÁTICA DESSE ATO PROCESSUAL. ADITAMENTO DE RECURSO ESPECIAL. IMPOSSIBILIDADE. DIREITO CIVIL. ARBITRAGEM. PRETENSÃO DE INVALIDAÇÃO DO COMPROMISSO ARBITRAL. INADMISSIBILIDADE DE JUDICIALIZAÇÃO PREMATURA DO TEMA.

1.– Nos termos da Súmula 418/STJ: É inadmissível o recurso especial interposto antes da publicação do acórdão dos embargos de declaração, sem posterior ratificação.

2.– Inadmissível a uma das partes a ratificação das razões de recurso especial apresentadas por outra.

3.– Não se admite, em sede de recurso especial, a alegação de ofensa a dispositivo da Constituição Federal.

4.– Nos termos do artigo 8º, parágrafo único, da Lei de Arbitragem, a alegação de nulidade da cláusula arbitral, bem como, do contrato que a contém, deve ser submetida, em primeiro lugar, à decisão arbitral, sendo inviável a pretensão da parte de ver declarada a nulidade da convenção de arbitragem antes de sua instituição, vindo ao Poder Judicial sustentar defeitos de cláusula livremente pactuada pela qual se comprometeu a aceitar a via arbitral, de modo que inadmissível a prematura judicialização estatal da questão.

5.– Recursos especiais improvidos. (REsp 1355831/SP, Rel. Min. Sidnei Beneti, 3ª T., j. 19/03/2013, DJe 22/04/2013).

PROCESSO CIVIL. CONVENÇÃO ARBITRAL. VIOLAÇÃO AO ART. 535 DO CPC NÃO CONFIGURADA. ANÁLISE DA VALIDADE DE CLÁUSULA COMPROMISSÓRIA "CHEIA". COMPETÊNCIA EXCLUSIVA DO JUÍZO CONVENCIONAL NA FASE INICIAL DO PROCEDIMENTO ARBITRAL. POSSIBILIDADE DE EXAME PELO JUDICIÁRIO SOMENTE APÓS A SENTENÇA ARBITRAL.

1. Não ocorre violação ao artigo 535 do Código de Processo Civil quando o Juízo, embora de forma sucinta, aprecia fundamentadamente todas as questões relevantes ao deslinde do feito, apenas adotando fundamentos divergentes da pretensão do recorrente. Precedentes.

2. A cláusula compromissória "cheia", ou seja, aquela que contém, como elemento mínimo a eleição do órgão convencional de solução de conflitos, tem o condão de afastar a competência estatal para apreciar a questão relativa à validade da cláusula arbitral na fase inicial do procedimento (parágrafo único do art. 8º, c/c o art. 20 da LArb).

3. De fato, é certa a coexistência das competências dos juízos arbitral e togado relativamente às questões inerentes à existência, validade, extensão e eficácia da convenção de arbitragem. Em verdade – excluindo-se a hipótese de cláusula compromissória patológica ("em branco") –, o que se nota é uma alternância de competência entre os referidos órgãos, porquanto a ostentam em momentos procedimentais distintos, ou seja, a possibilidade de atuação do Poder Judiciário é possível tão somente após a prolação da sentença arbitral, nos termos dos arts. 32, I e 33 da Lei de Arbitragem.

4. No caso dos autos, desponta inconteste a eleição da Câmara de Arbitragem Empresarial Brasil (CAMARB) como tribunal arbitral para dirimir as questões oriundas do acordo celebrado, o que aponta forçosamente para a competência exclusiva desse órgão relativamente à análise da validade da cláusula arbitral, impondo-se ao Poder Judiciário a extinção do processo sem resolução de mérito, consoante implementado

Acesso ao Sumário

de forma escorreita pelo magistrado de piso. Precedentes da Terceira Turma do STJ.

5. Recurso especial provido. (REsp 1278852/MG, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, 4ª T., j. 21/05/2013, DJe 19/06/2013).

Do mesmo modo o entendimento das Câmaras integrantes do Grupo Reservado de Direito Empresarial:

Medida cautelar aforada antes de instalada a arbitragem. Inadmissibilidade de ser processada a providência na justiça estatal, por constituir usurpação da competência. Predomínio da cláusula compromissária, cabendo encaminhar os interessados para os árbitros, evitando a instabilidade da disputa de competência e que contribui para a insegurança jurídica e ruptura do direito adquirido contratual. Medida cautelar intentada com escopo de esvaziar o conteúdo das matérias a serem debatidas e decididas pela arbitragem. Extinção mantida, remetidos os autos. (Ap. 0205403-40.2012.8.26.0100, Rel. Enio Zuliani, 1ª Câmara Reservada de Direito Empresarial, j. 23/04/2013, reg. 25/04/2013).

ARBITRAGEM. AÇÕES CAUTELAR E PRINCIPAL QUE BUSCAM, RESPECTIVAMENTE, A SUSPENSÃO DO PROCEDIMENTO ARBITRAL E SUA NULIDADE. Impossibilidade de manifestação pelo Poder Judiciário. Arbitragem que é exceção ao princípio do livre acesso à justiça ou da inafastabilidade da jurisdição. Questões relativas à existência, validade e eficácia da convenção de arbitragem e do contrato que possui a cláusula compromissória devem ser apreciadas pelo árbitro. Regra do "kompetenz kompetenz". Princípio da autonomia do Juízo Arbitral. Art. 8º "caput" e parágrafo único, da Lei 9.307/1996. Agravante que não teve tolhido qualquer direito acerca da nomeação do árbitro, na medida em que houve notificação da Câmara Arbitral garantindo-lhe tal faculdade. Participantes da arbitragem que possuem meios hábeis a demonstrar, de forma fundamentada, sua discordância perante o juízo arbitral, consoante arts. 14, 15, 19 e 20 da Lei da Arbitragem, inclusive, se o caso, ulteriormente, por eventual afronta ao art. 21, § 2º, nos termos do artigo 32 do mesmo Diploma Legal. Restando à parte a possibilidade de discutir perante árbitro ou câmara arbitral, de forma ampla, assuntos, teses e argumentos passíveis de irregularidades, mostra-se prematuro o ajuizamento de demanda perante o Poder Judiciário. Arguição de extinção do processo sem resolução do mérito em contraminuta. Art. 267, inciso VII. Processos, cautelar e principal, extintos sem resolução do mérito. (AI 0037936-45.2012.8.26.0000, Rel. Roberto Mac Cracken, 2ª Câmara Reservada de Direito Empresarial, j. 19/06/2012, reg. 05/07/2012).

Observa-se, ainda, que a questão da competência da Câmara de

Acesso ao Sumário

Conciliação, Mediação e Arbitragem CIESP/FIESP para análise acerca da existência, validade e eficácia da cláusula compromissória objeto da lide já restou suscitada pela agravada junto ao procedimento CMA 297, tendo o Presidente do referido Juízo Arbitral assim se pronunciado:

1. No caso, a decisão sobre a competência da Câmara depende do exame da questão da validade e eficácia da convenção de arbitragem e do contrato que contém a cláusula compromissória.

2. Sendo assim, essa questão e outras suscitadas pelas partes devem ser resolvidas pelo Árbitro, nos termos do parágrafo único do art. 8º da Lei nº 9.307, de 23.09.1996.

3. E tendo a cláusula compromissória previsto a atuação de Árbitro único, nomeado pelo Presidente da Câmara, como informa a Secretaria Geral, nomeio para tal fim o Dr. Luiz Olavo Baptista, que deve ser notificado a respeito.

4. Ciência às Partes e seus Advogados.

Sydney Sanches

Presidente (fls. 233).

Instituído o procedimento arbitral figurando as agravantes como requerentes e a agravada como requerida, foi dado prosseguimento com a assinatura do termo de independência pelo árbitro nomeado (fls. 238).

Assim considerado, reconhece-se a ausência de interesse processual superveniente, sendo, de rigor a extinção do processo sem julgamento do mérito.

Ante o exposto, com fundamento no artigo 267, VI do Código de Processo Civil, reconhece-se de ofício a superveniente ausência de interesse processual da agravada, extinguindo o processo sem julgamento do mérito, com a condenação da agravada ao pagamento das custas processuais e honorários de advogado arbitrados em R$ 10.000,00 (artigo 20, § 4º do Código de Processo Civil), com atualização a contar da publicação do v. acórdão, prejudicado o agravo de instrumento.

Por estes motivos, julgam-se prejudicados os recursos, com determinação.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2019308-03.2014.8.26.0000, da Comarca de Matão, em que é agravante SUPERMERCADO SÃO LUCAS DE MATÃO LTDA. (EM RECUPERAÇÃO JUDICIAL), é agravado ORESTE DE SOUZA LASPRO (ADMINISTRADOR JUDICIAL).

ACORDAM, em 2ª Câmara Reservada de Direito Empresarial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto da Relatora, que integra este acórdão. **(Voto nº 21135)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores JOSÉ REYNALDO (Presidente) e RAMON MATEO JÚNIOR.

São Paulo, 25 de agosto de 2014.

LÍGIA ARAÚJO BISOGNI, Relatora

Ementa: RECUPERAÇÃO JUDICIAL – Plano aprovado por assembleia de credores – Verificação de sua legalidade pelo Poder Judiciário – Possibilidade – Alegada diferença de tratamento entre credores – Legalidade da criação de subclasses – Ausência de qualquer manobra para direcionar a assembleia, atingir quóruns legais e penalizar severa e injustificadamente determinados credores – Recurso provido.

VOTO

1. Trata-se de agravo de instrumento tirado por Supermercado São Lucas de Matão Ltda. contra a r. decisão reproduzida às págs. 23/24 que deixou de homologar seu plano de recuperação judicial, apesar de aprovado por votação unânime, em razão de tratamento diferenciado a credores integrantes de uma mesma classe (quirografário), e determinou a apresentação de novo plano no prazo de 30 (trinta) dias, com pretensão de atribuição de efeito suspensivo ao recurso. Recurso bem processado, com resposta do agravado e parecer da d. Procuradoria Geral de Justiça pelo provimento do recurso.

2. Não resta dúvida que a Lei nº 11.101/05 conferiu aos credores efetiva participação no processo de recuperação judicial, não importando, todavia, tal fato na consequência de tornar o magistrado mero homologador das decisões assembleares, porque, apesar de a assembleia ser soberana na análise de seus interesses, as decisões efetivamente devem repassar pelo crivo do Judiciário.

Assim, muito embora contrário ao entendimento do ora agravante, pode sim a assembleia-geral tomar medidas que realmente viabilizem a recuperação da empresa e o efetivo pagamento dos credores. Tal fato, todavia, não quer dizer que a decisão tomada não possa ser discutida judicialmente, principalmente para fins de aferição de conformidade com os ditames da lei.

Nesse sentido: "RECURSO ESPECIAL. RECUPERAÇÃO JUDICIAL.

Acesso ao Sumário

APROVAÇÃO DE PLANO PELA ASSEMBLEIA DE CREDORES. INGERÊNCIA JUDICIAL. IMPOSSIBILIDADE. CONTROLE DE LEGALIDADE DAS DISPOSIÇÕES DO PLANO. POSSIBILIDADE. RECURSO IMPROVIDO. 1. A assembleia de credores é soberana em suas decisões quanto aos planos de recuperação judicial. Contudo, as deliberações desse plano estão sujeitas aos requisitos de validade dos atos jurídicos em geral, requisitos esses que estão sujeitos a controle judicial. 2. Recurso especial conhecido e não provido." (REsp 1.314.209-SP, Relatora MINISTRA NANCY ANDRIGHI).

No que se refere ao aspecto da violação do princípio da igualdade entre os credores quirografários, efetivamente há entendimento dos tribunais e desta Câmara Empresarial no sentido da legalidade da criação de subclasses. O que não se tolera, diante de sua manifesta ilicitude, é a divisão em subclasses como manobra para direcionar a assembleia, atingir quóruns legais e penalizar severa e injustificadamente determinados credores.

No caso concreto, o plano de recuperação, com as modificações apresentadas, foi aprovado por 100% dos créditos das classes I e III, excluído o Banco Itaú S/A, na forma prevista no artigo 45, § 3º da Lei 11.101/05, de modo que as condições excepcionais conferidas aos credores quirografários Banco HSBC e LATICÍNIOS MATINAL foram expressamente ressalvadas quando da aprovação do plano, *in verbis*: "a representante do credor Banco HSBC, pediu a modificação do plano ora apresentado, nos seguintes termos: carência de 3 (três) meses contados da homologação do plano de recuperação judicial; deságio de 30 (trinta) por cento sobre o valor constante da relação de credores; prazo de 5 (cinco) anos; pagamento em parcelas, fixas e sucessivas; atualização monetária pela TR, e acrescido de juros de 1% ao mês, contados da data da homologação do plano. Sugeriu ainda o representante do credor Laticínios Matinal, seja seu crédito pago da seguinte forma: valor do crédito constante da relação de credores, pago em parcela única, sem deságio, 7 (sete) dias a partir da homologação do plano. Concedida a palavra ao advogado da recuperanda, este manifestou sua concordância com as propostas apresentadas, esclarecendo que todos os demais credores se sujeitassem ao Plano de Recuperação Judicial apresentado e protocolizado nos autos desta Recuperação Judicial" (pág. 31).

Nessa linha, a D. Procuradoria de Justiça conclui em seu parecer que "a hipótese dos autos contém particularidades que recomendam a homologação do plano apresentado. Por certo que a aprovação unânime do plano, seja pelos credores trabalhistas, seja pelos quirografários presentes ao conclave assemblear, impressiona. Cumpre acrescentar que os créditos trabalhistas não são de monta. São poucos credores, alguns com valores abaixo de 1 salário mínimo (fls. 34). No que toca aos quirografários, especialmente Laticínios Matinal Ltda., que pretensamente estaria sendo privilegiado em detrimento dos

Acesso ao Sumário

demais, ao que parece, trata-se de fornecedor, essencial para o prosseguimento das atividades da recuperanda, um supermercado, sem contar que o crédito não é significativo (R$ 8.799,64), sem esquecer que o objetivo da recuperação judicial é possibilitar o soerguimento da empresa em momentânea dificuldade financeira, com a conservação da fonte produtora e estimulação da atividade econômica" (pág. 90/91).

Realmente, no caso, não houve qualquer manobra da recuperanda, principalmente porque o tratamento diferenciado em relação aos credores HSBC e Laticínio Matinal, embora pertencentes à mesma classe, foi proposto pelos próprios credores e contou com a aprovação de 100% do total dos créditos (págs. 38/43), não só na classe quirografários, mas também nas outras classes de credores.

Pelo exposto, afastado o óbice quanto à homologação do respectivo plano relativamente ao tratamento diferenciado entre os credores, dou provimento ao recurso.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2125105-65.2014.8.26.0000, da Comarca de Santos, em que é agravante HAMBÜRG SÜDAMERIKANISCHE DAMPFSCHIFFAHRTSGESELLCHAFT KG., é agravado ESSEX TRADE COMÉRCIO, IMPORTAÇÃO E EXPORTAÇÃO 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 29.658)**

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

São Paulo, 27 de agosto de 2014.

SEBASTIÃO FLÁVIO, Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: DIREITO CIVIL. Obrigações. Transporte marítimo. Demurrage. Antecipação dos efeitos da tutela jurisdicional para devolução de contêineres. Ausência de risco de dano irreparável que justifique a medida neste momento e sem manifestação da parte

contrária. Hipótese que, por outro lado, é de ação de condenação a pagamento de soma em dinheiro apenas e não de obrigação de fazer. Decisão mantida. Recurso denegado.

VOTO

Agravo de autora, de r. decisão que, nos autos do processo da demanda de condenação a pagamento a indenização por sobreestadia de contêineres, indeferiu o pedido de antecipação dos efeitos da tutela jurisdicional para devolução de contêineres, em cinco dias sob pena de incidência de multa.

Bate-se a agravante por solução inversa, sob fundamento de que estão preenchidos os requisitos dos artigos 273 e 461 do Código de Processo Civil, bem como que estaria evidente o inadimplemento contratual, uma vez que os contêineres ns. SUDU7395494, SUDU7320495 e SUDU3913255, utilizados pela agravada, não teriam sido devolvidos, incidindo sobreestadia diária.

Recurso regularmente processado.

É o relatório.

A hipótese tratada nestes autos discute a concessão de antecipação dos efeitos da tutela para que sejam devolvidos os contêineres ns. SUDU7395494, SUDU7320495 e SUDU3913255, sob pena de multa diária.

A concessão da tutela antecipada tem legitimidade no sistema positivo, desde que comprovado o preenchimento dos requisitos legais, quais sejam, demonstração de prova inequívoca a permitir que o juízo se convença da verossimilhança da alegação, e o fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação, como é, aliás, a previsão do artigo 273 do Código de Processo Civil.

Diante dos documentos que formam o instrumento, é possível verificar que os contêineres em discussão foram entregues pela transportadora e não teriam sido devolvidos.

Embora haja indícios de verossimilhança de ditas alegações, o que, porém, apenas poderá ser confirmado após a manifestação da parte contrária, não se vislumbra risco de dano irreparável ou de difícil reparação autorizador da medida.

Pelo que se infere, não se pode falar em perigo da mora, pois a não devolução dos contêineres gera a cobrança de sobreestadia, risco previsível e mencionado em contrato, que constitui verdadeira verba compensatória por perdas e danos.

Afora isso, pelo que fala o agravo de instrumento, a ação de cujo processo foi extraído este recurso é de condenação ao pagamento de soma em dinheiro apenas e não de condenação a obrigação de fazer, sem também poder se esquecer

Acesso ao Sumário

de que a resistência em restituir ensejaria, quiçá, apenas a ação de reintegração na posse por esbulho possessório, de modo que, em princípio, é sem forma de juízo o presente pleito.

No sentido dessa impossibilidade de adiantamento dos efeitos de tutela jurisdicional na hipótese discutida é o entendimento desta colenda Câmara:

> "AÇÃO DE COBRANÇA - DEMURRAGE - Cobrança de sobreestadia - Pedido, em tutela antecipada, de devolução de container, sob pena de multa diária - Tutela antecipada indeferida - Transporte marítimo de carga - Sobreestadia - A responsabilidade da ré pelo pagamento de sobreestadia em razão de eventual atraso na devolução dos containers não está em discussão no presente recurso, cujo objeto se resume à devolução do container AMZU8385617 - A ré ainda não teve a oportunidade de se manifestar sobre os relatórios juntados - Artigo 273, CPC - Ausente o fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação - A tarifa de sobreestadia constitui verba que compensa as perdas e danos - A obrigação pelo pagamento da sobreestadia, por si só, já minimiza os prejuízos ao armador, que deixa de realizar fretes em decorrência da não devolução das unidades - Previsão contratual de responsabilidade do comerciante por eventual avaria ou perecimento do container - RECURSO DESPROVIDO." (AI nº 0013313-48.2011.8.26.0000, Des. Rel. Sérgio Shimura, j. 16/03/11).

Assim, como bem salientado na r. decisão combatida, não há existência de perigo de dano irreparável ou de difícil reparação, já que a questão está restrita ao aspecto patrimonial.

Ademais, a alegação de perigo de avaria também não prospera, porquanto tais despesas seriam de responsabilidade da agravada, conforme "termo de compromisso de reentrega de container vazio", sem contar que se trata de evento muito improvável, de difícil ocorrência em si, sem, pois, justificar a excepcionalidade da antecipação dos efeitos de tutela jurisdicional.

Em face do exposto, nego provimento ao recurso.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2070668-74.2014.8.26.0000, da Comarca de Itapecerica da Serra, em que é agravante ALEDU INDÚSTRIA E COMÉRCIO LTDA. - EPP, é agravado TRUST SERVIÇOS ADMINISTRATIVOS-EIRELLI.

ACORDAM, em 2ª Câmara Reservada de Direito Empresarial do

Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 6.789)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores JOSÉ REYNALDO (Presidente sem voto), RAMON MATEO JÚNIOR e ARALDO TELLES.

São Paulo, 8 de outubro de 2014.

FABIO TABOSA, Relator

Ementa: Recuperação judicial. Convolação em falência em virtude da apresentação intempestiva do respectivo plano, bem como da constatação de irregularidades outras que culminaram no esvaziamento das atividades desenvolvidas pela recuperanda. Extensão dos efeitos da quebra a terceira empresa, Aliança, integrante do mesmo grupo econômico da devedora. Sugestão de decisão *extra petita* em razão da ampliação do alcance da falência. Descabimento. Argumento que envolve a defesa de interesses de terceira, a quem cabe a tutela da própria esfera jurídica. Art. 6º do CPC. Extensão dos efeitos que de todo modo foi expressamente requerida pela Administradora Judicial. Sociedade recuperanda que tinha plena ciência das irregularidades apontadas nos autos, a ela imputadas. Alegação de surpresa e de falta de oportunidade para manifestação a respeito da denúncia de coligação empresarial irregular que soa quando menos duvidosa. Ofensa aos princípios do contraditório e da ampla defesa não configurada. Transferência por outro lado da totalidade do maquinário da autora à mencionada terceira, a título de pretenso arrendamento, que não foi noticiada no âmbito da recuperação judicial e tampouco apontada no respectivo plano de recuperação. Compartilhamento por parte das empresas de matéria prima e da mesma estrutura física que evidencia a confusão patrimonial existente. Identidade de atuação de ambas as sociedades constatada. Atividade produtiva da empresa devedora que se encontra outrossim confessadamente paralisada. Impossibilidade

Acesso ao Sumário

de atendimento aos objetivos do instituto da recuperação judicial e às metas traçadas no plano correspondente caracterizada. Intempestividade do plano de recuperação, por seu turno, corretamente reconhecida. Prazo de 60 dias, à luz do art. 53, *caput*, da Lei nº 11.101/2005, contado do deferimento do processamento da recuperação, e somente superável em circunstâncias excepcionalíssimas, devidamente justificadas, ausentes no caso concreto. Decisão de Primeiro Grau, que determinou a quebra, mantida. Agravo de instrumento da recuperanda a que se nega provimento.

VOTO

VISTOS.

Trata-se de agravo interposto contra a r. decisão reproduzida a fls. 1.013/1.024 deste instrumento (fls. 3.174/3.185 dos autos originários), que, no âmbito da recuperação judicial da agravante, decretou sua falência, em razão da intempestividade da apresentação do plano de recuperação e da constatação de irregularidades outras que teriam culminado no esvaziamento das atividades desenvolvidas pela empresa, tendo ainda pela mesma r. decisão sido estendidos os efeitos da quebra a outra sociedade empresária ali referida, Aliança Indústria e Comércio de Produtos Plásticos para Embalagens Ltda. ME; considerou a MMª. Juíza, para tanto, injustificável o atraso na elaboração do plano de recuperação, além de suficientemente demonstrada a inviabilidade empresarial da recuperanda, entendendo outrossim constituírem as empresas referidas um mesmo grupo econômico e reputando nessa linha caracterizada a confusão patrimonial entre elas, com intuito de lesar credores.

Insurge-se a falida, qualificando inicialmente de *extra petita* a decisão agravada, na medida em que os efeitos da quebra teriam sido estendidos à Aliança à míngua de pedido direcionado a tal fim, bem como asseverando ofendidas as garantias do contraditório e da ampla defesa, visto que não intimada para se manifestar em específico quanto à possível coligação irregular com essa empresa. De todo modo, refuta a existência de grupo econômico na espécie, ao argumento de que não comprovada a alegada confusão patrimonial entre as sociedades, sustentando outrossim a regularidade da transferência do seu maquinário para o parque fabril da empresa Aliança, em virtude de contrato de arrendamento que diz, a par de noticiado no âmbito da recuperação judicial, validamente celebrado, à luz do art. 50, VII, da Lei nº 11.101/2005. Por outro lado, invoca o princípio da preservação da empresa e questiona a

Acesso ao Sumário

possibilidade de o Juízo *a quo* apreciar a viabilidade do empreendimento cuja recuperação é pretendida, arguindo competir a respectiva análise à Assembleia Geral de Credores, exclusivamente. No mais, acena com a existência de excesso de formalismo no tocante à verificação da tempestividade do plano de recuperação, destacando as dificuldades alegadamente enfrentadas durante o desenvolvimento do ato e afirmando ter sido necessária a troca dos profissionais inicialmente responsáveis pela elaboração do mesmo, com a contratação de outros; de forma subsidiária, impugna a extemporaneidade decretada pela MMª. Juíza, sustentando tempestivamente protocolado o plano, pois o termo inicial do prazo de sessenta dias para a respectiva apresentação corresponderia à data da publicação do edital relativo ao deferimento do processamento da recuperação. Por fim, alude ao princípio da eficiência da Administração Pública, aduzindo inválida a decisão de Primeiro Grau, na medida em que seria contrária ao escopo da recuperação judicial, qual seja, a manutenção da atividade produtiva "*para o cumprimento das obrigações e interesses dos credores" (sic)*. Bate-se, em conclusão, pelo acolhimento do recurso, com a anulação da r. decisão agravada ou, quando não, a sua reforma.

Deferiu-se o processamento sob a forma de agravo de instrumento, denegando-se todavia o efeito suspensivo pretendido e dispensando-se outrossim a prestação de informações pelo MM. Juízo *a quo*.

O recurso, que é tempestivo, veio instruído com as peças obrigatórias e acompanhado do comprovante de recolhimento das custas de preparo. A Administradora Judicial pronunciou-se a fls. 2.019/2.052 e a douta Procuradoria Geral de Justiça a fls. 2.322/2.338, em ambos os casos pela negativa de provimento ao agravo.

É o relatório.

Não prospera o inconformismo.

Antes de mais nada, no que tange à sugestão de decisão *extra petita* pela extensão dos efeitos da falência à Aliança, o argumento envolve em essência defesa de interesses de terceira, a quem cabe na verdade a tutela da própria esfera jurídica, à luz do art. 6º do Código de Processo Civil (e, de fato, a própria Aliança interpôs outro agravo de instrumento, de nº 2070218-34.2014.8.26.0000, em torno dessa matéria específica, distribuído por dependência).

De todo modo, a afastar qualquer possível fator de hesitação, observa-se que, ao contrário do quanto sustentado, a Administradora Judicial requereu, em concreto, a ampliação do alcance dos efeitos da recuperação judicial, de modo a atingirem também a empresa Aliança (cf. documento de fls. 352/360, parágrafo 45).

Prosseguindo, no que se refere à apregoada ofensa aos princípios do contraditório e da ampla defesa, é bem de ver que a agravante tinha pleno

Acesso ao Sumário

conhecimento das irregularidades apontadas pela Administradora Judicial e corroboradas pelo Ministério Público, tomando ciência ainda dos documentos solicitados em função da apuração que se desenvolveu, inclusive fornecendo alguns deles, pelo que soa quando menos duvidosa a alegação de surpresa e de falta de oportunidade para pronunciamento a respeito; o mais importante, de todo modo, é que a agravante confessadamente sabia da denúncia nos autos de práticas irregulares a ela imputadas.

Ocorre que, ao invés de reagir, optou a parte por se manifestar a respeito de temas outros e somente quando expressamente instada a tanto, mantendo-se, no mais, silente à espera do desenrolar dos fatos, apenas agora acenando a esmo e de maneira claramente especulativa com a tese de ofensa ao contraditório.

A par disso, diga-se que a resistência em torno desses aspectos, por parte da agravante, torna-se tanto mais fragilizada quanto se percebe que apegada sobretudo ao plano formal, sem indicar em termos relevantes os motivos pelos quais nada arguiu a respeito nas diversas oportunidades em que se manifestou nos autos ao longo do processamento.

De mais a mais, quando não bastassem esses motivos, o fato da ausência de qualquer atividade em sua sede social, como também a transferência do maquinário à terceira Aliança, a título de pretenso arrendamento, não foram negados, antes reconhecidos.

Aliás, cabe lembrar, em torno da tentativa de aproveitamento do desvio patrimonial detectado em proveito próprio, com manipulação da realidade, que a despeito de o art. 50, VII, da Lei nº 11.101/2005 efetivamente prever o arrendamento do estabelecimento como uma das modalidades de recuperação judicial admissíveis, a transferência do maquinário da devedora na verdade não foi noticiada na petição inicial (fls. 407/420), nem tampouco apontada no plano de recuperação (fls. 193/215), e, se não tivesse sido descoberta a partir de diligências espontâneas realizadas pela Administradora Judicial, passaria como mais um dentre tantos episódios registrados na prática forense de desaparecimento de bens vinculados a processos judiciais.

Acesso ao Sumário

Somente depois de constatado o fato foi que a agravante, até então recuperanda, procurou dar foros de regularidade à transferência dos equipamentos, aduzindo decorrer de pretenso arrendamento firmado com a empresa Aliança em abril de 2012, sem contudo esclarecer de forma convincente os motivos determinantes do negócio ou ainda as razões pelas quais a sua celebração não foi desde logo declinada no âmbito da recuperação.

Mais ainda: as sociedades, por meio de *contrato de cessão de espaço físico para depósito e armazenamento (sic)* dos bens objeto do arrendamento (fls. 1.112/1.115), teriam pactuado também a possibilidade de utilização conjunta da *logística* empresarial (cf. cláusula terceira, parágrafo único), tudo a indicar a

existência, sim, de atuação em comum no mercado, com confusão patrimonial, de modo a lesar credores e com isso legitimando o reconhecimento da existência de grupo econômico de fato na espécie.

Nesse sentido, nota-se que a recorrente passa ao largo, em sua argumentação, quanto a muitos dos aspectos fáticos concretamente utilizados para fundamentar a decisão agravada, tais como o uso compartilhado de matéria prima e funcionários, bem como a utilização do seu nome empresarial na emissão das notas fiscais das mercadorias comercializadas pela Aliança.

Vale, a respeito dos elementos que devem nortear a análise da configuração de grupo econômico, a remissão a precedentes deste E. Tribunal de Justiça:

> "*Os grupos econômicos são formados com o objetivo de desenvolver processos de produção e de pesquisa para explorar a atividade empresarial, visando à redução de custos e o aumento dos lucros, para o benefício de todas as sociedades coligadas.*
>
> *Por óbvio, dada a própria natureza jurídica de sua formação, verifica-se, principalmente, a confusão patrimonial, gerencial e financeira, proveniente do interesse comum que vincula as empresas participantes destes agrupamentos.*" (Agravo de Instrumento nº 0078571-05.2011.8.26.0000, 17ª Câmara de Direito Privado, Rel. Des. Souza Lopes, j. 8/2/2012). No mesmo sentido: Agravo de Instrumento nº 0240122-57.2012.8.26.0000, 10ª Câmara de Direito Privado, Rel. Des. Cesar Ciampolini, j. 12/11/2013).

No mais, a recuperação judicial, como apontado pela doutrina (Manoel Justino Bezerra Filho, *in* Lei de Recuperação de Empresas e Falência, p. 140, 9ª edição, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2013) e previsto expressamente no art. 47 da Lei nº 11.101/2005, constitui instituto jurídico que tem como escopo permitir a superação de momento de crise econômico-financeira pela devedora, com a manutenção da atividade empresarial por ela exercida e do emprego dos trabalhadores, bem como a preservação dos interesses dos credores, através da adoção de medidas que facilitem o cumprimento das obrigações devidas por parte da recuperanda. Assim, mostra-se essencial à recuperação a demonstração da viabilidade da superação do momento de dificuldades pela empresa inadimplente.

No caso concreto, todavia, observa-se que a atividade produtiva da autora, inobstante o deferimento do processamento da sua recuperação judicial em abril de 2013, inexiste, encontrando-se paralisada. Tal interrupção, além de documentalmente comprovada, foi confessada pela própria recorrente, e, ao que se dessume, remonta a período até mesmo anterior à solicitação do favor legal, perdurando ao menos desde abril de 2012 (cf. contrato de fls. 1.106/1.111).

Ora, conforme acertadamente ponderado pela MMª. Juíza, a paralisação

Acesso ao Sumário

das atividades empresariais, além de vir de encontro aos objetivos da recuperação judicial, frustrando-os, evidentemente impede o cumprimento do plano de recuperação apresentado, o qual envolvia, dentre outros aspectos, a manutenção e ampliação da produção (cf. tópico *conclusão*, a fl. 213). A interrupção das atividades, esclareça-se, a rigor não implica o descumprimento automático do plano de recuperação, já que não aprovado esse até a presente data, mas sim na impossibilidade de cumpri-lo quando e se aprovado, de modo a esvaziar por completo o objeto da recuperação e a legitimar a sua convolação em falência, nos termos do art. 73 do mesmo diploma legal. Aliás, como aspecto a sugerir estranheza, está o fato de não se encontrarem em atividade, diante da situação de ociosidade da empresa, os trabalhadores cujos empregos a própria Lei nº 11.101/2005 visa proteger.

Além disso, a sociedade devedora, como inclusive reconhecido por autorizada doutrina (Fábio Ulhôa Coelho, *in* Comentários à Lei de Falências, p. 256, 9ª edição, São Paulo, Saraiva, 2013), admite a crise econômico-financeira quando solicita a recuperação judicial, pelo que a constatação da inviabilidade de atendimento ao plano traçado autoriza a decretação da quebra, para salvaguarda dos interesses dos credores.

E, quando não bastassem os motivos acima elencados, por si só suficientes à decretação da quebra, tem-se ainda por efetivamente intempestivo o plano de recuperação apresentado.

Com efeito, o plano deve ser protocolado em juízo, de acordo com o art. 53, *caput*, da Lei nº 11.101/2005, no *prazo improrrogável* de 60 (sessenta) dias, contado do deferimento do processamento da recuperação judicial e não, como pretende a recorrente, da publicação do edital com a relação de credores por ela indicados.

Nesse sentido, por sinal, já decidiu esta C. Corte:

> "*Forçoso esclarecer que, ao contrário do alegado pelas agravantes, o termo inicial do prazo improrrogável de 60 dias para a apresentação do plano de recuperação judicial é a data da publicação da decisão de deferimento do processamento da recuperação judicial e não da publicação do edital previsto no §1º do art. 52 da Lei nº 11.101/05.*" (Agravo de Instrumento nº 0091904-53.2013.8.26.0000, Rel. Des. Maia da Cunha, j. 29/8/2013).

Na hipótese dos autos, apesar de a decisão que deferiu o processamento da recuperação ter sido publicada em 25/4/13 (cf. certidão de fl. 174), o respectivo plano somente foi apresentado no dia 26 de junho do mesmo ano, ou seja, após o decurso do lapso temporal legalmente previsto como *improrrogável*, pelo que de rigor o reconhecimento da extemporaneidade.

E, embora discorde-se respeitosamente da interpretação literal e absoluta

Acesso ao Sumário

conferida ao dispositivo legal, segundo a qual o prazo não comporta qualquer prorrogação, admite-se que, na generalidade dos casos, deve esse lapso temporal prevalecer.

Nessa linha, cumpre esclarecer que o prazo de sessenta dias foi previsto pelo legislador como suficiente para elaboração do plano de recuperação, sempre dentro da perspectiva de breve realização da denominada fase deliberativa, na qual ele é discutido e aprovado pelos credores (cf. Fábio Ulhôa Coelho, *in* Curso de Direito Comercial, Vol. III, p. 423, 14ª edição, São Paulo, Saraiva, 2013); e, no sentido de evitar abusos ou onerar em demasia os credores, o legislador optou por cercear de total rigidez o prazo.

Não se pode excluir todavia, e em tese, que em situações excepcionalíssimas possa ser cogitada eventual prorrogação, sempre moderadamente deliberada, mas apenas quando para a superação do limite legal não concorra de forma alguma a empresa recuperanda.

No caso contudo tal não se verifica, pois a agravante não apenas contratou livremente os profissionais por ela encarregados da elaboração do plano de recuperação, aos quais agora imputa a responsabilidade pelo atraso no desenvolvimento do mesmo, como também deixou de fiscalizá-los a contento, notificando-os, para fins de resilição do respectivo contrato de prestação de serviços, somente em 28/6/2013 (fls. 1.361/1.362), quando já escoado o prazo para apresentação do plano de recuperação.

De todo modo, não custa ponderar que esse não foi o único fundamento adotado para a decretação da quebra e que, se não fosse por isso, subsistiria a decisão pelos outros e até mais graves motivos antes abordados, o que esvazia de todo a resistência fundada no excesso de formalismo.

Por derradeiro, consigne-se que a invocação do princípio da eficiência da Administração Pública, bem como a alegação de que inválida a decisão de Primeiro Grau, por supostamente desbordar do escopo da recuperação judicial, beiram a litigância temerária, constituindo na verdade meros argumentos de conveniência utilizados pela agravante para desviar o foco de sua própria desídia na condução do processo.

Ora, a recuperação, como já afirmado, constitui instituto voltado apenas às empresas ditas viáveis, isto é, aquelas que, apesar de acometidas por momento de crise, demonstram possuir condições de superá-lo, a fim de permitir a manutenção da atividade produtiva, do emprego dos trabalhadores envolvidos e preservar, na medida do possível, os interesses dos credores.

A manutenção da atividade empresarial todavia, como reconhecido pelo doutrina (Fábio Ulhôa Coelho, *in* Curso de Direito Comercial, Vol. III, pp. 398/399, 14ª edição, São Paulo, 2013), não pode ser considerada valor absoluto, pois a reorganização econômica prevista pela Lei nº 11.101/2005 envolve

Acesso ao Sumário

elevados custos, os quais, em última análise, são suportados pela sociedade como um todo, tendo em vista o repasse realizados pelos principais agentes econômicos, em seus preços e tarifas, dos riscos envolvidos na concessão de crédito às empresas.

Assim, ao contrário do quanto temerariamente alegado, a decisão recorrida se mostra na verdade plenamente justificada e inserida no espírito da lei, já que obstou o desvirtuamento do instituto da recuperação, impedindo o desnecessário desenvolvimento do respectivo processo por empresa devedora que desde logo se afigura inviável.

Em suma, não resistem os fundamentos do inconformismo à menor análise, pelo que se confirma a r. decisão agravada.

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

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2146811-07.2014.8.26.0000, da Comarca de Bauru, em que é agravante TIAGO GOMES DE ARAGÃO BELÉ, é agravado FÁBIO GUEDES PINHEIRO CHAGAS.

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 28.377)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores RUY COPPOLA (Presidente sem voto), FRANCISCO OCCHIUTO JÚNIOR e LUIS FERNANDO NISHI.

São Paulo, 25 de setembro de 2014.

KIOITSI CHICUTA, Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: Recurso. Juiz que, na audiência de instrução e julgamento, profere sentença de procedência de ação de indenização por danos morais e materiais. Ausência do agravante e de seu procurador na audiência. Interposição após os quinze dias da intimação da decisão publicada em audiência. Prazo que começa a correr da publicação feita na primeira oportunidade. Art. 242, parágrafo 1º, do Código de Processo Civil. Intempestividade reconhecida. Recurso desprovido.

O prazo para recorrer conta-se da publicação em audiência da sentença condenatória e nos termos do artigo 242, parágrafo 1º, do Código de Processo Civil. A posterior publicação da mesma decisão na imprensa oficial não devolve o prazo para aqueles que restaram regularmente convocados para a audiência, pouco importando que o advogado da parte não tenha comparecido ao ato. Bem por isso, é intempestiva apelação interposta com base em publicação na Imprensa Oficial.

VOTO

Trata-se de agravo de instrumento interposto contra r. despacho que, em ação de indenização por danos materiais e morais, deixou de receber o recurso de apelação por intempestividade.

Afirma o agravante que a negativa de processamento do recurso de apelação por intempestividade é equivocada e ilegal, uma vez que nem o agravante, nem seu advogado estiveram presentes à audiência. Diz, ainda, que somente tomaram ciência da sentença pela publicação no Diário Oficial, aduzindo é dessa data que começa a correr o prazo recursal. Requer a reforma da r. decisão.

Processado o recurso no efeito apenas devolutivo, colheu-se resposta do agravado.

É o resumo do essencial.

A irresignação do agravante não prospera.

O art. 242 do Código de Processo Civil diz que o "Prazo de interposição do recurso conta-se da data em que os advogados são intimados da decisão, sentença ou do acórdão", acrescentando no parágrafo primeiro que "reputam-se intimados na audiência, quando nesta é publicada a decisão ou a sentença".

O agravante restou formalmente intimado da audiência e pouco importa que seu advogado não tenha comparecido ao ato, ou seja, o prazo para recorrer conta-se da publicação da sentença feita em audiência. A posterior publicação da mesma decisão na imprensa oficial não devolve o prazo para aqueles que restaram regularmente convocados para a audiência.

O recurso, assim, é intempestivo eis que a fluência do prazo recursal iniciou-se a partir daquela data, ou seja, 10/06/2014, e o agravante somente cuidou de protocolizar a apelação em 31/07/2014 (fl. 47), quando já escoado o lapso temporal para interposição do recurso.

Isto posto, nega-se provimento ao recurso.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2126240-15.2014.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é agravante MARCEL ROSICA ANCONI, é agravado BANCO ITAÚ S/A.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 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 21900)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores ADEMIR BENEDITO (Presidente) e SILVEIRA PAULILO.

São Paulo, 25 de setembro de 2014.

MAIA DA ROCHA, Relator

Ementa: ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA - Pedido - Agravante que contratou advogado às suas expensas e não acostou qualquer documento que denotasse situação ruinosa - Mercê negada - Decisão mantida - Recurso não provido.

VOTO

Trata-se de agravo de instrumento interposto em face da r. decisão de fls. 153, proferida em ação declaratória de inexistência de débito c.c. indenização por danos morais e patrimoniais, que, dentre outras providências, indeferiu a pretensão de gratuidade judiciária ao autor, julgando deserto o recurso protocolado por este, nos termos do artigo 511 do CPC.

Alega o agravante que acostou ao feito originário todos os documentos que podia para comprovar que não tem condições de arcar com as custas e despesas processuais; afirma que não foram atendidas as exigências de pertinência objetiva dos requisitos previstos na Lei nº 1.060/50; colaciona entendimento jurisprudencial e doutrinário no sentido de que, para a concessão da benesse "*sub judice*", basta simples declaração de pobreza, cabendo a prova ao contrário ao agravado.

Recurso tempestivo, processado sem a concessão do efeito ativo e sem contrariedade.

É o relatório.

Pretende o agravante a reforma da decisão afrontada para que lhe seja

Acesso ao Sumário

deferida a gratuidade judiciária.

A simples declaração de estar na condição de juridicamente pobre não satisfaz à lei para a comprovação da circunstância para os fins de concessão do benefício da assistência judiciária gratuita, sendo necessária a comprovação do estado alegado.

A esse respeito, ensinam Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery:

> "*A declaração pura e simples do interessado, conquanto seja o único entrave burocrático que se exige para liberar o magistrado para decidir em favor do peticionário, não é prova inequívoca daquilo que ele afirma, nem obriga o juiz a se curvar aos seus dizeres se de outras provas e circunstâncias ficar evidenciado que o conceito de pobreza que a parte invoca não é aquele que justifica a concessão do privilégio Cabe ao magistrado, livremente, fazer juízo de valor acerca do conceito do termo pobreza, deferindo ou não o benefício.*"[1]

Ademais, o juiz está autorizado a examinar a situação então assim definida, para apurar a sua veracidade, deferindo ou negando a benesse que deve ser conferida àqueles realmente necessitados.

Nesse sentido o entendimento do C. STJ:

> "*ADMINISTRATIVO. RECURSO ESPECIAL. JUSTIÇA GRATUITA. JUIZ. EXIGÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DO ESTADO DE MISERABILIDADE. REVISÃO. IMPOSSIBILIDADE. REEXAME DE PROVA. SÚMULA Nº 07 DO STJ. PRECEDENTES. 1. É possível ao magistrado condicionar a concessão da justiça gratuita à comprovação do estado de miserabilidade do beneficiário. Precedentes. 2. O Tribunal a quo, soberano na análise das circunstâncias fáticas da causa, concluiu, com base no conjunto probatório dos autos, pela inexistência de comprovação do estado de miserabilidade. Sendo assim, a pretendida inversão do julgado implicaria, necessariamente, o reexame do conjunto fático-probatório, o que não se coaduna com a via eleita, consoante o enunciado da Súmula nº 07do STJ. 3. Agravo regimental desprovido.*" (STJ - AgRg no Ag 691366/RS - Rei. Min. LAURITA VAZ, DJ 17/10/2005, p. 339.)

Na hipótese, o agravante contratou advogado às suas expensas e não trouxe aos autos qualquer comprovação da suposta situação ruinosa a impedir o financiamento da lide sem prejuízo de sua subsistência.

Desse modo, de rigor a manutenção da r. decisão guerreada tal como lançada.

1 Código Processo Civil Comentado e legislação extravagante, 7ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 458.

Acesso ao Sumário

Agravos Regimentais

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo Regimental nº 2090790-11.2014.8.26.0000/50000, da Comarca de Osasco, em que é agravante PHILIPE VEIGA XIMENES, são agravados JOSÉ APARECIDO ALCARDE, CLARICE APARECIDA ALCARDE e JAIR DA COSTA.

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 00.386)**

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

São Paulo, 14 de agosto de 2014.

CAIO MARCELO MENDES DE OLIVEIRA, Relator

Ementa: Agravo regimental - Insurgência contra decisão monocrática que negou, liminarmente, provimento ao agravo de instrumento interposto contra decisão que indeferiu a restituição do valor pago em comissão ao leiloeiro ao arrematante que desistiu da arrematação em razão da oposição de embargos à arrematação - Recurso improvido.

VOTO

Trata-se de agravo regimental contra a r. decisão monocrática de fls. 52/54 dos autos digitais, que negou, liminarmente, provimento ao agravo de instrumento nº 2090790-11.2014.8.26.0000, por considerar que é devida a comissão ao leiloeiro quando o arrematante desiste da arrematação em razão da oposição de embargos à arrematação, pois o leiloeiro realizou o seu trabalho.

O agravante pede a reforma da decisão. Insiste para que lhe seja restituído o valor que pagou em comissão ao leiloeiro. Defende que não deu causa à anulação da arrematação, tendo tão somente exercido o direito de desistência previsto no § 1º do art. 746 do CPC e que a comissão do leiloeiro somente seria devida quando "efetivamente findar-se a hasta ou o leilão, sem pendência alguma, o que não ocorreu". Sustenta que o E. Superior Tribunal de Justiça

Acesso ao Sumário

possui precedentes reconhecendo o direito do arrematante à restituição das valores desembolsados por ocasião da arrematação, que, posteriormente, foi tornada sem efeito, quando não tenha dado causa ao desfazimento da alienação do bem. Pugna pelo provimento do recurso.

É o relatório do necessário.

O recurso não merece provimento.

Não se olvide que os Tribunais inferiores não estão vinculados às decisões proferidas pelos Tribunais Superiores, ressalvadas as hipóteses em que há edição de Súmula Vinculante.

Segundo orientação dominante deste E. Tribunal de Justiça, o arrematante que desiste da aquisição, em face do oferecimento de embargos à arrematação, não faz jus à restituição do valor pago em comissão ao leiloeiro, conforme se observa das ementas dos seguintes arestos:

> "Agravo de Instrumento. Ação de cobrança de despesas condominiais. Cumprimento de sentença. Arrematação: ocorrência. Oposição de embargos. Desistência pelo arrematante. Pedido de levantamento do total depositado: impossibilidade. Devida a comissão do leiloeiro, pois o seu trabalho foi executado. Decisão mantida. Recurso improvido.
>
> **Tendo o arrematante, ora agravante, desistido da arrematação finalizada, ante a oposição de embargos, não faz jus o mesmo à devolução da comissão devida ao leiloeiro, que realizou o seu trabalho, cumprindo suas atribuições nos termos do edital e por isso deve ser remunerado, com o pagamento da comissão arbitrada, independentemente do desfazimento posterior do negócio, a seu pedido.**" (*Grifei*. Agravo de Instrumento nº 0250884-35.2012.8.26.0000, Des. Rel. Francisco Occhiuto Júnior, 32ª Câmara Cível, J. 06/06/2013).
>
> "Processual. Embargos à arrematação. Desistência da aquisição por parte do arrematante. Sentença de homologação, com determinação para devolução do valor da arrematação, porém não da comissão do leiloeiro. Pretensão à reforma. Impossibilidade. **Segundo orientação dominante deste E. Tribunal de Justiça, o arrematante que desiste da aquisição, em face do oferecimento de embargos à arrematação, não faz jus à devolução da comissão devida ao leiloeiro.** Recurso improvido." (*Grifei*. Apelação nº 0063791-15.2010.8.26.0576, Rel. Mourão Neto, J. 19.5.2014).

No corpo deste último acórdão, consta:

> "... a arrematação não foi desfeita 'por determinação judicial, por razões alheias à vontade do arrematante' (o que poderia ocorrer, se os embargos à arrematação fossem acolhidos), mas, sim, como resultado da desistência manifestada pelo recorrente.

Acesso ao Sumário

Evidentemente, o arrematante tem a faculdade de desistir ou não da arrematação, bem sopesando as consequências potenciais de uma ou de outra opção: se desiste, é porque entende vantajoso fazê-lo, mesmo perdendo o valor relativo à comissão do leiloeiro; se não desiste, pode ver a final reconhecida a higidez da arrematação."

Assim, inexiste razão para reforma da decisão monocrática que assim ponderou:

"Os documentos de fls. 47/49 comprovam que nos autos de execução de título extrajudicial n. 0007568-80.2004.8.26.0405, o leiloeiro oficial levou a leilão público o bem imóvel que foi arrematado pelo agravante.

Posteriormente, em razão da oposição de embargos à arrematação e com respaldo no que dispõe o artigo 746, § 1º, do CPC, o agravante desistiu da arrematação.

Ocorre que, apesar de o agravante ter desistido da arrematação, é certo que o leiloeiro realizou o seu trabalho, motivo pelo qual lhe é devida a comissão."

Isto posto, nega-se provimento ao recurso.

Apelações

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 1009728-88.2013.8.26.0100, da Comarca de São Paulo, em que é apelante ROBERT SAMI NEMER, é apelada ANGELINA LABUKAS SABINO (JUSTIÇA GRATUITA).

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. Por maioria de votos", de conformidade com o voto do relator, que integra este acórdão. Declarará voto o revisor. **(Voto nº 20473/TJ)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores ALVARO PASSOS (Presidente), GIFFONI FERREIRA e JOSÉ CARLOS FERREIRA ALVES.

São Paulo, 2 de setembro de 2014.

Acesso ao Sumário

ALVARO PASSOS, Relator

Ementa: RESPONSABILIDADE CIVIL - Indenização - Erro médico - Danos materiais, morais e estéticos - Pretensão da autora à reparação em virtude de procedimento cirúrgico para retirada de catarata, em que ocorreu descolamento da coroide do olho e perda do olho esquerdo - Conjunto probatório diligentemente apreciado - Dano - Ocorrência - Nexo causal - Existência - "Quantum" indenizatório suficiente R$ 25.330,00 (danos materiais) e R$ 50.000,00 (danos morais e estéticos) - Sentença de parcial procedência mantida - Aplicação do art. 252 do RITJSP - Recurso improvido.

VOTO

Vistos.

Trata-se de apelação interposta contra a r. sentença de fls. 189/192 que julgou procedente ação de indenização por erro médico, em razão do procedimento cirúrgico para retirada de catarata, em que ocorreu descolamento da coroide do olho e perda do olho esquerdo, condenando o demandado no pagamento de R$ 25.330,00 a título de danos materiais e a R$ 50.000,00, por danos morais e estéticos, além das custas e honorários arbitrados em 10% sobre o valor da condenação.

Inconformado, busca o réu a reforma da decisão, diante das razões expostas a fls.195/216. Em apertada síntese, pugna pela reversão do julgado, alegando que não houve negligência, imprudência ou imperícia, sendo certo que a responsabilidade assumida é de meio e não de resultado.

Com contrarrazões, vieram os autos para reexame.

É o relatório.

A r. sentença deve ser confirmada pelos seus próprios e bem deduzidos fundamentos, os quais ficam inteiramente adotados como razão de decidir pelo improvimento do recurso, nos termos do art. 252 do Regimento Interno deste Egrégio Tribunal de Justiça.

Tal dispositivo estabelece que "*Nos recursos em geral, o relator poderá limitar-se a ratificar os fundamentos da decisão recorrida, quando, suficientemente motivada, houver de mantê-la*", e tem sido amplamente utilizado por suas Câmaras, seja para evitar inútil repetição, seja para cumprir o princípio

Acesso ao Sumário

constitucional da razoável duração dos processos[1].

O COLENDO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA tem prestigiado este entendimento quando predominantemente reconhece "*a viabilidade de o órgão julgador adotar ou ratificar o juízo de valor firmado na sentença, inclusive transcrevendo-a no acórdão, sem que tal medida encerre omissão ou ausência de fundamentação no decisum*" (REsp n° 662.272-RS, 2ª Turma, Rel. Min. João Otávio de Noronha, j. de 4.9.2007; REsp n° 641.963-ES, 2ª Turma, Rel. Min. Castro Meira, j. de 21.11.2005; REsp n° 592.092-AL, 2ª Turma, Rel. Min. Eliana Calmon, j. 17.12.2004 e REsp n° 265.534-DF, 4ª Turma, Rel. Min. Fernando Gonçalves, j de 1.12.2003).

Acrescente-se que a sentença prima por seu esmero, tendo apreciado diligentemente a prova produzida, o que levou a MM. Juíza monocrática ao reconhecimento da existência dos danos, sofridos pelo demandante. Portanto, inviável o afastamento da responsabilidade do demandado, como pretendido, devendo ele arcar com a reparação pelos danos causados.

Consigna-se, assim, que corretamente, a r. sentença assentou a existência de dano, da prova e do nexo causal pela inexistência de alerta ante a possibilidade de complicação na aplicação da anestesia e na ausência de busca das consequência do ocorrido.

Transcreve-se por oportuno: "(...) Isto porque analisando as informações colacionadas às fls.163 e seguintes, resta certo que o acidente observado consta da literatura médica e se trata de intercorrência ocasionada pela aplicação da anestesia. Não consta que a autora tenha sido alertada da possibilidade da complicação, como deveria ter sido feito pelo médico. Ademais, observo que o réu não deu a devida atenção ao caso, pois, após o acidente, não conseguiu visualizar as consequências do procedimento, ao passo que o outro médico procurado, no mesmo dia, observou, que havia ocorrido o descolamento e coroide no olho esquerdo. (...) Assim, mesmo que se entenda que a hemorragia era risco da cirurgia, a autora deveria ter sido alertada de tal risco e o réu deveria ter sido mais eficiente em buscar as consequências do ocorrido. Nada disso se observou no presente caso."

Quanto ao valor da condenação, tem-se que há que se atender, de forma equânime, à dupla finalidade do instituto indenizatório, ou seja, o de compensar

Acesso ao Sumário

1 Anote-se, dentre tantos outros: AI nº 99010271130-7, Rel. Des. Caetano Lagrasta, em 17/09/2010; Apelação nº 99109079089-9, Rel. Des. Moura Ribeiro, em 20/05/2010; Apelação n° 990.10.237099-2, Rel. Des. Luiz Roberto Sabbato, em 30.06.2010; Agravo de Instrumento nº 99010032298-2, Rel. Des. Edgard Jorge Lauand, em 13/04/2010; Apelação nº 991.09.0841779, Rel. Des. Simões de Vergueiro, em 09/06/2010; Apelação nº 991000213891, Rel. Des. Paulo Roberto de Santana, em 09/06/2010; Apelação nº 99208049153-6, Rel. Des. Renato Sartorelli, em 01/09.2010; Apelação nº 992.07.038448-6, São Paulo, Rel. Des. Cesar Lacerda, em 27/07/2010; Apelação nº 99206041759-4, Rel. Des. Edgard Rosa, em 01/09/2010; Apelação nº 99209075361-4, Rel. Des. Paulo Ayrosa, em 14/09/2010; Apelação nº 99202031010-1, Rel. Des. Mendes Gomes, em 06/05/2010; Apelação nº 99010031067-4, Rel. Des. Romeu Ricupero, em 15/09/2010.

os danos sofridos, sem causar enriquecimento indevido, e de inibir a ocorrência de situações semelhantes.

Destarte, se afigura razoável e proporcional, na hipótese, a fixação do *quantum* indenizatório da sentença, de R$ 25.330,00 a título de danos materiais e a R$ 50.000,00, por danos morais e estéticos. Quantia inferior, por certo, não cumprirá o efeito sancionador e reparador que feitos desta natureza possuem.

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 do art. 252 do Regimento Interno deste Egrégio Tribunal de Justiça.

Pelo exposto, **nego provimento** ao recurso.

DECLARAÇÃO DE VOTO

(Voto nº 7743)

Dissinto respeitosamente da d. Maioria.

Na visão deste insignificante magistrado, a decisão de Primeiro Grau não decidiu acertadamente.

A MMa. Juíza DECIDIU CONTRA O LAUDO DO IMESC. Se é certo que o juiz não está adstrito ao Laudo, não menos exato é que essa contrariedade há que situar-se sob elementos seguros - e a fragilidade da decisão não se sustenta, e em verdade não existe suporte para que se diga, como o revela o eminente Relator, que houve "conjunto probatório diligentemente apreciado".

Muito ao contrário, o conjunto probatório foi, *ROGATA VENIA*, mui mal estudado.

Disse a sentença que "o réu não deu a devida atenção ao caso" - coisa que o Laudo, a fls.170, contradiz textualmente: HOUVE ACIDENTE ANESTÉSICO TRATADO COM TERAPÊUTICA ADEQUADA E QUE EVOLUIU COM MALES INCONTROLÁVEIS.

Apontou a MMa. Juíza que "o réu deveria ter sido mais eficiente em buscar as consequências do ocorrido" - e em que pese à falta de sentido dessa frase, verifica-se que o Laudo apresenta ponto em contrário: É UM TRATAMENTO CIENTIFICAMENTE ACEITO, dí-lo o IMESC, a fls. 171.

Assentou ainda a decisão de Primeiro Grau que o Apelante fôra culpado pois, que deixou de realizar "alerta de risco da cirurgia" - em outro patente equívoco, pois que isso não faz surgir MALPRACTICE MÉDICA - notando-se que o Laudo revela que o problema com a anestesia era ACIDENTE IMPREVISÍVEL.

A fls.171 existe a informação de que todo o período pré-operatório teve

Acesso ao Sumário

normal realização, tomadas todas as precauções pelo Esculápio - deitando por terra o que disse a sentença, que o Réu "não deu a devida atenção ao caso".

Ver que a sentença nem sequer se ateve à possibilidade de que a lesão escleral houvesse acontecido com o outro médico, que não o Réu: ver a resposta de fls. 172 nº 8; nem a resposta de fls.172, quesitos 10 e 11, foi levada em conta, para que pudera a Dra. Juíza de direito decidir com justiça - já que ficou patenteado que a própria A. procurou outro médico, empós do acidente anestésico.

O) quesito de fls.172 item 14 revela que o Requerido tomou todos os procedimentos básicos no pré e no pós-operatório - pelo que a assertiva de que "o réu não deu a devida atenção ao caso" - segundo a Dra. Juíza, é fruto de manifesto equívoco da sua sentença.

O Laudo assentou que NÃO HOUVE PREJUÍZO ESTÉTICO - e a sentença falou em contrário.

Assim, com todo o respeito que este magistrado devota ao eminente Relator, dizer que o "conjunto probatório diligentemente apreciado" aqui aconteceu é assertiva que não resiste ao que se demonstrou acima.

NÃO HOUVE CULPA ALGUMA DO RÉU PARA O EVENTO IMPREVISÍVEL.

Como se não bastara essa erronia patente e flagrante da sentença, ver que deferiu dano moral estratosférico, pois que recentemente todos os Desembargadores desta Primeira Seção de Direito Privado recebemos da E. Presidência julgamentos do Magnífico SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA; ali fixou-se, em precedente, para caso de morte, indenização por dano moral no importe de R$ 50.000,00.

A sentença deferiu - e com o apoio do posicionamento do MM. Relator - valor para lesão ocular igual ao que a Corte superior deferiu para morte.

Assim, por esses motivos, é hialino que a sentença não tem como se sustentar - pelo que por minha decisão DEFIRO PROVIMENTO ao recurso, integralmente, para haver a ação por improcedente, e invertida a sucumbência.

Para tais fins, divirjo do Des. Relator.

L. B. GIFFONI FERREIRA, Desembargador

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0015074-11.2002.8.26.0007, da Comarca de São Paulo, em que é apelante NORBERTO PRADO (JUSTIÇA GRATUITA), é apelado COHADESP - COOPERATIVA

HABITACIONAL DAS ASSEMBLÉIAS DE DEUS DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em 1ª 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 30703)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores CHRISTINE SANTINI (Presidente) e RUI CASCALDI.

São Paulo, 16 de setembro de 2014.

PAULO EDUARDO RAZUK, Relator

Ementa: PRESCRIÇÃO - Execução de sentença - Prescreve a execução no mesmo prazo de prescrição da ação de acordo com a Súmula 150 do STF - Ação de reparação de danos - Adesão à cooperativa habitacional para aquisição de imóvel - Ação pessoal - Prazo de 20 anos - Art. 177 do CC 1916 - Início do prazo prescricional na vigência do Código Civil anterior - Aplicabilidade do art. 2028 das Disposições Transitórias do Código Civil - Na hipótese, não transcorreu mais da metade do tempo previsto naquele código - Incidência do prazo prescricional do novo Código Civil - Prazo de 10 anos - Art. 205 do CC/2002 - Contagem a partir da vigência do novo Código Civil, ou seja, 11.01.03 - Requerimento do prosseguimento da execução somente em 19.09.14 - Prescrição consumada - Extinção, com exame do mérito, mantida (art. 269, IV, CPC) - Recurso improvido.

VOTO

A sentença de fls. 113/113vº, cujo relatório é adotado, julgou extinta, pela prescrição, execução de sentença proferida em ação ordinária de reparação de danos, fundada em associação à cooperativa para aquisição de imóvel.

Apela o exequente, a fim de que, afastada a prescrição, prossiga a execução.

Isento de preparo, o apelo foi recebido, sem contrariedade.

É o relatório.

O exequente, ora apelante, aderiu à cooperativa executada COHADESP

Acesso ao Sumário

para o fim de adquirir unidade habitacional pelo preço de R$ 47.000,00, em abril de 2000.

Tendo sido pago o valor das parcelas por um ano, sem que a apelada desse início às obras, o apelante postulou a resolução do contrato com a devolução daquilo que pagou.

O Juízo *a quo* houve por bem julgar procedente o pedido, condenando a apelada à devolução da quantia de R$ 7.075,64, bem como ao pagamento de R$ 30.000,00 a título de indenização por dano moral.

Já em fase de execução de sentença, tendo sido penhorado bem imóvel em nome de terceiros, o apelante postulou a suspensão do feito pelo prazo de 30 (trinta) dias para a localização de bens em nome da apelada, o que fora deferido no despacho de fls. 99, de seguinte teor: "*Defiro a suspensão processual pelo prazo de 30 dias, devendo o exequente, na fluência desse prazo, promover o andamento do feito. Ocorrendo o silêncio, libere-se a penhora e aguarde-se manifestação do exequente no arquivo*.".

Decorrido *in albis* o prazo concedido a fls. 99, em 12 de abril de 2005, o juízo determinou o levantamento da penhora, encaminhando os autos ao arquivo para que aguardasse a provocação do apelante (fls. 99vº).

A sentença recorrida, entendendo que os autos foram remetidos ao arquivo por inércia do exequente, deu por consumada a prescrição executória, extinguindo o feito, com exame do mérito, a teor do artigo 269, IV, do Código de Processo Civil.

Com efeito, "*Prescreve a execução no mesmo prazo de prescrição da ação*" de acordo com a Súmula 150 do STF.

Contudo, o prazo prescricional para a reparação de danos fundada em adesão à cooperativa habitacional, por ser ação pessoal, era de vinte anos, por força do art. 177 do Código Civil de 1916. Com a entrada em vigor do atual Código Civil, em 11 de janeiro de 2003, esse prazo foi reduzido para dez anos (art. 205).

Acesso ao Sumário

Aplica-se o disposto no artigo 2.028 do Código Civil vigente, que estabelece: "*Serão os da lei anterior os prazos, quando reduzidos por este Código, e se, na data de sua entrada em vigor, já houver transcorrido mais da metade do tempo estabelecido na lei revogada*".

Com efeito, como não transcorrera mais da metade do tempo previsto naquele anterior, aplicável à espécie o prazo prescricional do novo Código Civil, que estabelece, para o caso presente, o prazo de dez anos (art. 205), com início da contagem a partir da vigência da lei: "(...), *consoante nossa melhor doutrina, atenta aos princípios da segurança jurídica, do direito adquirido e da irretroatividade legal, esses três anos devem ser contados a partir da vigência do novo Código, ou seja, 11 de janeiro de 2003*" (STJ, Resp 813.293/RN, T4,

Rel. Min. Jorge Scartezzini, j. 09/05/06).

Assim, há de aplicar-se o prazo da lei nova a partir de sua vigência, sendo certo que o término do prazo prescricional dar-se-ia em 11 de janeiro de 2013.

Desse modo, tendo sido requerido o prosseguimento da execução somente em 19 de setembro de 2014, é certo ter consumado a prescrição (fls. 106/107).

Posto isso, nego provimento ao recurso.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0023919-40.2010.8.26.0625, da Comarca de Taubaté, em que são apelantes/apelados CONDOMÍNIO TAUBATÉ SHOPPING CENTER e BRINQUEDO MÁGICO LTDA., são apelados/apelantes ANDRESSA NUNES DA SILVA (JUSTIÇA GRATUITA) (MENOR(ES) REPRESENTADO(S)) e NADIR APARECIDA NUNES (REPRESENTANDO MENOR(ES)).

ACORDAM, em 1ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso de apelação e ao recurso adesivo interposto pela autora e não conheceram do recurso adesivo interposto pelo corréu Brinquedo Mágico. V.U.", de conformidade com o voto da Relatora, que integra este acórdão. **(Voto nº 19.291)**

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

São Paulo, 16 de setembro de 2014.

CHRISTINE SANTINI, Relatora

Ementa: Apelação Cível e Recursos Adesivos.

Apelação cível interposta pelo corréu shopping Taubaté e recurso adesivo interposto pela autora - Autora, portadora de síndrome de Down, que teve sua entrada em espaço recreativo para crianças condicionada à presença de seus pais - Espaço em que as crianças são deixadas ao cuidado de monitores, não se impondo a exigência de acompanhamento pelos responsáveis às demais crianças - Funcionária do local que fundou tal exigência no fato de a autora "se tratar de criança especial", o que foi reiterado por preposto do shopping center - Prova de tratamento

Acesso ao Sumário

discriminatório com relação à autora - Danos morais configurados - *Quantum* indenizatório fixado em R$ 40.000,00, montante reputado adequado diante da extensão da lesão e da condição econômica dos réus.

Recurso adesivo interposto pelo corréu Brinquedo Mágico - Pretensão do corréu Brinquedo Mágico de recorrer adesivamente à apelação interposta por seu litisconsorte passivo - Descabimento - Recurso não conhecido.

Nega-se provimento ao recurso de apelação e ao recurso adesivo interposto pela autora e não se conhece do recurso adesivo interposto pelo corréu Brinquedo Mágico.

VOTO

1. Trata-se de ação de indenização por danos morais movida por Andressa Aparecida Nunes, menor representada por sua genitora, em face de Brinquedo Mágico Ltda. e Centro Comercial Taubaté Shopping, em que se alega, em síntese, que a autora, portadora de "síndrome de Down", foi deixada por sua mãe ao cuidado de monitores em espaço recreativo mantido pela empresa Brinquedo Mágico, dentro do shopping center corréu. Afirma que, ao retornar para buscar a autora, sua genitora foi informada de que a autora não mais poderia ser deixada no local sem a companhia de um de seus pais, por se tratar de "criança especial". Tal circunstância levou a genitora da autora a redigir reclamação escrita ao shopping center. Posteriormente, recebeu telefonema de funcionário do shopping em que reiterada a proibição à autora de frequentar o espaço desacompanhada dos pais. Postula a condenação dos réus ao pagamento de R$ 100.000,00 a título de indenização por danos morais, em razão da discriminação sofrida.

A ação foi julgada parcialmente procedente para o fim de condenar os réus ao pagamento de R$ 40.000,00 a título de indenização por danos morais. Foram condenados, em razão da sucumbência, a arcar com as custas e despesas processuais, bem como com os honorários advocatícios, fixados em 15% da condenação (fls. 186/198).

Inconformado, apela o shopping center, preliminarmente arguindo sua ilegitimidade passiva. No mérito, postula a improcedência da ação, subsidiariamente requerendo a redução da condenação e dos honorários advocatícios (fls. 211/231).

A fls. 240/257, o corréu Brinquedo Mágico Ltda. interpôs recurso adesivo, em que requer a improcedência da ação, subsidiariamente postulando a redução da condenação. A fls. 296/300, a autora, por seu turno, apresentou

Acesso ao Sumário

recurso adesivo, em que postula a majoração da condenação e dos honorários advocatícios.

Processados regularmente, houve a juntada das contrarrazões apresentadas pela autora (fls. 281/283 e fls. 284/295), pelo corréu Brinquedo Mágico (fls. 305/323) e pelo shopping corréu (fls. 324/330).

A Douta Procuradoria de Justiça opinou pelo desprovimento do recurso de apelação, pelo não conhecimento do recurso adesivo interposto pelo corréu Brinquedo Mágico e pelo provimento do recurso adesivo interposto pela autora (fls. 335/354).

É o relatório.

2. A preliminar de ilegitimidade passiva arguida pelo shopping Taubaté não merece acolhida.

A autora narra que, após receber tratamento reputado discriminatório pelos prepostos do corréu Brinquedo Mágico, situado nas dependências do shopping center, redigiu reclamação direcionada à administração deste. Posteriormente, recebeu ligação de funcionária do shopping center, que reiterou os termos utilizados pelos prepostos do corréu Brinquedo Mágico. Portanto, uma vez que a autora imputa a ambos os litisconsortes passivos a prática de conduta lesiva, patente a legitimidade passiva do shopping center.

No mérito, o recurso de apelação interposto pelo corréu shopping Taubaté e o recurso adesivo interposto pela autora não merecem provimento.

É incontroverso que a autora, criança portadora de síndrome de Down, foi deixada por seus pais em espaço recreativo mantido pelo corréu Brinquedo Mágico, nas dependências do shopping Taubaté. Esclareça-se que em tal espaço as crianças são deixadas ao cuidado de monitores, que se responsabilizavam pelo cuidado e vigilância dos menores, posteriormente sendo buscadas por seus responsáveis.

No caso, ao retornar ao local para buscar a autora, sua genitora foi informada de que a criança não mais poderia frequentá-lo desacompanhada de seus pais, por se tratar de "criança especial", não obstante tal exigência não existir para as demais crianças tal narrativa é confirmada pelo testemunho da própria funcionária do corréu Brinquedo Mágico (fls. 173). Ressalte-se que, ainda que tenha havido certo atraso por parte dos pais da autora para buscá-la na data dos fatos, a funcionária do Brinquedo Mágico afirmou que fez a exigência de acompanhamento da criança por seus pais não apenas pelo horário, mas "*também por ela ser uma criança especial*" (fls. 173).

Em razão disso, a genitora da autora redigiu reclamação direcionada à administração do shopping center (fls. 85), o que ensejou o contato telefônico por parte de funcionário deste. A ligação foi feita pela testemunha Martha (fls. 171), que narrou ter informado a genitora da autora que "*segundo a norma do*

Acesso ao Sumário

Brinquedo Mágico crianças especiais somente devem permanecer no espaço recreativo acompanhadas pelos pais ou responsáveis".

Dos autos se extrai que a autora é uma criança de cinco anos, que interage com os pais e frequenta creche municipal, o que demonstra conviver regularmente com outras crianças (fls. 18). Entretanto, segundo relato da inicial, quando foi buscada por sua genitora no espaço recreativo, a autora estava separada das demais crianças, o que é indicativo de tratamento discriminatório. Além disso, a funcionária do shopping center afirmou em seu depoimento que nos dias de semana era "aberta exceção" para que "crianças especiais" fossem admitidas no espaço desacompanhadas (fls. 171), o que confirma o relato da mãe da autora a fls. 166:

> "*No dia seguinte tornaram a ligar e então falaram com a própria depoente, repetindo que ela não deveria mais levar Andressa ao espaço recreativo. A depoente ainda ponderou que já levara anteriormente e que não houve qualquer problema, mas a pessoa que se identificava como Marta Serra dizia que talvez Andressa só pudesse ir em dias de semana, quando o movimento é bem menor.*"

Diante da demonstração da ocorrência de tais fatos, reputa-se patente a responsabilidade civil dos corréus, diante do tratamento discriminatório concedido à autora, que teve seu acesso ao espaço recreativo condicionado à presença de seus pais, exigência que não é feita às demais crianças e que foi reiterada por preposto do shopping center.

Se a empresa Brinquedo Mágico tem como atividade a manutenção de espaço recreativo para crianças, deve dispor dos meios necessários a seu desempenho, contratando funcionários qualificados para atender às necessidades de qualquer criança que frequente o local, inclusive aquelas que, como a autora, são portadoras de síndrome de Down. Não poderia, entretanto, instituir critérios diferentes para a admissão de crianças no local, o que configura violação a princípios como a igualdade e até mesmo dignidade da pessoa, consagrados constitucionalmente. Ressalte-se que tais lesões à autora também são imputáveis ao shopping center, mediante ligação de funcionário que ratificou tal diferenciação no tratamento entre as crianças, afirmando que esta era a "norma do brinquedo".

Acesso ao Sumário

Assim, resta configurado dano moral indenizável, pela violação à própria dignidade da autora. Nos termos da R. Sentença apelada:

> "*E a criança autora, embora 'especial' - como a rotularam os réus - é perfeitamente apta a perceber tudo o que se passa ao seu redor e a discriminação que está a sofrer. Muito embora as funcionárias dos réus imaginem que não, crianças portadoras da síndrome que acomete a autora têm a mesma sensibilidade e os mesmo direitos que as demais*

crianças."

A reparação do dano moral deve ser fixada com base nas qualidades das vítimas e do ofensor.

Ressalte-se que, não havendo norma legal que estabeleça na hipótese os parâmetros da indenização por dano moral, imperioso seu arbitramento pelo Juízo, consideradas a gravidade da lesão e a condição econômica dos réus.

No caso, o valor fixado pelo MM. Juízo "a quo" (R$ 40.000,00) é considerado adequado e suficiente para reparação do dano sofrido, não se cogitando de sua alteração. Anote-se que embora a dor sofrida não possa até mesmo em face do elevadíssimo significado do bem humano atingido, ser causa de enriquecimento, esta tampouco poderia ser minorada a ponto de se tornar irrisória e de nenhuma importância para as partes.

Por outro lado, diante da natureza da causa e do trabalho desenvolvido pelo patrono da autora, reputa-se adequada e consentânea com o artigo 20, parágrafo 3º, do Código de Processo Civil, a verba honorária fixada em sentença (15% sobre a condenação), que deverá ser mantida.

Por fim, não é de ser conhecido o recurso adesivo interposto pelo corréu Brinquedo Mágico.

A possibilidade de interposição de recurso adesivo diz respeito à parte que, em princípio conformada com a sentença, é surpreendida pelo apelo da parte contrária. Não é o que se vislumbra na hipótese, uma vez que o corréu Brinquedo Mágico pretende recorrer adesivamente ao apelo interposto por seu litisconsorte passivo, o corréu shopping Taubaté.

Logo, inviável o conhecimento do recurso interposto de forma adesiva, que, aliás, não constitui via recursal para o litisconsorte que perde o prazo para interposição de apelação independente, como bem salientado pela Douta Procuradoria de Justiça.

3. À vista do exposto, pelo meu voto, nego provimento ao recurso de apelação e ao recurso adesivo interposto pela autora, e não conheço do recurso adesivo interposto pelo corréu Brinquedo Mágico.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 9109044-83.2009.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é apelante/apelada DUPATRI HOSPITALAR COMÉRCIO IMPORTAÇÃO E EXPORTAÇÃO LTDA., é apelado/apelante S/A O ESTADO DE SÃO PAULO, apelados BRUNO TAVARES e MARCELO GODOY.

Acesso ao Sumário

ACORDAM, em 5ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Por maioria de votos, negaram provimento a ambos os recursos. O relator sorteado dava provimento ao recurso da autora e julgava prejudicado o inconformismo dos réus e declarará voto. O revisor ficou designado como relator do acórdão.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 11828)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores J.L. MÔNACO DA SILVA, vencedor, ERICKSON GAVAZZA MARQUES (Presidente), vencido, ERICKSON GAVAZZA MARQUES (Presidente) e MOREIRA VIEGAS.

São Paulo, 30 de julho de 2014.

J.L. MÔNACO DA SILVA, Relator Designado

Ementa: INDENIZAÇÃO – Danos morais – Improcedência do pedido – Inconformismo – Desacolhimento – Matéria jornalística – Exercício regular de direito – Sentença mantida – Recurso desprovido.

VOTO

A autora ajuizou ação de indenização por danos morais em face de S/A O Estado de São Paulo, Bruno Tavares e Marcelo Godoy, alegando, em resumo, que a publicação de reportagem caluniosa lhe casou danos morais. Pediu a condenação dos réus no valor de R$ 700.000,00.

Após os trâmites legais, a r. sentença de fls. 187/188 julgou improcedente o pedido.

Inconformada, apela a autora e requer a reforma do julgado, firme no argumento de que a conduta dos réus ocasionou danos morais.

Os réus, por sua vez, apresentaram recurso adesivo e pleitearam a majoração da verba honorária, fixada em R$ 7.000,00, nos termos do art. 20, § 4º, do Código de Processo Civil.

Pois bem, é caso de aplicar o disposto no art. 252 do RITJSP e ratificar os fundamentos da r. sentença apelada, proferida nos seguintes termos:

> *A reportagem denomina-se "Prefeitura anula licitação por suspeita de fraude". A chamada a seguir noticia que carta enviada ao jornal antecipava empresa vencedora do pregão. Depois, o texto propriamente dito da reportagem narra os fatos determinantes da suspensão do pregão.*
>
> *Não se vislumbra qualquer conteúdo ofensivo na reportagem. São verdadeiros os relatos sobre a existência de carta com antecipação*

Acesso ao Sumário

da empresa vencedora do pregão, sobre a participação da autora na licitação, que venceu em alguns itens, sobre a suspeita relativa à outra empresa participante (Halex Istar) e sobre o fato de a autora ser distribuidora dos produtos fabricados por aquela empresa.

Ora, o interesse público na divulgação das informações relativas ao pregão é inegável e não há dúvida de que investigação policial anterior indicava a empresa Halex Istar como supostamente integrante da denominada 'máfia dos parasitas'.

A reportagem não acusa a autora de integrar a suposta máfia, apenas relata fato verdadeiro atinente à relação de distribuição existente, e deixa claro que se trata apenas de possíveis irregularidades a serem apuradas.

Em nenhum momento a reportagem afirma que a autora tenha de alguma maneira manipulado a licitação. Da sua leitura extrai-se que as suspeitas determinantes da suspensão do pregão recaiam sobre a fabricante e a menção da reportagem à autora explica-se pelo fato de ser distribuidora dessa fabricante e pela circunstância de ter vencido alguns itens licitados. Está claro no texto jornalístico que o alvo da operação policial contra os 'parasitas' é a empresa fabricante, não a autora.

O fato de a reportagem mencionar 'possíveis irregularidades no processo de leilão eletrônico' em nada ofende a autora, mas sim retrata circunstância determinante da suspeição da licitação.

(...)

Em tal contexto, não divulgado fato manifestamente inverídico ou errôneo e havendo interesse público na narrativa, sem nenhum intuito ofensivo, de investigações atinentes a possíveis irregularidades em licitações públicas, uma delas suspensa exatamente por conta de tais suspeitas, não há direito à indenização ou à publicação de nota de retratação" (v. fls. 187v/188).

De fato, os réus não cometeram ato ilícito, apenas exerceram o seu direito de informação previsto no art. 220 da Constituição Federal. Em nenhum momento a matéria publicada afirmou ou insinuou que a apelante fizesse parte da "máfia dos parasitas".

Vale a pena transcrever a íntegra da matéria publicada no Jornal O Estado de São Paulo:

Prefeitura anula licitação por suspeita de fraude

Carta enviada ao 'Estado' antecipava empresa vencedora do pregão

A máfia dos parasitas é suspeita de tentar fraudar mais um pregão

Acesso ao Sumário

eletrônico para o fornecimento de medicamentos, desta vez na Secretaria Municipal de São Paulo. Parte do resultado da licitação, realizada na quarta-feira, foi antecipada em denúncia recebida pelo ***Estado*** *em 11 de dezembro, que a enviou ao Ministério Público Estadual (MPE). Ao ser informada ontem do caso, a pasta decidiu cancelar o pregão, medida tomada pelo secretário Januário Montone, antes mesmo da assinatura do contrato.*

Quem havia vencido os itens sob suspeita era a Dupatri Hospitalar Comércio, Importação e Exportação Ltda., distribuidora da Halex Istar. Ela ofereceu os melhores preços para dois dos cinco produtos submetidos a constatação pública, concorrendo com o próprio fabricante do produto, a Halex Istar. Sediada em Goiânia (GO), a Halex Istar é um dos alvos da Operação Parasitas – Investigação sobre fraudes de R$ 100 milhões em licitações para a compra de medicamentos e serviços hospitalares que, em 30 de outubro, levou cinco pessoas para a cadeia.

A informação de que o pregão 444/2008 para o processo 2008-0.298.502-1 teve o seu edital dirigido para a Halex Istar foi encaminhada ao ***Estado*** *em 11 de dezembro por meio de uma carta registrada na agência dos Correios no Cursino, zona sul da capital. A denúncia especificava que a fabricante ganharia "pelo menos três" dos cinco itens licitados – Glanciclovir sódico 250 mg em sistema fechado, solução coloidal a base de hidroxietilamido a 6% e poligelina a 3,5% em sistema fechado. Segundo ela, "o descritivo foi totalmente feito para o produto produzido por esta empresa (Halex Istar)".*

A reportagem procurou o Grupo de Atuação Especial e Repressão ao Crime Organizado (Gaeco), do MPE, no dia 12 e entregou a denúncia. Uma cópia também foi registrada em cartório. O pregão 444/2008 ocorreu na quarta-feira e seu resultado foi publicado no dia seguinte. Os itens Ganciclovir (um antiviral) e Poligelina (um plasma sintético) foram vencidos pela Dupatri. A Halex Istar informou que é a única fabricante nacional do Ganciclovir 'com essa especificação'. Disse que tem os melhores preços, daí porque é fácil prever que seus produtos vencerão um pregão.

O contrato que seria assinado previa gastos de pelo menos R$ 53 mil mensais com os itens vencidos pela Dupatri – a empresa se comprometeria a fornecer até o triplo do contratado. O valor global do pregão previa compras de R$ 379 mil por mês durante um ano.

Em nota oficial, a secretaria informou que "em face à existência de uma acusação de possíveis irregularidades no processo de leilão eletrônico, fará publicar na edição do Diário Oficial de amanhã (hoje)

Acesso ao Sumário

a decisão de suspensão do pregão, com vistas à investigação dos fatos denunciados" (fls. 114).

Ora, a reportagem deixou bem claro que a Halex Istar (e não a autora) era um dos alvos da *Operação Parasitas*. Da mesma forma, a matéria jornalística esclareceu que o edital foi objeto de direcionamento para beneficiar a Halex Istar (e não a autora).

Sendo assim, os réus agiram no exercício regular de direito ao publicar a matéria jornalística, razão pela qual não podem, à evidência, ser condenados em danos morais.

O recurso adesivo dos réus, por sua vez, não merece acolhimento. O MM. Juízo *a quo* fixou a verba honorária em R$ 7.000,00, valor correspondente a 10% sobre o valor da causa (R$ 700.000,00). Distribuída em 12 de fevereiro de 2009, a demanda foi julgada em 3 de junho do mesmo ano. Ou seja, decorreram poucos meses entre o ajuizamento e o sentenciamento da causa. Por outro lado, pouquíssimos atos processuais foram praticados no processo (petição inicial, contestação, réplica e sentença). Ademais, a causa tramitou pela 9ª Vara Cível Central de São Paulo, comarca onde o patrono dos réus tem escritório (v. fls. 89/92). Não há falar, pois, em majoração da verba honorária.

Ante o exposto, pelo meu voto, nego provimento aos recursos.

DECLARAÇÃO DE VOTO VENCIDO

Vistos.

Respeitado o entendimento da douta maioria, ouso dela divergir, pois, no meu entendimento, a reportagem é tendenciosa e insinua claramente a participação da apelante em procedimentos ilegais tendentes a fraudar licitações, razão pela qual deve ser responsabilizada civilmente.

Pois bem, o acesso à informação é um direito garantido constitucionalmente e tem como consectário lógico a liberdade de expressão das atividades de comunicação, independentemente de censura ou licença (artigos 5º, incisos IX e XIV e 220, §§ 1º e 2º da Constituição Federal).

Por outro lado, também constitui direito fundamental a proteção dos direitos de personalidade, dentre os quais a inviolabilidade da honra e da imagem, cuja proteção é assegurada também à pessoa jurídica (artigo 52 do Código Civil).

Dessa forma, considerando que a ordem jurídica constitui um sistema unitário e harmônico, o julgador deve sempre procurar uma solução ponderada e equilibrada diante do confronto entre o direito de liberdade de expressão do pensamento e da informação e o direito à inviolabilidade dos atributos da

Acesso ao Sumário

personalidade.

Neste juízo de ponderação, conclui-se que, no caso, os requeridos ultrapassaram os limites da livre manifestação, atingindo a imagem da autora ao insinuar sua participação na fraude.

Segundo a reportagem, cujo título é "*Prefeitura anula licitação por suspeita de fraude*", o resultado do pregão para fornecimento de medicamentos já era conhecido antes do certame e fora comunicado ao jornal dias antes, por meio de uma carta.

A reportagem narra que "*quem havia vencido os itens sob suspeita era a Dupatri Hospitalar Comércio, Importação e Exportação Ltda., distribuidora da Halex Istar. Ela ofereceu os melhores preços para dois dos cinco produtos submetidos à cotação pública, concorrendo com o próprio fabricante do produto, a Halex Istar.*".

A matéria ainda narra que a carta informava que "*o descritivo foi totalmente feito para o produto produzido por esta empresa (Halex Istar)*", a qual venceria pelo menos três dos cinco itens licitados.

Por fim, a reportagem informa que a autora acabou vencendo dois itens, dentre os quais os três indicados pela carta, consignando, oportunamente, a manifestação da fabricante, que disse ser a única fabricante nacional com tais especificações, e da Secretaria da Saúde, que decidiu suspender a licitação.

Em sua contestação, os réus argumentam que a matéria deixa claro que a Halex Istar é um dos alvos da operação Parasita, e não a autora (fls. 102) e que não houve qualquer imputação à requerente, exceto a condição – verdadeira – de distribuidora de medicamentos da investigada (fls. 104).

Entretanto, a reportagem sugere, sim, a participação da autora na fraude, informando, de modo tendencioso, que quem venceu os itens sob suspeita foi a Dupatri, oferecendo preços inferiores ao próprio fabricante.

Ao contrário do alegado, a matéria não esclarece que a investigada é a empresa fabricante, e não a requerente, empresa distribuidora, cujo nome poderia ter sido omitido, como foi em reportagem posterior (fls. 181).

Oportuno observar que não há indícios de participação da autora na fraude, nem mesmo o fato de ter oferecido o produto por preço menor que a própria fabricante, Halex Istar, cuja elevação do valor do medicamento pode ser proposital e representar manobra dissimulatória, visto que seu intuito era lucrar com a fabricação dos medicamentos, mesmo que o fornecimento fosse realizado por meio de distribuidora.

Em outras palavras, a reportagem poderia esclarecer que o direcionamento da licitação se restringia à fabricante, ou poderia deixar de citar a autora. Nada obstante, os réus optaram por expor a autora e insinuar sua participação no esquema, sem qualquer comprovação ou sem nem ao menos ouvir sua versão

Acesso ao Sumário

dos fatos, o que agrava ainda mais sua conduta.

Observe-se que de todas as envolvidas, somente a autora não foi consultada sobre os fatos, uma vez que as manifestações da fabricante e da Prefeitura foram reportadas.

Assim, forçoso reconhecer que os demandados extrapolaram seu direito de livre manifestação, atingindo a honra objetiva da requerente, cuja credibilidade certamente foi abalada perante seus clientes e toda a comunidade, que passaram a associar seu nome a procedimentos licitatórios fraudulentos.

Por isso, entendo que a ação devia ser julgada procedente para o fim de condenar os requeridos a veicular nota de retratação, nos termos do item *a*, do pedido (fls. 17), e a pagar indenização por danos morais, arbitrada em R$ 10.000,00, valor razoável e proporcional e que leva em conta a condição econômica dos envolvidos, o grau de culpa dos ofensores, se presta a ressarcir moralmente a ofendida e serve como desestímulo à repetição da conduta ilícita dos agentes.

Ainda, em consequência da revisão da sentença, invertia os ônus sucumbenciais, arbitrando a verba honorária em 20% sobre o valor da condenação.

Ante o exposto, pelo meu voto, dava provimento ao recurso da autora e julgava prejudicado o inconformismo dos réus.

ERICKSON GAVAZZA MARQUES, Desembargador, Relator sorteado vencido

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos destes autos de Apelação nº 0168997-20.2012.8.26.0100, da Comarca São Paulo, em que são apelantes RICARDO DE CASTRO BARBOSA e DENISE CERQUEIRA CASTRO BARBOSA, é apelado RUI JANONI DOURADO.

ACORDAM, em 3ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Por maioria, negaram provimento ao recurso, com observação. Vencido o 3º Juiz, que declarará.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 9012)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores DONEGÁ MORANDINI (Presidente sem voto), VIVIANI NICOLAU e CARLOS ALBERTO DE SALLES.

São Paulo, 2 de setembro de 2014.

JOÃO PAZINE NETO, Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: Indenização. Escritura de venda e compra de imóvel. Ocorrência de acidente na piscina do condomínio em que localizado o imóvel negociado. Prescrição não caracterizada. Ação que não versa vício redibitório. Pretensão indenizatória que nasceu do trânsito em julgado na ação que condenou o condomínio. Condomínio que foi demandado e condenado a indenizar a vítima do acidente. Fato que foi omitido pelos Réus. Não observância do princípio da boa-fé. Sentença de procedência mantida. Correção monetária que incidirá dos respectivos desembolsos e juros moratórios a partir da citação. Recurso não provido, com observação.

VOTO

Trata-se de ação de indenização julgada procedente pela r. sentença de fls. 212/214, cujo relatório adoto, para condenar os Réus ao reembolso dos valores despendidos pelo Autor, corrigidos pela aplicação da Tabela Prática do Tribunal de Justiça de São Paulo, acrescidos de juros de mora de 1% ao mês, e arcar com os alimentos vincendos e lucros cessantes à F.S.B.. Condenou ainda os Réus ao pagamento de honorários advocatícios, arbitrados em 10% sobre o valor atribuído à causa, e ao reembolso das custas e despesas processuais despendidas pelo Autor, corrigidas desde os respectivos desembolsos.

Embargos de declaração formalizados pelos Réus (fls. 217/219), rejeitados pela r. decisão de fl. 222.

Apelam os Réus (fls. 227/246) para buscar a reforma do julgado, com alegação, em síntese, que a r. sentença contém nulidade, por afronta aos artigos 458 e 535 do Código de Processo Civil, vez que não estabeleceu a data de início da correção monetária e dos juros da condenação, além de não esclarecer a questão do reembolso da pensão alimentícia e lucros cessantes. Afirma a ocorrência da prescrição da ação, vez que a mesma constitui verdadeira ação redibitória. Sustenta ainda a prescrição da ação indenizatória decorrente de prática de ilícito contratual. Quanto às demais questões de mérito, afirmam a não violação do princípio da boa-fé na conclusão do contrato de venda e compra de imóvel, celebrado entre as partes. No momento da venda do imóvel não existia ação da pessoa acidentada na piscina em face do condomínio.

Preparo anotado às fls. 247/248. O recurso foi recebido e processado nos efeitos devolutivo e suspensivo (fl. 250), com oferta de contrarrazões (fls. 253/264).

É o relatório.

Acesso ao Sumário

Ressalvado o entendimento dos Apelantes, a r. sentença de fls. 212/214 não comporta reparos.

Enuncie-se, desde logo, a inexistência de nulidade do julgado, vez que a não indicação do marco inicial da fluência da correção monetária e dos juros moratórios constitui mera irregularidade passível de correção, o que ora será observado ao final deste julgamento. Ademais, a delimitação da incidência da correção monetária e dos juros moratórios já se encontram indicadas no pedido inicial, que restou integralmente acolhido, inclusive no que toca a pensão alimentícia e lucros cessantes.

A prescrição não se operou. Primeiro, porque a ação não trata de vício redibitório. NÉLSON ROSENVAL enuncia que "*O vício redibitório consiste no vício oculto da coisa que a torna imprópria a seu uso. Sendo inerente à essência do produto, o vício é capaz de torná-lo imprestável ao fim a que se destina ou de reduzir a capacidade do bem por ocasião de sua utilização*" (Código Civil Comentado, Coordenador Ministro Cezar Peluso, 7ª Edição, p. 495). A situação enunciada nos autos não tornou o imóvel impróprio ao seu uso. Busca o Autor com ação proposta indenização por fato ocorrido antes da formalização do contrato de venda e compra entre as partes, quando os Réus integravam o condomínio, de modo que a eles competiria a responsabilidade correspondente.

Considerada a ação de indenização, também não prospera a arguição de prescrição.

Na lição de WASHINGTON DE BARROS MONTEIRO *"(...) na matéria em exame (prescrição) as disposições são sempre de aplicação estrita, não comportando interpretação extensiva, nem analogia; a interpretação será sempre restritiva (RT 145/71, 178/220). Na dúvida, deve-se julgar contra a prescrição, meio antipático de extinguir-se a obrigação (RT 144/534)*" (*in* Curso de Direito Civil, vol. 1, p. 305. 18.ª CC do TJSP, 4.5.92, RJTJSP 138/229, citado por YUSSEF SAID CAHALI, *in* Prescrição e Decadência. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 20).

O fundamento deduzido pelo Autor na ação consiste no fato de que adquiriu dos Réus, em 03/11/1998, o imóvel que descreve, localizado no Edifício Jardim da Juriti. Aduz que, em 30/4/1999, o condomínio foi citado para responder aos termos de ação indenizatória, em razão da ocorrência de um acidente na piscina do prédio, que vitimou menor de idade, em 06/01/1998. Quando da formalização do negócio entre as partes, o acidente foi omitido pelos Réus. O condomínio acabou condenado a indenizar a vítima e sua genitora, por dano material, moral, estético e pensão alimentícia.

ADRIANO CÉSAR DA SILVA ÁLVARES, a respeito do termo inicial do prazo prescricional, enuncia que:

"*O início do prazo da prescrição é um fator que estrutura o próprio*

Acesso ao Sumário

instituto. Há na doutrina comparada (CORDEIRO, Antonio Menezes. Tratado de Direito Civil Português. I Parte Geral, Tomo IV, p. 166) dois grandes sistemas.

O sistema tradicional é o objetivo. Neste, o prazo da prescrição começa a correr assim que a pretensão possa ser exercida.

No sistema subjetivo (esse é o sistema padrão da Alemanha, mas ainda há a adoção do sistema objetivo, conforme relatado no tópico 2 referente 'A Reforma da Prescrição no BGB 2001/2002'), tal início só se dá quando o credor tem conhecimento dos elementos essenciais relativos ao seu direito. Neste sistema, onde existe imprecisão do termo inicial da prescrição que se relaciona com o conhecimento da autoria e do dano, só haverá o início quando ocorrer o cotejamento de ambos os requisitos (autoria + dano) (CORDEIRO, Antonio Menezes. Tratado de Direito Civil Português. I Parte Geral, Tomo IV, p. 145), como acontece com o art. 200 do Código Civil Brasileiro.

Desta maneira, o início do lapso da prescrição ocorre com o nascer da pretensão, ou seja, a partir do momento em que o titular do direito possa exigir o ato ou a omissão da parte contrária (Súmula 443 do Supremo Tribunal Federal – 'A prescrição das prestações anteriores ao período previsto em lei não ocorre, quando não tiver sido negado, antes daquele prazo, o próprio direito reclamado, ou a situação jurídica de que ele resulta'). (...)

Estamos, assim, diante do princípio da actio nata*. Esse termo inicial correspondente à violação do direito, como se prevê no Código Civil Brasileiro, em seu art. 189.*

*É nesse termo que há o nascimento da pretensão e, de regra com ele, da 'ação nascida' (*actio nata*) – nunca antes*" (Manual da Prescrição, Aspectos Relevantes do Código Civil, Editora Juarez de Oliveira, 2009, págs. 61/62).

A pretendida indenização pelo Autor somente poderia ser exigida dos Réus com o trânsito em julgado da ação de indenização movida em face do condomínio, o que veio ocorrer em abril de 2012, momento no qual nasceu para o Autor o direito para a pretendida reparação. Esta ação foi ajuizada em 19/7/2012, portanto antes de consumado o prazo prescricional indicado no artigo 206, § 3º, V, do Código Civil.

Quanto as demais questões de mérito, é certo que o acidente ocorrido nas dependências do condomínio Edifício Jardim da Juriti, dada sua gravidade, não pode ser considerado como circunstância do cotidiano. O ocorrido deveria ter sido mencionado pelos Réus quando da celebração da escritura de venda e compra, o que inclusive poderia conduzir à não celebração do negócio. A

Acesso ao Sumário

situação posta revela nítida afronta ao princípio da boa-fé objetiva, que, segundo enuncia NÉLSON ROSENVAL, já citado acima, "*compreende ele um modelo de conduta social, verdadeiro standard jurídico ou regra de conduta, caracterizado por uma atuação de acordo com determinados padrões sociais de lisura, honestidade e correção de modo a não frustrar a legítima confiança da outra parte*" (Código Civil Comentado, Coordenador Ministro Cezar Peluso, 7ª edição, p. 476).

É certo que quando da celebração do negócio jurídico enunciado na inicial ainda não existia ação indenizatória em face do condomínio, contudo certo é também que o fato ensejador da condenação do condomínio em indenizar a vítima do acidente ocorrido na piscina é antecedente ao negócio de venda e compra e era de pleno conhecimento dos Réus, de modo que deveriam ter noticiado esse relevante fato para os compradores.

Observa-se apenas que a incidência da correção monetária incidirá dos respectivos desembolsos e os juros moratórios fluirão da citação.

Diante do exposto, nego provimento ao recurso, com observação.

DECLARAÇÃO DE VOTO VENCIDO

(Voto nº 4545)

Trata-se de apelação interposta contra a r. sentença de fls. 212/214, cujo relatório se adota, que julgou procedente o pedido indenizatório formulado na inicial, condenando os réus a ressarcirem o autor das despesas condominiais decorrentes de acidente ocorrido no condomínio.

Respeitado o bem lançado voto do E. Desembargador Relator, meu voto, com o relator afasta a alegação de prescrição, mas é pelo provimento do apelo, para julgar improcedente o pedido indenizatório.

O autor se volta contra suposta conduta ilícita dos réus, que teriam violado os deveres anexos à boa-fé objetiva, quando da alienação de bem imóvel.

Afirma, sob esse aspecto, que mereceria ser indenizado dos valores dispendidos para o pagamento de indenização e pensionamento às vítimas de acidente ocorrido nas dependências do condomínio, antes da transferência de propriedade. Os demandados, sob o ponto de vista do demandante, ao omitirem a informação a respeito da ocorrência do trágico acidente, teriam agido ilicitamente, devendo ser responsabilizados pela quota parte da indenização cabível atribuída à unidade vendida.

Deve-se ponderar, em primeiro lugar, que a má-fé, ou a violação dos deveres anexos à boa-fé objetiva, não se presume. De maneira oposta, parte-se do pressuposto que as partes contratantes atuam regularmente, porque nosso

Acesso ao Sumário

sistema jurídico é calcado na boa-fé, esta, sim, presumida. Essa regra somente pode ser invertida em hipóteses legalmente previstas.

No caso em tela, a despeito de o autor afirmar que houve violação da boa-fé objetiva, consubstanciada na omissão a respeito do acidente, quando da venda do imóvel, não há nada nos autos que comprove essa alegação.

Há documentos que demonstram o negócio jurídico de compra e venda, a ocorrência do acidente, o acordo firmado entre Condomínio e vítimas, dentre outros. Nada, contudo, a indicar que os réus tenham omitido maliciosamente qualquer informação do autor na aquisição do imóvel.

Ao contrário, a cronologia dos fatos corrobora a boa-fé do alienante.

O imóvel foi alienado em **03 de novembro de 1998** (fls. 16/17). Muito embora o acidente que veio a responsabilizar o condomínio tenha ocorrido em **06 de janeiro de 1998** (fl. 29), o condomínio foi citado da ação indenizatória em favor da vítima apenas em **18 de março de 1999** (fls. 62). A antecipação de tutela, em face do condomínio, naqueles autos foi deferida apenas na sentença de **11 de outubro de 2002** (fls. 131/134), sendo que o trânsito em julgado da sentença ocorreu apenas em **abril de 2012** (fl. 198).

À época da alienação do imóvel, portanto, o condomínio não estava de maneira alguma onerado pelo acidente ocorrido em sua piscina, não tendo sequer sido citado da ação a esse respeito. Ora, nessas circunstâncias não é razoável exigir que o alienante, réu neste processo, devesse supor a possibilidade de o condomínio vir a processado e condenado, o que se consumaria apenas muitos anos depois.

A prova da má-fé na alienação do imóvel era prova que competia ao autor. Não demonstrada a contento a conduta tida por ilícita (violação da boa-fé), era medida de rigor a rejeição do pedido, tendo em vista a evidente distribuição do ônus probatório (art. 333, I, CPC).

Observa-se, no entanto, que o apelado, quando intimado a respeito da produção de provas, pleiteou o julgamento antecipado da lide, por entender desnecessária abertura de fase instrutória (fls. 210/211). Não se desincumbindo do ônus probatório que lhe competia.

Mesmo que assim não fosse, ou seja, caso o suposto ato ilícito tivesse sido comprovado, o pedido não poderia prosperar, em razão da própria natureza e atribuição legal da obrigação envolvida.

Nos termos do artigo 1.345 do Código Civil, as despesas condominiais têm caráter *propter rem*. Desse modo, apesar de manterem sua característica obrigacional, ligam-se à coisa ou ao titular do direito real de propriedade.

Nas palavras de ORLANDO GOMES, as obrigações dessa natureza "*caracterizam-se pela origem e transmissibilidade automática. Consideradas em sua origem, verifica-se que provêm da existência de um direito real, impondo-*

Acesso ao Sumário

se a seu titular. Esse cordão umbilical jamais se rompe. Se o direito de que se origina é transmitido, a obrigação o segue, seja qual for o título translativo".[1]

Com isso, por se referirem à coisa e transmitirem-se automaticamente, seguem o titular do direito real de propriedade, independentemente do modo de transmissão.

A indenização e o pensionamento devidos **pelo Condomínio**, em decorrência de acidente ocorrido em suas dependências, caracterizam-se como despesas condominiais e, consequentemente, conservam a mesma natureza de obrigação *propter rem*.

O só fato de os valores não serem despesas rotineiras de todo e qualquer condomínio edilício não tem o condão de afastar sua caracterização como despesa condominial.

Com efeito, a reparação dos danos às vítimas do acidente, bem como a pensão mensal, são dívidas de responsabilidade do Condomínio, que acabam sendo repassadas aos proprietários das unidades autônomas como despesas condominiais extraordinárias, frente à provável ausência de caixa do ente juridicamente responsável pelo pagamento.

Assim sendo, o titular do direito real de propriedade, na ausência de qualquer estipulação privada em contrário, fica impossibilitado de repassar ao alienante do bem, a responsabilidade pelo pagamento de despesas condominiais extraordinárias, indiferentemente do momento em que surgidas.

No caso em tela, a proibição resta ainda mais evidente, levando-se em conta que a obrigação pelo pagamento da indenização e pensão surgira anos após a alienação da unidade, quando da formalização de acordo entre condomínio e unidades – o que evidencia a natureza *propter rem* – e vítimas.

Diga-se, ademais, que o fato de o autor ter transferido o imóvel a terceiro, assumindo a responsabilidade pelo pagamento dos valores, somente evidencia a ligação desta obrigação à coisa e não à pessoa. Caso assim não fosse, a assunção da dívida não necessitaria vir expressa no instrumento de transferência.

Frise-se, por fim, que a violação da boa-fé objetiva, caso provada, poderia dar ensejo à reparação de possíveis danos experimentados pelo autor ou ao rompimento da avença.

A responsabilidade pelo pagamento majorado de despesas condominiais, contudo, não pode ser interpretada como dano passível de repasse, justamente porque relacionada à coisa e ao titular do direito real de propriedade.

Dessa maneira, considerando que não houve comprovação da alegada conduta ilícita (violação da boa-fé objetiva), bem como que a natureza da dívida impede sua atribuição ao alienante do bem, a improcedência do pedido indenizatório era medida de rigor.

1 *Obrigações*. 16ª ed. São Paulo: Forense, 2006. p. 29.

Acesso ao Sumário

Ante o exposto, ousa-se divergir parcialmente do E. Desembargador Relator, para, preservado o afastamento da alegação de prescrição, dar provimento à apelação e julgar improcedente o pedido formulado na ação indenizatória. Sucumbente, deverá o autor arcar com as custas e despesas processuais, bem como com os honorários advocatícios, fixados em R$ 3.500,00 (três mil e quinhentos reais), com base no artigo 20, § 4º, do Código de Processo Civil.

CARLOS ALBERTO DE SALLES, Desembargador, Terceiro Juiz vencido

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0139796-51.2010.8.26.0100, da Comarca de São Paulo, em que é apelante GHELFOND DIAGNÓSTICO MÉDICO LTDA., é apelado A.T.S. (JUSTIÇA GRATUITA).

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 21.323)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores DONEGÁ MORANDINI (Presidente sem voto), VIVIANI NICOLAU e CARLOS ALBERTO DE SALLES.

São Paulo, 2 de setembro de 2014.

EGIDIO GIACOIA, Relator

Ementa: APELAÇÃO – Indenização por danos morais – Exame realizado pelo autor – Envio do resultado por correspondência para sua residência – Indicação na parte externa do envelope, em letras garrafais, do tipo de exame "HIV-1 Quantitativo" – Familiares do autor que acabaram descobrindo a sua condição – Falha na prestação do serviço reconhecida – Dano moral devido – Aplicação do art. 252 do Regimento Interno do TJSP – Decisão Mantida. Recurso Improvido.

VOTO

Trata-se de ação de indenização por danos morais ajuizada por A.T.S. em face de Ghelfond Diagnóstico Médico Ltda..

A r. sentença de fls. 75/84, proferida pela Magistrada **JACIRA JACINTO DA SILVA**, cujo relatório adoto, julgou procedente o pedido para condenar a

empresa ré ao pagamento de indenização pelos danos morais ao autor no valor de R$ 1.500,00, bem como ao pagamento das custas e despesas processuais, além dos honorários advocatícios fixados em R$ 700,00.

Apela a empresa ré alegando, em apertada síntese, que o exame enviado para a residência do autor não revelou o resultado no exterior do envelope mas, apenas, trouxe a nomenclatura do tipo de exame "HIV-1 Quantitativo". Afirma que uma pessoa leiga, somente pela análise do tipo de exame, não tem condições de concluir ser o paciente soropositivo ou não ou, ainda, se o exame em questão seria de pesquisa ou de confirmação da doença. E a descoberta da doença pela genitora do autor não pode ser interpretada como consequência do recebimento do envelope contendo em seu exterior o tipo de exame. Assim, requer o provimento do recurso para afastar a condenação na indenização por danos morais uma vez que os acontecimentos causaram ao autor meros aborrecimentos.

Recurso tempestivo e preparado a fls. 94/96, foi recebido no duplo efeito a fls. 97.

Contrarrazões do autor a fls. 99/102 pelo improvimento do recurso.

É o relatório.

Com a devida vênia da apelante, a r. sentença não comporta qualquer reparo, devendo ser integralmente mantida por seus próprios fundamentos, nos termos do art. 252 do Regimento Interno deste E. Tribunal de Justiça*, in verbis*: "***Nos recursos em geral, o relator poderá limitar-se a ratificar os fundamentos da decisão recorrida, quando, suficientemente motivada, houver de mantê-la***".

Consigne-se que, no caso em julgamento, a pretensão inicial veio amparada no fato da empresa ré ter enviado para a residência do autor envelope de resultado de exame de rotina contendo em seu exterior a informação "HIV-1 Quantitativo". Segundo o autor, seus familiares não tinham conhecimento da doença e, diante da informação constante no exterior do envelope, sua genitora acabou descobrindo aquela condição, o que lhe causou sintomas depressivos, perda de rendimento no trabalho e dificuldades no contato com a família.

A empresa ré sustenta, em resumo, que o simples fato de o envelope conter em seu exterior o tipo do exame "HIV-1 Quantitativo" não é suficiente para uma pessoa leiga concluir ser o paciente soropositivo ou não.

Entretanto, na hipótese dos autos deve mesmo ser aplicado o Código de Defesa do Consumidor.

E os documentos de fls. 17/18 demonstram que o envelope com o resultado do exame feito pelo autor foi enviado para a sua residência contendo no exterior a expressão "HIV-1 PCR QUANTITATIVO".

Aliás, diga-se de passagem que essa expressão veio impressa em letras

Acesso ao Sumário

garrafais, em fonte maior do que todas as outras informações constantes na parte externa do envelope.

E bem observou o d. Magistrado:

"***Inequivocamente dano existiu, pois está provado que a empresa ré inseriu informação sigilosa no envelope, apta a, pelo menos, ensejar grave dúvida sobre ser ele (autor) portador do vírus HIV. Pouco importa que a expressão contida na parte de fora do envelope não seja suficiente para revelar seu resultado como afirmou a ré, pois a natureza do exame já induz à convicção de se tratar de pessoa portadora do vírus.***

O nexo causal é indiscutível, pois toda a problemática decorreu da constatação pela família do autor de que se tratava de pessoa portadora de HIV a partir da dedução extraída da informação de que o mesmo se submeteu ao exame denominado 'HIV-1 Quantitativo'. Caso a informação não constasse da parte externa do envelope a informação só seria conhecida pelos familiares se houvesse violação de correspondência, situação que, essa sim, eximiria a ré de responsabilidade"

E continuou:

"***As clínicas, os hospitais e demais prestadores de serviços de saúde se subordinam ao sistema da Lei 8.078/90, norma que introduziu a responsabilidade objetiva dos profissionais de saúde (art. 14, § 1º). Portanto, independente de prova da culpa, o defeito na prestação do serviço é sinônimo de imperfeição, o que se demonstra com resultado diverso daquele programado no contrato. É inafastável a responsabilidade objetiva do segundo requerido***" – fls. 78/79.

O relatório médico de fls. 20, por sua vez, confirma os constrangimentos e dificuldades que o autor passou com o ocorrido.

Assim, bem demonstrado nos autos o constrangimento e sofrimento vivenciado pelo autor em decorrência da falha na prestação de serviços pela empresa ré, o que superara os percalços da vida em sociedade, a reparação pelos danos morais se impõe.

E, no particular, o valor da indenização fixado pelo d. Magistrado (R$ 1.500,00) pode até mesmo ser considerado bastante módico diante das peculiaridades do caso concreto. Porém, essa valor não pode ser majorado diante da falta de recurso por parte do autor.

Portanto, fica integralmente mantida a r. sentença por seus próprios fundamentos.

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

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0006381-25.2012.8.26.0286, da Comarca de Itu, em que são apelantes H.Q.G.M. e V.Q.G.M. (MENORES REPRESENTADOS), é apelada PANDURATA ALIMENTOS LTDA..

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 27.371)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores ENIO ZULIANI (Presidente) e MAIA DA CUNHA.

São Paulo, 4 de setembro de 2014.

NATAN ZELINSCHI DE ARRUDA, Relator

Ementa: Indenização por danos morais. Autores que adquiriram Bolinho macio e fofinho – 'Happy feet'. Rótulo na embalagem faz referência expressa de foto ilustrativa. Não caracterização de propaganda enganosa. A relação de consumo existente leva em consideração o aspecto publicitário, e nada além disso. Ausência de afronta à dignidade da pessoa humana ou exposição à situação vexatória. Danos morais não configurados. Pretensa verba reparatória sem respaldo. Apelantes em busca do enriquecimento sem causa. Apelo desprovido.

VOTO

1. Trata-se de apelação interposta tempestivamente, com base na r. sentença de fls. 110/111vº, que julgou improcedente ação de indenização por danos morais envolvendo produto alimentício com rótulo demonstrando o visual, com a ressalva de que se trata de foto ilustrativa.

Alegam os apelantes que a sentença merece reforma, pois adquiriram o produto denominado Bolinho macio e fofinho – *Happy feet* – e que a figura ilustrativa demonstra um bolo recheado com uma cobertura cremosa, que escorre do alimento. A seguir mencionaram a existência de propaganda enganosa, afirmando que as ressalvas da embalagem são extremamente discretas, imperceptíveis ao consumidor. Prosseguindo expuseram que os danos morais se

Acesso ao Sumário

fazem presentes, ante a prática do ato ilícito por parte da ré. Por último fizeram referência sobre honorários advocatícios, pleiteando o provimento do recurso, salientando que em caso de improcedência da ação a verba honorária deve ser reduzida.

O recurso foi contra-arrazoado, rebatendo integralmente a pretensão dos apelantes, fls. 128/133.

A douta Procuradoria Geral de Justiça apresentou parecer, opinando pelo não provimento do recurso, fls. 142/143.

É o relatório.

2. A r. sentença apelada merece ser mantida.

Os apelantes escrevem em demasia e de forma desarticulada, sendo que as razões do recurso estão dissociadas do conteúdo da sentença, configurando manifestação aleatória face ao inconformismo.

No caso em exame, o produto fabricado e vendido pela ré observa o ordenamento jurídico vigente, uma vez que as peculiaridades do confeito são expostas de forma clara, destacando-se que, se o bolinho é macio e fofinho, ele não pode ter muito recheio, já que este normalmente se apresenta espesso, sendo diverso de origem de algum farináceo.

Importante observar que existe ressalva de que a foto é ilustrativa, inclusive no idioma inglês, *illustrative photo*, e nada há nos rótulos que demonstre que o recheio estaria escorrendo, de acordo com o que constara das razões do recurso, fls. 118, quinto parágrafo, havendo notório exagero de interpretação por parte dos autores.

Assim, não se vislumbra nenhuma afronta ao consumidor, e o que efetivamente existe na presente hipótese é a susceptibilidade exacerbada dos recorrentes, com aspecto teleológico de enriquecimento sem causa, o que não pode sobressair.

Oportuna a transcrição doutrinária:

"*Simples desconforto não justifica indenização. Nota-se nos pretórios uma avalanche de demandas que pugnam pela indenização de dano moral, sem que exista aquele substrato necessário para ensejar o ressarcimento. Está-se vivendo uma experiência em que todo e qualquer abespinhamento dá ensanchas a pedidos de indenização. Não é assim, porém. Conquanto existam pessoas cuja suscetibilidade aflore na epiderme, não se pode considerar que qualquer mal-estar seja apto para afetar o âmago, causando dor espiritual. (...) Para que exista dano moral é necessário que a ofensa tenha alguma grandeza e esteja revestida de certa importância e gravidade. (...) O que se quer afirmar é que existe um mínimo de incômodos, inconvenientes ou desgostos que, pelo dever de convivência social, sobretudo nas grandes cidades*

(...). O mero incômodo, o desconforto, o enfado decorrentes de alguma circunstância, como exemplificados aqui, e que o homem médio tem de suportar em razão mesmo do viver em sociedade, não servem para que sejam concedidas indenizações." (Antonio Jeová Santos. Dano Moral Indenizável. 4ª edição. 2003. Págs. 111/113).

Cabe registrar que a publicidade apresenta constantes inovações, levando em consideração a criatividade, sendo apenas isso o que ocorreu no caso em exame, fato que por si só descaracteriza a alegada propaganda enganosa.

No mais, ausentes os requisitos para a existência do dano moral, consequentemente, a verba reparatória pretendida não tem supedâneo, e a simples relação consumerista não origina base para a indenização requerida.

3. Por fim, a sucumbência levou em consideração as peculiaridades da demanda, e a fixação dos honorários advocatícios estabelecida na r. sentença remunera condizentemente o titular da capacidade postulatória que representa o polo passivo, caracterizando então o equilíbrio necessário.

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

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0183266-74.2006.8.26.0100, da Comarca de São Paulo, em que são apelantes FÁTIMA GORETE DOS SANTOS LEITE (JUSTIÇA GRATUITA), RAFAEL ARMANDO DOS SANTOS LEITE, CAROLINA MARIA DOS SANTOS LEITE e CLAUDIA CRISTINA DOS SANTOS ABROSIO, são apelados FRANCISCO CARNEIRO MARTINS, CAIXA ECONÔMICA FEDERAL – CEF, EVENTUAIS TERCEIROS INTERESSADOS AUSENTES, INCERTOS e IVETE CANDIDA MARTINS.

ACORDAM, em 3ª 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 2837)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores DONEGÁ MORANDINI (Presidente) e EGIDIO GIACOIA.

São Paulo, 9 de setembro de 2014.

CARLOS ALBERTO DE SALLES, Relator

Ementa: USUCAPIÃO EXTRAORDINÁRIA. Condomínio por força de arrematação por exequente de 50% do imóvel. Insurgência contra sentença de

improcedência. Reforma. Cabimento da ação de usucapião para reconhecer a propriedade integral do condômino que exerce com exclusividade a posse. Comprovação do exercício de posse pelos autores a despeito do título parcial do arrematante, que demonstrou, ante a inércia, abandono e desinteresse. Declaração de propriedade integral dos autores. Usucapião procedente. Recurso provido para esse fim.

VOTO

Trata-se de recurso de apelação tirado contra a r. sentença de fls. 271/272, proferida pelo MM. Juiz de Direito da 2ª Vara de Registros Públicos da Comarca de São Paulo, que julgou improcedente a ação de usucapião, observadas as regras da Lei 1060/50 no que tange às verbas sucumbenciais.

Pleiteiam os apelantes a reforma do julgado, alegando, em síntese, que comprovaram a posse exclusiva do imóvel por mais de vinte anos; que – para tanto – juntam comprovantes de pagamento de IPTU e de negativa de dívida para com o condomínio, além de comprovar reformas no apartamento; que não há prova alguma de que metade dos aluguéis tenha sido passado ao requerido; e, finalmente, que o arrematante do imóvel não tomou medida alguma para imitir-se na posse do imóvel.

Apresentadas as contrarrazões (fls. 296/305 e 316/317), encontram-se os autos em termos de julgamento.

É o relatório.

Cuida-se de ação de usucapião ajuizada pelos ora apelantes em que pretendem a declaração da propriedade do apartamento 42 do Edifício Cristiane, localizado à Avenida Mazzei, 1006 – Vila Mazzei, Tucuruvi, nesta Comarca.

Aduzem, em síntese, que – desde a aquisição do imóvel – por contrato de compra e venda firmado com Formalar Construtora Ltda., em junho de 1983, exercem posse mansa e pacífica do imóvel, asseverando – inclusive – que referida condição restou inalterada, mesmo após a arrematação de metade do imóvel por Francisco Carneiro Martins e Ivete Cândida Martins, em novembro de 1986.

A ação, todavia, foi julgada improcedente sob o fundamento de que – em se tratando de usucapião entre condôminos – cabia à autora a comprovação de que exercia a posse direta e indireta do imóvel de forma exclusiva, mas não se desincumbiu desse ônus.

De início, é importante anotar que o caso em testilha difere das ações de usucapião ajuizadas com o objetivo de extinguir condomínio ou demarcar, especificar e dividir parte ideal de área titularizada por diferentes condôminos.

Acesso ao Sumário

Nessas hipóteses, de fato, há impropriedade da usucapião e a extinção do feito, por carência[1].

Na hipótese dos autos, todavia, não pretende a autora a divisão do condomínio, mas a declaração de propriedade da parte ideal do outro condômino, por ter exercido – de forma pacífica e exclusiva – a posse do imóvel por mais de 20 anos.

Cabível, portanto, a presente ação:

"*A usucapião da coisa em condomínio é repelida porque revela precariedade no intento do possuidor, que tem contra si o seu próprio título. Entretanto, no que concerne à usucapião extraordinária,* ***ela é possível em favor de um condômino contra outro, uma vez que o estado de condomínio cesse de fato pela posse exclusiva de um, em seu nome, por mais de quinze anos, com a intenção manifesta e inequívoca de ter todo o imóvel como seu. Sempre que tenha, em suma, a exclusividade de uma posse localizada.***" (RIBEIRO, Benedito Silvério. Tratado de Usucapião. 8ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 337).

A propósito ainda:

"*O condômino tem legitimidade para usucapir em nome próprio, desde que exerça a posse por si mesmo, ou seja, desde que comprovados os requisitos legais atinentes à usucapião, bem como tenha sido exercida posse exclusiva com efetivo animus domini pelo prazo determinado em lei, sem qualquer oposição dos demais proprietários*" (STJ – REsp 668.131/PR, Relator Ministro Luiz Felipe Salomão, j. 19/08/2010).

Em que pese o douto entendimento do MM. Juízo *a quo*, a procedência da usucapião é medida que se impõe.

Isso porque, a despeito do apelado, Sr. Francisco Carneiro Martins, ter adquirido a propriedade de parte ideal do imóvel em questão, por conta de arrematação em 1986, em momento algum foi imitido na posse, nem exerceu sequer posse indireta sobre o bem durante todos esses anos.

O apelado – que compareceu e constituiu advogado particular, apesar de ter sido citado por edital – limitou-se, em contestação, a alegar que a autora permaneceu residindo ou usufruindo do imóvel sem *animus domini* porque sabedora da propriedade do apelado.

Reconhece, ademais, que não fez oposição alguma ao exercício exclusivo da posse pela autora. Anote-se, a propósito, que a existência de execução extrajudicial contra o espólio do falecido marido da autora não configura qualquer resistência a essa posse, já que – além de não se confundir com qualquer das

1 "A aquisição do domínio de parte ideal, não delimitada dentro do todo, por via de usucapião, por um dos compossuidores, é inadmissível". (Ribeiro, Benedito Silvério. Tratado de Usucapião. 8ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012).

Acesso ao Sumário

ações possessória ou petitória – deve ser ressaltado que a execução foi extinta, por prescrição intercorrente, diante do evidente desinteresse do apelado (então exequente) que a abandonou por 17 anos (!).

Não há alegação, nem documento algum que tenha demonstrado qualquer interesse do apelado pelo imóvel em questão durante todos esses anos.

Assevera-se, ainda, que a autora – por sua vez – mesmo inadimplente algumas vezes, demonstrou o pagamento de impostos e taxas condominiais referentes ao imóvel e comprovou ter usufruído de rendimentos com a sua locação, além de ter desembolsado valores com reformas (fls. 24 e 81/88).

Finalmente, é importante asseverar que – diante do prazo longevo do exercício de posse *ad usucapionem* – nem sequer é necessária a comprovação dos requisitos suplementares da usucapião: justo título e boa-fé. Basta, por ora, a posse e o decurso de 15 anos (art. 1238 do CC).

Presentes os requisitos supramencionados, é de rigor a procedência do pedido, invertendo-se os ônus da sucumbência e condenando-se o réu ao pagamento das custas processuais e dos honorários advocatícios fixados em R$ 2.500,00, por equidade.

Por todo o exposto, por este voto, **dá-se provimento** ao recurso de apelação, para declarar os autores como proprietários do imóvel em questão em sua integralidade, servindo a presente como título para registro no competente Cartório.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0003813-34.2010.8.26.0471, da Comarca de Porto Feliz, em que é apelante J.R.C., é apelado D.C. (JUSTIÇA GRATUITA).

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 7ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto da relatora, que integra este acórdão. **(Voto nº 1380)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores MIGUEL BRANDI (Presidente sem voto), WALTER BARONE e HENRIQUE NELSON CALANDRA.

São Paulo, 2 de setembro de 2014.

MARY GRÜN, Relatora

Acesso ao Sumário

Ementa: Ação de extinção de condomínio c/c

alienação judicial julgada procedente. Apelação da ré. Irresignação procedente. Celebração de acordo, na conversão da separação em divórcio, estabelecendo a doação do imóvel havido em condomínio pelas partes aos filhos, com reserva de usufruto vitalício à ex-esposa. Ausência de elementos acidentais. Irrelevância da ausência de transmissão do bem na escritura. Homologação judicial do acordo. Sentença reformada. Recurso provido.

VOTO

Vistos.

Trata-se de apelação contra sentença (fls.57/60) que, em ação de extinção de condomínio cumulada com pedido de alienação judicial, movida por D.C. contra J.R.C., sua ex-esposa, em razão de que esta, mesmo sem a guarda dos filhos, estaria utilizando com exclusividade o imóvel havido em condomínio com aquele, julgou procedentes os pedidos aduzidos na inicial, declarando a extinção do condomínio e determinando a venda judicial do imóvel.

Recorre a requerida, inconformada com a r. sentença.

Sustenta, em síntese, que a r. sentença viola a coisa julgada, já que teria ocorrido a homologação de acordo, na conversão da separação judicial das partes em divórcio, pelo qual se estabeleceria que o imóvel discutido seria doado aos filhos, com reserva de usufruto vitalício à ré, o qual teria eficácia equivalente à da escritura pública.

Requer o provimento do recurso, reformando-se a r. sentença para julgar improcedente a ação de origem.

Tempestivo, o recurso foi regularmente processado, com resposta a fls. 70/73.

É o relatório.

Merece prosperar a pretensão da requerida.

Muito embora se note, pela leitura da certidão de matrícula do imóvel discutido, juntada pelo autor a fls. 10/11, que tal bem pertence às parte sem condomínio, ao menos em tese, o que autorizaria a sua alienação judicial, como pleiteia o apelado, não se pode ignorar que a ré, atendendo ao disposto no art. 333, II do Código de Processo Civil, logrou êxito na comprovação de fato impeditivo do direito daquele.

Com efeito, a apelante trouxe aos autos cópia do pedido de conversão da sua separação judicial em divórcio consensual, no qual constava, expressamente, que *"os reqtes. informam que os bens já foram divididos quando da separação*

Acesso ao Sumário

e, a casa residencial que pertencia ao casal, em comum, cada um doou a sua parte aos filhos, através de Escritura Pública de Doação, com uma Cláusula de Usufruto Vitalício para a ora Reqte. J.R." (*sic*, fls. 37/38).

Trouxe aos autos a recorrente, também, cópia da decisão judicial que homologou o acordo referido (fl.39), posterior, logicamente, à sentença de fls. 17/19, relativa à separação das partes e que havia dividido os bens igualmente entre elas.

Dessa forma, resta evidente que concordaram as partes e houve homologação judicial deste acordo, sem o estabelecimento de qualquer elemento acidental, no sentido da doação do imóvel aos filhos do casal e da constituição do usufruto vitalício em favor da apelante.

Independentemente da conhecida controvérsia doutrinária e jurisprudencial sobre a possibilidade de celebração de promessa de doação, bem como da ausência de comprovação, pela parte interessada, quanto à lavratura de escritura pública de doação nos termos acordados, a despeito de lhe ter sido oferecida essa oportunidade (fl. 50), têm-se como fatos incontroversos nos autos a livre manifestação de vontade do apelado no sentido da doação e da constituição do usufruto vitalício, bem como a homologação judicial do acordo.

Ignorar o reconhecimento judicial do ajuste celebrado pelas partes, acolhendo a pretensão do autor, claramente arrependido dos termos pactuados com a ex-esposa, sem dúvidas, consistiria em medida violadora da segurança jurídica e causadora de desprestígio ao próprio Poder Judiciário, como se uma escritura pública tivesse maior peso do que uma decisão judicial.

Nesse sentido, MARIA BERENICE DIAS ensina de forma bastante esclarecedora que "*de forma bastante frequente, por ocasião da dissolução do casamento, convencionam os cônjuges a doação de bens a um deles ou aos filhos. De modo geral, não se trata de singela promessa de doação, de mero ato de liberalidade gratuito. É a forma encontrada para compensar a partilha. Ainda assim, persiste a relutância em chancelar tal possibilidade. Ora, tendo o juiz homologado cláusula de promessa de doação, acreditam as partes na higidez do acordo. De todo descabido que, na hipótese de inadimplemento, venha o próprio Judiciário subtrair eficácia à livre manifestação de vontade devidamente chancelada judicialmente. A recusa em adimplir o prometido é postura que afronta a ética, dando ensejo a enriquecimento injustificado, o que não pode ser referendado pela justiça, sob pena de caírem descrédito. Havendo homologação judicial da manifestação de vontade, ou mesmo que tenha sido o acordo levado a efeito por escritura pública ou por meio de escrito particular subscrito por duas testemunhas, a obrigação é exigível.*" (*Manual de Direito das Famílias*, 8ª edição, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 334).

O entendimento ora adotado, da mesma forma, encontra respaldo na Jurisprudência deste E. Tribunal. Vejam-se, abaixo, dois excelentes exemplos

Acesso ao Sumário

de julgados nesse sentido:

> *"Alienação de coisa comum. Doação do bem aos filhos, com reserva de usufruto, quando da separação. Cláusula que configura verdadeira condição da partilha, devidamente homologada. Irrelevância da ausência de transmissão do bem na escritura. Carência constatada. Extinção mantida. Recurso desprovido."* (Apelação nº 0058800-75.2010.8.26.0000, 1ª Câmara de Direito Privado, TJ/SP, Rel. Des. Claudio Godoy, j. 07 /05 /2013).
>
> *"PROMESSA DE DOAÇÃO. ACORDO DE SEPARAÇÃO JUDICIAL. VALIDADE E EFICÁCIA. VONTADE LIVRE E CONSCIENTE DO AUTOR, NO MOMENTO DA LIBERALIDADE. BOA-FÉ OBJETIVA. VENIRE CONTRA FACTUM PROPRIUM. IMPROCEDÊNCIA MANTIDA. RECURSO NÃO PROVIDO. 1. O pedido não está fundado em vício de consentimento, mas em nulidade de ato. Contudo, não foi elencada a hipótese de nulidade que eiva a promessa de doação (art. 145, do CC). 2. Ausência de comprovação de que o imóvel prometido à ré constituía o único patrimônio do autor. 3. Dissenso na doutrina e na jurisprudência a cerca da validade e da eficácia da promessa de doação. Manifestação de vontade, contudo, que deve ser analisada no momento em que é feita. A liberalidade voluntária, sem vícios, vincula as partes. 4. O desfazimento de promessa de doação ofende a boa-fé objetiva. Venire contra factum proprium. Teoria dos atos próprios."* (Apelação nº 9112895-04.2007.8.26.0000,10ª Câmara de Direito Privado, TJ/SP, Rel. Des. Carlos Alberto Garbi, j. 27/11/2012).

Frise-se, além disso, não se estar indiferente ao fato de que a guarda do filho K. passou ao apelado, como comprovou ele a fls. 14/15, mas não se pode admitir que a aplicação da cláusula *rebus sic stantibus* implícita em diversos institutos do direito de família seja estendida a atos como o discutido nestes autos, sob pena de se ocasionar, por exemplo, indesejável violação à segurança jurídica em negócios envolvendo bens imóveis, o que ocorreria neste caso.

De rigor, desse modo, a reforma da r. sentença, não sendo possível permitir a extinção de condomínio ou a alienação judicial requeridas pelo autor.

Pelo exposto, por meu voto, **dá-se provimento ao recurso**, reformando-se a r. sentença para julgar improcedente a ação de origem, invertida a sucumbência.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0030160-31.2012.8.26.0602, da Comarca de Sorocaba, em que é apelante F.M.C.

Acesso ao Sumário

(MENOR REPRESENTADO) (ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA), é apelado J.A.C..

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 21.839)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores VITO GUGLIELMI (Presidente sem voto), PAULO ALCIDES e FRANCISCO LOUREIRO.

São Paulo, 5 de setembro de 2014.

PERCIVAL NOGUEIRA, Relator

Ementa: ALIMENTOS - Revelia - Horas extras - Incidência - Incidência também sobre férias, terço constitucional e verbas rescisórias - Inconformismo cabível apenas quanto às últimas - Ensinamento doutrinário e precedentes desta Corte - Hipótese para desemprego ou emprego informal que também comporta majoração - Sentença reformada em parte - Apelo provido.

VOTO

Trata-se de recurso de apelação tempestivamente interposto, às fls. 37/38, por F.M.C., menor representado pela genitora, S.R.M.S., contra a r. sentença de fls. 31/34, cujo relatório se adota, que julgou procedente em parte a ação de alimentos por ele ajuizada em face de seu pai, J.A.C., fixando pensão alimentícia em seu favor na importância mensal equivalente a 40% do salário-mínimo em caso de desemprego ou trabalho informal ou 30% do salário líquido em caso de trabalho formal, não incidindo sobre horas extras e verbas rescisórias.

Acesso ao Sumário

Postula o apelante a reforma parcial da sentença, asseverando que a revelia induz à fixação da pensão para o caso de trabalho informal na porcentagem pedida (50%) e que deve a porcentagem para o caso de trabalho formal incidir também sobre as horas extras e sobre as verbas rescisórias (fls. 39/49).

Recebido o apelo apenas no efeito devolutivo (fls. 50), o Ministério Público, em primeiro grau, fez consignar, às fls. 52/53, que sua manifestação seria apresentada em segundo grau, e a d. Procuradoria Geral de Justiça, em seu parecer de fls. 58/59, opinou pelo desprovimento do recurso.

É o relatório.

O inconformismo merece acolhida, ressalvada, na espécie, a convicção

de seu i. prolator.

Em primeiro lugar, a presunção de veracidade *dos fatos* alegados na inicial decorrente da revelia impede que o Juízo reduza (de 50% para 40%), como fez, a porcentagem do salário-mínimo mensal para o caso de desemprego ou trabalho informal. Comporta reforma esse ponto da sentença.

No mais, esta Relatoria tem entendido, com apoio de parte da Câmara, que as horas extras devem compor a base de incidência dos alimentos quanto ao salário líquido, por sua natureza salarial.

Do mesmo modo, quanto às verbas rescisórias, não se houve com o mesmo acerto a r. sentença.

Isso porque equivocou-se seu douto prolator, confundindo as verbas por ela chamadas de indenizatórias (FGTS, férias e 1/3) com as rescisórias.

As primeiras, exatamente por não serem verbas salariais, mas terem natureza de indenização, não sofrem, mesmo, a incidência do desconto da pensão, como visto acima.

Mas no momento da rescisão do contrato de trabalho existem outras verbas, bem indicadas nas razões recursais, que são salariais e que, por isso, devem sofrer o dito desconto.

São elas o saldo de salário, o décimo terceiro proporcional, o aviso prévio e outras, relativas à situação pessoal própria do trabalhador dispensado. Sobre elas deve incidir o percentual da pensão, sendo tal incidência prática até corriqueira no cotidiano forense.

Também com tal fim é que merece acolhida a pretensão recursal.

Portanto, pelo exposto, meu voto **dá provimento ao recurso, para, reformando em parte a sentença, fixar a pensão alimentícia no caso de desemprego ou trabalho informal em 50% do salário-mínimo *e* determinar a incidência do desconto da pensão também sobre eventuais verbas rescisórias (na forma especificada na fundamentação acima).**

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0002821-90.2013.8.26.0011, da Comarca de São Paulo, em que é apelante UNIMED PAULISTANA SOCIEDADE COOPERATIVA DE TRABALHO MÉDICO, é apelado MARCO ANTONIO PENTEADO DE ALMEIDA.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 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 17373)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores MOREIRA VIEGAS (Presidente) e EDSON LUIZ DE QUEIROZ.

São Paulo, 18 de setembro de 2014.

JAMES SIANO, Relator

Ementa: AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER. ATENDIMENTO FORA DA ÁREA DE COBERTURA DA OPERADORA DO PLANO DE SAÚDE. Plano de abrangência. Sentença de parcial procedência, condenando solidariamente a Unimed Curitiba e a Unimed Paulistana a arcar com todos os custos de internação hospitalar relacionados ao procedimento cirúrgico a que se submeteu o autor, no Hospital Nove de Julho, bem como a arcar com a totalidade dos honorários médicos relacionados à cirurgia, mediante reembolso ao autor do total gasto com o ato. Ônus sucumbenciais carreados às rés, solidariamente, estipulados honorários advocatícios em R$ 5.000,00. Data da distribuição da ação: 25/02/2013. Valor da causa: R$ 1.000,00.

Apela a corré Unimed Paulistana, arguindo ilegitimidade passiva; não há obrigação de cobertura. Descabimento.

Da preliminar de ilegitimidade passiva da Unimed Paulistana. Insubsistência. Unimed Paulistana é parte legítima para figurar no polo passivo, uma vez que o autor é contratante de plano da Cooperativa Unimed. Inteligência da Súmula 99 do TJSP.

Mérito.

Autor passou por cirurgia prévia, persistindo a doença, tendo-lhe sido indicado tratamento em São Paulo, pois diferenciado, considerando a fragilidade e gravidade do seu estado de saúde. Incidência do art. 35-C, inc. I, da Lei nº 9.656/98: "Art. 35-C. É obrigatória a cobertura do atendimento nos casos: I - de emergência, como tal definidos os que implicarem risco imediato de vida ou de lesões irreparáveis para o paciente, caracterizado em declaração do médico assistente". Aplicável na hipótese o inc. VI do art. 12

Acesso ao Sumário

da Lei de Planos e Seguros Saúde: "VI - reembolso, em todos os tipos de produtos de que tratam o inciso I e o § 1º do art. 1º desta Lei, nos limites das obrigações contratuais, das despesas efetuadas pelo beneficiário com assistência à saúde, em casos de urgência ou emergência, quando não for possível a utilização dos serviços próprios, contratados, credenciados ou referenciados pelas operadoras, de acordo com a relação de preços de serviços médicos e hospitalares praticados pelo respectivo produto, pagáveis no prazo máximo de trinta dias após a entrega da documentação adequada", devido o reembolso pelas despesas do tratamento no nosocômio de São Paulo. Os honorários advocatícios, arbitrados em R$ 5.000,00, devem ser mantidos, neste caso, pois se encontram em harmonia com o previsto no art. 20 e parágrafos do CPC, em se tratando de causa referente à saúde, demandando cuidados extras por parte dos patronos.

Recurso improvido.

VOTO

Trata-se de apelação interposta contra a sentença de f. 365/371, que julgou parcialmente procedente a ação de obrigação de fazer, movida por Marco Antonio Penteado de Almeida contra Unimed Curitiba S/A - Sociedade Cooperativa de Médicos, condenando solidariamente a Unimed Curitiba e a Unimed Paulistana a arcar com todos os custos de internação hospitalar relacionados ao procedimento cirúrgico a que se submeteu o autor, no Hospital Nove de Julho, bem como a arcar com a totalidade dos honorários médicos relacionados à cirurgia, mediante reembolso ao autor do total gasto com o ato. Ônus sucumbenciais carreados às rés, solidariamente, estipulados honorários advocatícios em R$ 5.000,00.

O autor é conveniado ao plano de saúde da Unimed Curitiba (fls. 16/18), possuindo cobertura para tratamento de câncer. Acometido de câncer de cólon metastático para fígado e pulmão, do qual decorreu quadro agudo de obstrução biliar com icterícia obstrutiva, tendente a ocasionar cirrose (fl. 19).

Indicado ao autor a realização de procedimento, consistente na realização de cirurgia anastomose bilio-digestiva intra-hepática de grande porte, a ser realizada no Hospital Nove de Julho, credenciado da Unimed Paulistana (fl. 19).

Apela a Unimed Paulistana, alegando preliminar de ilegitimidade passiva, pois não há vínculo contratual com o apelado; as Unimeds não formam

Acesso ao Sumário

um grupo empresarial. No mérito, sustenta: (i) não possuir obrigação de dar cobertura ao autor; (ii) o valor dos honorários advocatícios, estipulados em R$ 5.000,00, deve ser diminuído (fls. 375/385).

Recurso recebido e respondido (fls. 391 e 395/407).

É o relatório.

O apelo não procede.

Da preliminar de ilegitimidade passiva da Unimed Paulistana.

A Unimed Paulistana é parte legítima para figurar no polo passivo, uma vez que o autor é contratante de plano da Unimed Curitiba, que faz parte de toda a rede de cooperativas Unimed, ainda que suas administrações sejam descentralizadas.

Por conta da repetição desta temática, este Tribunal editou a Súmula 99, aplicável ao caso presente:

Súmula 99: "Não havendo, na área do contrato de plano de saúde, atendimento especializado que o caso requer, e existindo urgência, há responsabilidade solidária no atendimento ao conveniado entre as cooperativas de trabalho médico da mesma operadora, ainda que situadas em bases geográficas distintas".

Do mérito.

O relatório médico de fl. 19, por conta da gravidade do quadro clínico do paciente, indicou que fosse realizada cirurgia na capital paulista, especificamente no Hospital Nove de Julho, onde a equipe médica já havia sido contatada e o procedimento marcado, expondo:

"O Sr. MARCO ANTÔNIO PENTEADO DE ALMEIDA, 60 anos, é portador de tumor de cólon metastático para fígado e pulmão e já foi submetido à intervenção cirúrgica para a retirada de tumor no fígado e pulmão no dia 14 de julho de 2011. No momento atual apresenta uma obstrução biliar com icterícia obstrutiva levando a quadro de colestase crônica podendo evoluir rapidamente para cirrose. Trata-se de quadro grave com necessidade de tratamento cirúrgico em caráter de URGÊNCIA. Por se tratar de cirurgia complexa e de grande porte, anastomose bilio-digestiva, intra-hepática em paciente previamente submetido à hepactomia direita, deve ser realizado em centro especializado e por equipe capacitada, do contrário existe risco aumentado de morbidade e de mortalidade ou ainda, risco de ressecção incompleta ou inadequada. Trata-se de técnica complexa e de difícil execução, porém permite a correção da estenose biliar, preservando a função hepática, necessária para este tipo de doença. Este procedimento está agendado para ser realizado no dia 28 de fevereiro de 2013, no Hospital Nove de Julho. É importante ressaltar que o paciente procurou assistência médica dentro da rede credenciada e não encontrou guarida para seu tratamento, tendo sido encaminhado para tratamento por nossa equipe. Sem mais, coloco-me à disposição

Acesso ao Sumário

para eventuais esclarecimentos. Prof. Dr. Marcel Autran Cesar Machado".

O autor passou por cirurgia em julho de 2011, tentando se convalescer do mal que o acometeu, havendo recidiva de sua doença, com metástase, em 2013, quando encaminhado para São Paulo, a fim de solucionar seus problemas de saúde, haja vista a fragilidade de seu estado.

Uma vez que o autor havia passado por cirurgia, sem êxito, estando presente o risco morbidade e mortalidade (fl. 19), tratando-se de tumor de cólon metastático para fígado e pulmão, com obstrução biliar e possibilidade de evoluir para cirrose, nítido o caráter emergencial de seu estado e a necessidade premente do procedimento, nos termos do art. 35-C, inc. I, da Lei nº 9.656/98: "*Art. 35-C. É obrigatória a cobertura do atendimento nos casos: I - de emergência, como tal definidos os que implicarem risco imediato de vida ou de lesões irreparáveis para o paciente, caracterizado em declaração do médico assistente*".

O estado do autor e da forma que se deu a busca pelo fim de suas mazelas, contando com a realização de cirurgia prévia, que não pôs fim à enfermidade, enquadrável a situação na hipótese o inc. VI do art. 12 da Lei de Planos e Seguros Saúde: "*VI - reembolso, em todos os tipos de produtos de que tratam o inciso I e o § 1º do art. 1º desta Lei, nos limites das obrigações contratuais, das despesas efetuadas pelo beneficiário com assistência à saúde, em* ***casos*** *de urgência ou* ***emergência, quando não for possível a utilização dos serviços próprios, contratados, credenciados ou referenciados pelas operadoras, de acordo com a relação de preços de serviços médicos e hospitalares praticados pelo respectivo produto****, pagáveis no prazo máximo de trinta dias após a entrega da documentação adequada*", sendo devido o reembolso pelas despesas do tratamento no nosocômio de São Paulo.

Já decidiu esta Corte, em caso semelhante:

"APELAÇÃO CÍVEL. PLANO DE SAÚDE. AÇÃO COMINATÓRIA. 1.- Recusa de custeio do procedimento indicado ao autor em hospital não credenciado da rede da apelante. Afastamento. Ausência de demonstração de nosocômio credenciado apto à realização do tratamento. 2.- Reconhecimento do caráter abusivo da conduta perpetrada pela requerida. 3.- Ofensa, ainda, ao princípio da boa-fé que deve nortear os contratos consumeristas. Atenuação e redução do princípio do 'pacta sunt servanda'. Incidência do disposto no artigo 421 do Código Civil. SENTENÇA MANTIDA, nos termos do artigo 252 do Regimento Interno. APELO IMPROVIDO. Apelação 0009020-74.2012.8.26.0008. Relator: Donegá Morandini. Comarca: São Paulo. Órgão julgador: 3ª Câmara de Direito Privado. Data do julgamento: 15/01/2013".

Ademais, não demonstraram as rés que o autor poderia ter recebido tratamento semelhante ao que lhe foi indicado em São Paulo, no Hospital Nove de Julho.

Os honorários advocatícios, arbitrados em R$ 5.000,00, devem ser

mantidos, neste caso, pois se encontram em harmonia com o previsto no art. 20 e parágrafos do CPC, em se tratando de causa referente à saúde, demandando cuidados extras por parte dos patronos.

Ante o exposto, **nega-se provimento** ao recurso.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0179083-55.2009.8.26.0100, da Comarca de São Paulo, em que é apelante PECCIN S/A, é apelada CESCE BRASIL SEGUROS DE CRÉDITO S/A (nova denominação da Seguradora de Crédito do Brasil S/A – SECREB).

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 19604)**

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

São Paulo, 1 de setembro de 2014.

GRAVA BRAZIL, Relator

Ementa: Indenização securitária - Seguro de crédito à exportação - Improcedência - Inconformismo - Acolhimento - Disposições contratuais que impõe apenas ao Segurado a obrigação de prestar informações - Seguradora que incluiu faturas na apólice, sem exigir documentos - Aceitação de cobertura - Indevido invocar omissão própria para se abster do pagamento - Procedência que é de rigor - Inexistência de litisconsórcio passivo necessário - Regresso do IRB que pode ser buscado em ação própria - Sentença reformada - Recurso provido.

Acesso ao Sumário

VOTO

I - Trata-se de sentença que julgou improcedente ação de indenização securitária ("seguro de crédito à exportação"). Confira-se fls. 216/220.

Inconformada, apela a autora-segurada (fls. 226/232). Pontua que o histórico do cliente, acostado a fls. 29/30, não é suficiente para concluir pela omissão de informações, mormente por trazer pequenos e justificados

atrasos. Menciona que a seguradora-ré somente pediu informações quanto ao comportamento do devedor depois de receber o aviso de sinistro, sendo descabido alegar a própria torpeza para se esquivar do dever de pagamento. Aponta que a negligência da ré em aceitar a proposta de cobertura e pagamento do prêmio, sem pedir informações, não pode incidir em seu favor, mormente pelo fato de o contrato de seguro se pautar na transferência de risco. Defende a boa-fé na qual agiu e aponta que a responsabilidade da seguradora é objetiva, sendo nulas eventuais cláusulas eximindo-a do pagamento (art. 14 e 51, IV, do CDC).

O preparo foi recolhido (fls. 234/235), sendo o apelo recebido (fls. 236) e contrariado (fls. 239/254), momento em que, *ad cautelam*, caso venha a ser condenada, a ré insiste na inclusão do IRB como litisconsorte passivo necessário, à luz do Decreto-Lei n. 73/66 e do art. 47, do CPC.

Suscitado conflito de competência entre as CC. 23ª e 8ª Câmaras de Direito Privado (fls. 262/266 e fls. 366/369), o C. Grupo Especial, por meio do v. acórdão de fls. 385/390, fixou a competência deste Órgão Julgador, tendo os autos vindo conclusos a este Relator em 25.06.14.

É o relatório, adotado, quanto ao mais, o da sentença apelada.

II – A apelante contratou seguro de crédito à exportação, oferecido pela apelada, cuja principal finalidade "é garantir ao exportador...o recebimento de um percentual do valor da mercadoria ou serviço exportado, caso o importador ou seu país deixe de efetuar ou impeça o pagamento da operação" (fls. 128).

Narra a apelante ter aberto aviso de sinistro em decorrência do inadimplemento de quatro faturas, emitidas contra a *Representaciones B&C S/A* (importadora da Guatemala), tendo, todavia, a cobertura sido negada pela apelada, razão pela qual propôs a presente demanda.

A i. Julgadora *a quo*, adotando a tese defensiva, julgou a demanda improcedente, sob o fundamento de que a apelante teria omitido informações relevantes acerca da importadora, o que influi na correta avaliação do risco e afasta a responsabilidade da seguradora pelo pagamento, conclusão essa pautada, principalmente, nas cláusulas 7ª e 8ª, da apólice, que trazem a seguinte redação (fls. 74):

> "ARTIGO 7º INFORMAÇÕES À SEGURADORA
>
> 1. O Segurado obriga-se, quando solicitar a cobertura e durante todo o período de vigência do Contrato de Seguro, a fornecer à Seguradora todas as informações acerca de todas as circunstâncias que possam influir na correta avaliação do risco e, em participar as relativas à experiência prévia do Segurado com o Devedor...
>
> [...]
>
> ARTIGO 8º CONSEQUÊNCIAS DA OMISSÃO OU INEXATIDÃO DAS DECLARAÇÕES

Acesso ao Sumário

> 1. Se o Segurado incorrer em omissões ou inexatidões nas informações referidas no Artigo 7º, a Seguradora poderá extinguir a cobertura dos créditos, ao abrigo do Suplemento Adicional de Classificação emitido em descumprimento da obrigação de fornecer informações completas e exatas".

Nessa senda, e em atenção à planilha de fls. 29/30, a demonstrar a conduta reiterada da importadora *Representaciones B&C S/A* em atrasar a quitação das faturas emitidas pela apelante, o que não teria sido informado, é que a negativa de cobertura foi entendida como devida.

Ocorre que, no que tange ao "Pedido de Cobertura e Emissão de Suplemento Adicional de Classificação" mencionado acima, disciplina a cláusula 5ª, da apólice, o seguinte:

> "1. O Segurado obriga-se a propor à Seguradora, para o seu estudo e classificação creditícia, todos os clientes com os quais realize ou vá realizar operações a crédito durante o período de vigência da Apólice.
>
> 1.1 Para tanto, se valerá, para cada cliente, de um Pedido de Limite, documento cujo conteúdo e forma de apresentação serão oferecidos pela Seguradora para que o Segurado possa transmitir-lhe a informação necessária.
>
> 2. A Seguradora notificará o Segurado, através do Suplemento Adicional de Classificação, os termos em que assume o risco com cada Devedor devidamente identificado." (fls. 72)

Em que pese as disposições contratuais prevejam apenas ao Segurado a obrigação de prestar as informações acerca das transações e clientes, não pode passar despercebido que a apelante comprovou ter elencado as faturas cobradas - e, logo, mencionando a importadora - nas apólices emitidas pela apelada (*vide* fls. 15/16), que em nada se opôs, demonstrando aceitação com a cobertura.

À evidência, caberia à Seguradora exigir a entrega de "um Pedido de Limite" antes de emitir a apólice, assistindo razão à apelante quanto à impossibilidade de, agora, se valer da própria negligência, para justificar a não cobertura da indenização securitária, cujo pagamento é de rigor.

Aliás, não tendo sido analisado o cenário para fixação de eventual porcentagem do risco assumido, a indenização deve incidir sobre a totalidade das faturas.

Ato contínuo, em razão da procedência da cobrança, torna-se necessário apreciar a pretensão de reconhecimento da IRB como litisconsorte passiva necessária, pleito que fica afastado, contudo.

É que, na linha do bem apontado pela r. sentença, "ausente a necessidade de resolução da lide de modo uniforme para a ré e o IRB, quer por disposição de lei ou pela natureza da relação jurídica, não há que se falar em litisconsórcio passivo necessário (art. 45, CPC)." (fls. 218).

Acesso ao Sumário

Ademais, sabe-se que o fato de não ter participado desta lide não prejudica eventual direito regresso entre a seguradora e o IRB, que poderá ser objeto de ação própria, não sendo razoável que, à essa altura, se declare a nulidade de todo o processo, a prejudicar o segurado.

Em conclusão, reforma-se a r. sentença recorrida, para julgar procedente a demanda, condenando-se a ré ao pagamento da indenização securitária correspondente ao aviso de sinistro de fls. 17.

Em consequência, a distribuição dos ônus da sucumbência fica invertida, para condenar a ré ao pagamento das despesas e custas processuais, bem como honorários fixados em 10% do valor da condenação.

III - Ante o exposto, dá-se provimento ao recurso. É o voto.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0003792-87.2009.8.26.0505, da Comarca de Ribeirão Pires, em que é apelante B.C.S.S. (MENOR(ES) REPRESENTADO(S)), são apelados FERNANDO DOMINGOS DURASTANTE MILANESE e HOSPITAL RIBEIRÃO PIRES LTDA..

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 8ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 8343)**

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

São Paulo, 4 de setembro de 2014.

PEDRO DE ALCÂNTARA DA SILVA LEME FILHO, Relator

Ementa: Apelação. Indenização por danos morais. Alegação de erro médico na prescrição de dosagem excessiva de medicamento. Inocorrência de dano, uma vez que a autora não chegou a ingerir o remédio naquela dose, mas em inferior, por percepção da avó. Indenização indevida. Sentença de improcedência mantida por seus próprios fundamentos. Recurso não provido.

Acesso ao Sumário

VOTO

Apelação interposta contra a sentença de fls. 163/166, cujo relatório se

adota, que julgou improcedente a ação de indenização por danos morais, movida por B.C.S.S., menor representada por seus pais, em face de Hospital Ribeirão Pires Ltda. e Fernando Domingos Durastante Milanese e condenou a autora ao pagamento das custas, despesas processuais e honorários advocatícios, fixados em 10% sobre o valor da causa corrigido, observada a gratuidade processual.

A autora apela e pugna pela reforma da sentença, alegando restar provada a conduta reprovável do médico, preposto do hospital-corréu, que prescreveu receita sem cautela, com letra que leva a crer que a dosagem que deveria ser ministrada à autora era de "20 (vinte) gotas" e não "2 (duas) gotas" do medicamento, como seria o correto, face ao peso da criança. Pugna pela condenação dos réus, solidariamente, nos termos da inicial, bem como nas verbas de sucumbência (fls. 170/172).

Recurso tempestivo, isento de preparo por ser a apelante beneficiária da justiça gratuita, recebido no duplo efeito (fls. 173) e respondido (fls. 176/181 e fls. 183/186).

Parecer da douta Procuradoria Geral de Justiça opinando pelo improvimento do recurso (fls. 191/193).

É o relatório.

A autora, menor impúbere representada por seus pais, ingressou com a presente ação de indenização por danos morais, alegando que no dia 12/05/2009 o corréu Fernando, médico preposto do Hospital Ribeirão Pires Ltda., teria prescrito erradamente a quantidade de gotas do medicamento *Bromidrato de fenoterol* ou *Berotec* à autora para inalação, vez que prescreveu "29 gotas", quantidade excessiva para uma criança com apenas quatro anos de idade à época e que pesava 16 quilos. Aduz que houve erro do médico e que sua conduta poderia ter levado a autora a óbito, fato que somente não ocorreu porque a avó, de forma prudente, alertou a genitora da mesma a utilizar somente 10 gotas.

Em que pesem os argumentos da apelante, o recurso não comporta provimento, sendo o caso de manter a r. sentença pelos seus próprios e bem deduzidos fundamentos, os quais ficam inteiramente adotados como razão de decidir, nos termos do art. 252 do Regimento Interno deste E. Tribunal de Justiça, que dispõe: *"Nos recursos em geral, o relator poderá limitar-se a ratificar os fundamentos da decisão recorrida, quando, suficientemente motivada, houver de mantê-la".*

O Colendo Superior Tribunal de Justiça tem prestigiado este entendimento quando predominantemente reconhece *"a viabilidade de o órgão julgador adotar ou ratificar o juízo de valor firmado na sentença, inclusive transcrevendo-a no acórdão, sem que tal medida encerre omissão ou ausência de fundamentação no decisum"* (REsp. nº 662.272-RS, 2ª Turma, Rel. Min. João Otávio de Noronha, j. de 4.9.2007; REsp nº 641.963-ES, 2ª Turma, Rel. Min. Castro Meira,

Acesso ao Sumário

j. de 21.11.2005; REsp nº 592.092-AL, 2ª Turma, Rel. Min. Eliana Calmon, j. 17.12.2004 e REsp nº 265.534 DF, 4ª Turma, Rel. Min. Fernando Gonçalves, j. de 1.12.2003).

A r. sentença bem assinalou:

"[...] Felizmente no caso dos autos a autora não chegou a ingerir *a dose equivocada do medicamento; por uma graciosa percepção da avó, evitou-se o que*, se tivesse ocorrido, *poderia ocasionar gravame.*

Por outras palavras: a mera possibilidade de que um dano à saúde da autora tivesse ocorrido não gera senão expectativa de direito, e esta não se indeniza. A angústia decorrente da mentalização do que 'poderia ter ocorrido' acaso o medicamento fosse ingerido não difere do incômodo que acomete qualquer ser humano dia após dia, a cada despertar matutino, diante de todas as possibilidades que lhe podem suceder neste efêmero fenômeno chamado vida."

Malgrado a prescrição de 29 gotas, o fato é que a autora apenas ingeriu 10 gotas do medicamento, as quais que não lhe causaram nenhum dano.

E, como é cediço, o instituto da responsabilidade civil exige a prova inequívoca da ação ou omissão; da culpa ou dolo do autor do ato ilícito; do efetivo dano, bem como do nexo de causalidade. No caso dos autos, inexistiu dano e, consequentemente, nexo de causalidade, razão pela qual não há como acolher o pedido de indenização pretendido pela apelante, sendo a improcedência da ação de rigor.

A propósito, alerta Carlos Roberto Gonçalves, em sua obra, "Direito Civil Brasileiro: responsabilidade civil", volume 4, 7ª edição, Saraiva, 2012, pág. 54:

"Sem a prova do dano, ninguém pode ser responsabilizado civilmente.

[...]

Com efeito, o elemento subjetivo da culpa é o dever violado. A responsabilidade é uma reação provocada pela infração de um dever preexistente. No entanto, ainda mesmo que haja violação de um dever jurídico e que tenha havido culpa, e até mesmo dolo, por parte do infrator, nenhuma indenização será devida, uma vez que não se tenha verificado prejuízo."

Como bem salientou o d. Magistrado "*a quo*", o mero dissabor pela *possibilidade* de um dano à autora não enseja reparação.

Destarte, escorreita a r. sentença, que agora, em sede de recurso, fica mantida pelos seus jurídicos e bem lançados fundamentos.

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. Despicienda a menção explícita de dispositivos uma vez encontrada a fundamentação necessária, consoante entendimento consagrado no Eg. Superior Tribunal de Justiça.

Acesso ao Sumário

Ante o exposto, pelo meu voto, nega-se provimento ao recurso.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0023893-94.2012.8.26.0100, da Comarca de São Paulo, em que são apelantes V.S.A.C. (E OUTROS(AS)) e V.S.A.C., é apelado O JUÍZO.

ACORDAM, em 10ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 22.697)**

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

São Paulo, 5 de agosto de 2014.

JOÃO CARLOS SALETTI, Presidente e Relator

Ementa: CASAMENTO - REGIME DE BENS - ALTERAÇÃO - Requisitos - Casamento realizado sob o regime da comunhão parcial de bens - Pretensão de modificação para o de separação total de bens - Juntada de certidões negativas de débitos, protestos - Existência de ações judiciais trabalhistas que não impedem a modificação do regime - Bens suficientes para garantir as respectivas execuções - Descrição de todos os bens adquiridos na constância da união - Possibilidade, nos termos do artigo 1.639 do CC, com partilha dos bens amealhados durante o regime de comunhão parcial, resguardado o direito de terceiros - Hipótese em que os bens presentes no patrimônio do casal são suficientes para garantir a satisfação de dívidas comprovadas pelo marido - Sentença reformada para julgar procedente a ação.

Apelação provida.

Acesso ao Sumário

VOTO

A r. sentença de fls. 82/83 julgou improcedente a ação para alteração de regime de bens. Opostos embargos declaratórios, foram rejeitados (fls. 82).

Apelam as partes (fls. 85/100). Visam alterar o regime de bens de comunhão

parcial para o da separação total de bens, apenas para fins de melhor administrá-los e sem qualquer intenção de prejudicar interesses ou direitos de terceiros. Para tanto apresentaram várias certidões aptas a comprovar que ambos não têm dívidas perante terceiros, bem como certidão de objeto e pé das demandas trabalhistas movidas em face da empresa em que o apelante V. foi sócio, por dívidas adquiridas antes da celebração do casamento. Seja como for, ainda que não seja V. responsável direto pelo pagamento das dívidas, nem o patrimônio comum, afirmam e demonstram terem patrimônio suficiente para arcar com o passivo. Alegam terem sofrido cerceamento de defesa porquanto o Juízo sequer possibilitou a comprovação da existência de patrimônio suficiente para tanto. Pedem, portanto, a declaração de nulidade da r. sentença, com aplicação do artigo 249 cumulado com 515, §§ 1º, 3º e 4º, do Código de Processo Civil, para julgar procedente o pedido de alteração de regime de bens, com a competente averbação no registro de casamento realizado perante 28º Oficial de Registro das Pessoas Naturais do Jardim Paulista - Comarca desta Capital do Estado de São Paulo.

As partes peticionam às fls. 115/118, pedindo a imediata inclusão do processo em pauta de julgamento, de modo a não prejudicar ainda mais a entidade familiar, que corre o risco de culminar em divórcio, tamanha a divergência das partes em gerir seu patrimônio.

É o relatório.

1. As partes se casaram em (...), sob o regime legal da comunhão de bens. À época, V. contava 26 anos, e V. 25.

Com a maturidade, afirmam, assumiram posições distintas acerca da forma de administração do patrimônio comum, pois os rendimentos e a forma de investir de um e outro são expressivamente diferentes. Além disso, V. afirma ter recebido herança/doação do seu avô paterno e, em conjunto com os irmãos, pretendem vender os imóveis para investir na criação de algumas empresas, razão pela qual a gestão individual desses rendimentos se faz necessária. A pretensão, portanto, traduz intenção de evitar desgastes na relação conjugal, mas, segundo relatam, já afeta a convivência do casal.

2. O Juízo sentenciante julgou antecipadamente o feito, por não vislumbrar necessidade de designação de audiência de instrução, julgando improcedente o pedido sob os seguintes argumentos:

> "Em que pese a motivação supracitada evidencia-se nos autos que há execuções trabalhistas ainda não adimplidas em face do autor e de sua empresa, observo que a alteração do regime de bens poderia implicar em prejuízo a terceiros."
>
> (...)
>
> "Logo, observando-se que os autores não demonstraram nos autos

Acesso ao Sumário

qual seria o patrimônio do casal na atual fase, para se apurar se ele garante o débito das execuções trabalhistas caso regime de bens fosse alterado, concluo que não há prova no feito de que os credores estariam preservados pelos bens já integrantes do patrimônio do casal e não sofreriam prejuízo se o regime de bens fosse alterado para o da separação total."

3. Reclamam as partes terem sofrido cerceamento de defesa.

De fato, com a juntada das certidões de objeto e pé acerca das dívidas trabalhistas (fls. 77/81), e em razão delas, poderia o Juízo ter determinado a comprovação da existência de patrimônio suficiente, de modo a preservar eventuais direitos de terceiros. Preferiu, no entanto, julgar improcedente o pedido.

Ocorreu, assim, cerceamento de defesa.

Não se olvida, entretanto, por ocasião da oposição dos embargos declaratórios, terem as partes juntado comprovantes de renda (fls. 79), de existência de bem imóvel comum (fls. 75/77), e de veículos registrados em nome de cada uma delas (fls. 69/72), além de trazerem ficha cadastral completa da empresa reclamada na ação trabalhista, com anotação da retirada do sócio então apelante V., em março de 2009 (fls. 65/67).

4. Dispõe o artigo 1639, § 2º, do Código Civil:

"Art. 1.639. É lícito aos nubentes, antes de celebrado o casamento, estipular, quanto aos seus bens, o que lhes aprouver."

"(…)"

"§ 2º É admissível alteração do regime de bens, mediante autorização judicial em pedido motivado de ambos os cônjuges, apurada a procedência das razões invocadas e ressalvados os direitos de terceiros" (sublinhei).

Com o advento do novo Código Civil, passou a vigorar o princípio da mutabilidade motivada de regimes de bens, desde que demonstrada a procedência da pretensão bilateralmente manifestada e o respeito a direitos de terceiros.

Neste caso, os requisitos da concordância por ambos os cônjuges e da veiculação de razões relevantes, foram atendidos. Objetivam os requerentes ter vidas econômicas, profissionais e empresariais próprias. E demonstram a existência de patrimônios distintos, não só para garantir o cumprimento de obrigações para com terceiros, mas também para situar-se profissionalmente e, mesmo, para promover a incorporação em capital social de futura empresa.

Para demonstrar o respeito a direitos de terceiros, as partes juntaram várias certidões às fls. 23/58, restando positiva apenas a de "Débitos Trabalhistas", com menção de três ações (fls. 28). Duas delas ajuizadas antes da celebração do casamento entre as partes (fls. 78 e 81) e em fase de execução; outra, ajuizada

em 2010, com acordo celebrado e pagamento do débito em 6 parcelas, restando apenas a multa de 50% relativamente às duas últimas parcelas, por terem sido pagas com atraso.

A circunstância da existência de tais dívidas não impede a alteração do regime de bens, neste caso. Os valores declarados dos bens, fácil de ver e supor, superam em muito os das dívidas trabalhistas mencionadas nas certidões de objeto e pé e certamente as garantem (R$ 17.144,88, em julho de 2012 - fls. 78, R$ 6.000,00 - fls. 80; valor do débito não mencionado na execução referida às fls. 81). Só o bem imóvel, adquirido pelo casal em outubro de 2008, posteriormente ao casamento, portanto, tem valor venal apontado para o ano de 2012 de cerca de R$ 625.928,00 (fls. 77), conforme pesquisa realizada no *site* da Prefeitura de São Paulo.

Seja como for, ficam desde já ressalvados eventuais direitos de terceiros, por dívidas constituídas após a celebração do casamento, devidamente garantidas pelo patrimônio comum das partes, até a data deste julgamento, pois os efeitos da mudança do regime atuam *ex nunc*, ou seja, daqui para frente.

Nesse sentido, THEOTONIO NEGRÃO e JOSÉ ROBERTO F. GOUVÊA, LUIS GUILHERME A. BONDIOLI, JOÃO FRANCISCO N. DA FONSECA (Código Civil e Legislação Civil em vigor, 32ª ed., Saraiva, 2013) anotam o seguinte:

> "Art. 1.369: 2a Enunciado 113 do CEJ: 'é admissível alteração do regime de bens entre os cônjuges, quando então o pedido, devidamente motivado e assinado por ambos os cônjuges, será objeto de autorização judicial, com ressalva dos direitos de terceiros, inclusive dos entes públicos, após perquirição de inexistência de dívida de qualquer natureza, exigida ampla publicidade'" (pág. 589).
>
> E ainda:
>
> "Artigo 1.639: 2b. 'Regime de bens. Pretensão da mudança de comunhão parcial para separação de bens. Necessidade de as partes procederem ao inventário e à partilha de eventuais bens adquiridos após o casamento, a ser homologada pelo juiz, antes da expedição do mandado de averbação ao registro civil de pessoas naturais. **A separação de bens não retroage à época da celebração do casamento, passando a vigorar daqui para diante**' (JTJ 329/566: AP 561.635-4/0-00)" (sublinhei) (pág.589).

Na mesma linha de pensamento a doutrina de MILTON PAULO DE CARVALHO FILHO (*Código Civil Comentado*, coordenador o Ministro Cezar Peluso, 6ª ed., Manole, p. 1.836), e de REGINA BEATRIZ TAVARES DA SILVA (*Código Civil Comentado*, 6ª ed., Saraiva, p. 1.787/1.788).

Interessante aqui transcrever também trecho do voto do Ministro RAUL

ARAÚJO, do Colendo Superior Tribunal de Justiça, em julgado mencionado pelas partes (fls. 93):

> "De fato, deve haver cautela no deferimento da mudança do regime de bens ante a possibilidade de prática de abusos, com prejuízo de terceiros, como credores e herdeiros, na medida em que as alterações pretendidas têm imediato e direto reflexo na esfera patrimonial dos requerentes.
>
> Ocorre, entretanto, que a própria lei ressalva os direitos de terceiro, como se vê na leitura focada na parte final do mencionado dispositivo do Código Civil, que, expressamente, 'ressalvados direitos de terceiros'.
>
> Isso significa que a alteração do regime não pode implicar prejuízo para terceiros. Como bem pontuado por Didier Júnior e Cristiano Chaves de Farias: '(...) *o descumprimento deste preceito não pode implicar a nulidade da alteração promovida. Trata-se, também aqui, de hipótese de ineficácia relativa do ato: em relação ao terceiro prejudicado, valem as regras patrimoniais anteriores; para tudo o mais, valem as regras novas*' (*in* Comentários ao Código Civil Brasileiro, vol. XV, 1ª edição, p. 29).
>
> Os interesses de terceiros, portanto, em qualquer hipótese, são ressalvados, satisfazendo-se a publicidade necessária através da publicação da sentença e das anotações correspondentes nos registros próprios. Com efeito, publicada a sentença de deferimento do pedido, a averbação da alteração no Cartório de Registro Civil de Pessoas Naturais, no tocante ao registro de casamento, e no Registro de Imóveis, quanto às matrículas dos imóveis pertencentes aos casados, é que dá eficácia à alteração e previne os terceiros" (Resp. 776455-RS, 4ª T., j. em 17.4.2012).

5. Resta apenas definir a partilha dos bens amealhados durante a vigência do regime de comunhão parcial de bens.

A partilha se fará nos exatos termos do peticionado às fls. 125/126. Não custa assinalar, no entanto:

> O imóvel situado no Condomínio (...) será partilhado na proporção de 50% para cada um dos apelantes. O veículo (...) ficará exclusivamente na propriedade de V., transferindo V. a sua parte a ela (50%). O outro automóvel, (...), foi vendido e não fará parte da partilha.

A questão atinente a incidir ou não o ITCMD relativamente à transferência da cota parte do veículo do marido à mulher será objeto de consideração em primeiro grau.

6. Ante o exposto, dou provimento ao recurso, para julgar procedente a ação, nos termos do artigo 269, I, do Código de Processo Civil. Custas e honorários advocatícios pelos requerentes. Em primeiro grau, será expedido o mandado de averbação.

É meu voto.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0000011-43.2011.8.26.0002, da Comarca de São Paulo, em que é apelante ADRIANA RUAS DE OLIVEIRA (ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA), é apelado COMPANHIA DE DESENVOLVIMENTO HABITACIONAL E URBANO DO ESTADO DE SÃO PAULO - CDHU.

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 10393)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores MIGUEL BRANDI (Presidente sem voto), WALTER BARONE e LUIZ ANTONIO COSTA.

São Paulo, 6 de outubro de 2014.

RÔMOLO RUSSO, Relator

Ementa: EMBARGOS DE TERCEIRO. Contrato habitacional. CDHU. Compromisso de compra e venda. Cessão da posição contratual de promitente-compradora através de "contrato de gaveta". Irregularidade ante a ausência de comunicação à promitente-vendedora, bem como de sua anuência expressa (art. 1º, *caput* e parágrafo único, da Lei nº 8.004/90; art. 1º da Lei Estadual nº 12.276/2006; art. 3º do Decreto Estadual nº 51.241/2006). Inoponibilidade da cessão à embargada. Inadimplemento prolongado (42 meses). Negócio jurídico que confere concretude ao direito social de moradia a famílias de baixa renda (art. 6º da CF). Restituição das partes ao estado anterior. Indenização da promitente-vendedora pelas perdas e danos experimentados com a ocupação indevida do bem imóvel. Parcelas de valor módico. Hipótese concreta que autoriza a retenção da integralidade dos valores pagos. Inaplicabilidade do art. 53 do CDC. Vedação ao enriquecimento sem causa (art. 884 do CC). Pretensão ao ressarcimento de benfeitorias. Descabimento. Ausência de comprovação (art. 333,

Acesso ao Sumário

I, do CPC). Acessórios que não se caracterizam, em tese, como benfeitorias necessárias (art. 1.220 do CC). Usucapião constitucional urbano (art. 183 da CF; art. 1.240 do CC). Não preenchimento dos requisitos legais. Improcedência mantida. Recurso desprovido.

VOTO

Da r. sentença que julgara improcedentes os embargos de terceiro sob o fundamento de que a posse da embargante é injusta e não prevalece sobre a da embargada (fls. 168/170); apela a vencida, asseverando, em síntese, que: a) deve ser reconhecida a sua boa-fé e a validade do "contrato de gaveta" firmado com a primeira mutuária; b) a propriedade imobiliária foi adquirida através da usucapião, nos moldes do art. 183 da CF; e, c) subsidiariamente, pugna pela indenização das benfeitorias que realizou no imóvel, bem como a restituição das parcelas pagas (fls. 176/188).

Recurso tempestivo, respondido (fls. 192/199), mas não preparado, mercê da concessão dos benefícios da justiça gratuita.

É o relatório.

O apelo não comporta provimento.

Com efeito, depreende-se dos autos que a embargante, em 11/10/2004, ingressara na posse do imóvel situado na Rua Manoel da Conceição, s/n, bloco (...), apartamento nº (...), nesta Capital, após ter celebrado com Terezinha Kokura, promitente-compradora do bem, contrato particular de cessão e transferência de direitos e obrigações (fls. 15/16).

Igualmente, verifica-se que a referida cessão da posição contratual ocorrera mediante o que se conhece por "contrato de gaveta", em desconformidade com a cláusula 25ª, alínea "a" do compromisso de compra e venda firmado entre a embargada e Terezinha (fls. 31/41).

Nessa medida, tem-se que o empreendimento imobiliário em questão ostenta inegável caráter social, haja vista que tem como objetivo principal conferir moradia digna e a preço acessível à população de baixa renda.

É cediço, pois, que no universo dos financiamentos celebrados através do Sistema Financeiro da Habitação a cessão da posição contratual do adquirente-aderente no compromisso de compra e venda apenas tem validade se perpetrada com a interveniência obrigatória da instituição financeira (art. 1º, *caput* e parágrafo único, da Lei nº 8.004/90; art. 1º da Lei Estadual nº 12.276/2006; art. 3º do Decreto Estadual nº 51.241/2006).

Não foi, porém, o que ocorrera na hipótese trazida à baila, vez que a mencionada cessão não foi comunicada à embargada, tampouco contara com a sua expressa anuência.

Acesso ao Sumário

Logo, o denominado "contrato de gaveta" não é oponível à promitente-vendedora.

E isso só ocorre porque o compromisso de compra e venda firmado com a adquirente originária do imóvel detinha natureza personalíssima, eis que subsidiado por recursos do SFH, intransferíveis (cf. cláusula 2ª do instrumento particular de concessão de subsídios a fls. 42/45).

Nesse horizonte, não é jurídico nem moral que o promitente-comprador ceda seus direitos e obrigações sem a imprescindível anuência da promitente-vendedora, pois, além de beneficiar-se de forma indevida do empreendimento imobiliário com finalidade social, obtendo verdadeiro lucro mediante recursos governamentais, prejudica inúmeras outras pessoas e famílias que aguardam pela oportunidade de adquirir a morada própria a preços mais acessíveis.

Seja como for, ainda que irregularmente, é fato que a embargante assumira a posição contratual da promitente-compradora originária.

Contudo, ante o inadimplemento das parcelas do financiamento a partir do ano de 2005 (cf. alegação a fls. 03 e documento a fls. 28), certo é que a sua posse transformara-se em precária e de má-fé.

Crave-se que a ocupação irregular de bem imóvel financiado com recursos do SFH sem o respectivo pagamento das parcelas - fixadas em patamares módicos em face da finalidade social do negócio jurídico - gera prejuízos à recorrida, em razão da inegável depreciação da unidade habitacional.

Ademais, é fundamental considerar que o direito social à moradia não ostenta caráter absoluto, de modo que não há se falar, no caso concreto, em abusividade na retenção da integralidade das parcelas pagas à embargada, notadamente em face do longo período de inadimplência (quarenta e dois meses - cf. notificação a fls. 28).

Afasta-se, pois, a incidência do disposto no art. 53 do CDC a fim de rechaçar o enriquecimento sem causa da embargante em virtude de sua indevida permanência no imóvel sem contrapartida pecuniária (art. 884 do CC).

Nesse diapasão, aliás, são os seguintes precedentes deste Egrégio Tribunal de Justiça, colacionados a título exemplificativo: Ap. nº 0008670-91.2008.8.26.0278, 9ª Câmara de Direito Privado, V.U., Rel. Des. ALEXANDRE LAZZARINI, j. em 19/11/2013; Ap. nº 0020102-35.2010.8.26.0344, 6ª Câmara de Direito Privado, V.U., Rel. Des. VITO GUGLIELMI, j. em 06/02/2014; Ap. nº 0002529-88.2011.8.26.0007, 8ª Câmara de Direito Privado, V.U., Rel. Des. SILVÉRIO DA SILVA, j. em 19/02/2014; Ap. nº 0023106-46.2011.8.26.0344, 10ª Câmara de Direito Privado, V.U., Rel. Des. ELCIO TRUJILLO, j. em 11/03/2014; Ap. nº 0015074-03.2011.8.26.0037, 2ª Câmara de Direito Privado, V.U., Rel. Des. JOSÉ JOAQUIM DOS SANTOS, j. em 01/04/2014; Ap. nº 0007734-30.2013.8.26.0007, 4ª Câmara de Direito Privado, V.U., Rel. Des.

Acesso ao Sumário

MILTON CARVALHO, j. em 07/08/2014; Ap. nº 0118191-08.2008.8.26.0007, 4ª Câmara de Direito Privado, V.U., Rel. Des. SALLES ROSSI, j. em 13/08/2014; Ap nº 0001247-58.2008.8.26.0059, 5ª Câmara de Direito Privado, V.U., Rel. Des. CARLOS HENRIQUE MIGUEL TREVISAN, j. em 13/08/2014; Ap. nº 0002683-74.2011.8.26.0244, 7ª Câmara de Direito Privado, V.U., Rel. Des. RAMON MATEO JÚNIOR, j. em 20/08/2014; Ap. nº 0010623-40.2011.8.26.0196, 7ª Câmara de Direito Privado, V.U., Rel. Des. MIGUEL BRANDI, j. em 22/08/2014; Ap. nº 0000353-54.2009.8.26.0445, 6ª Câmara de Direito Privado, V.U., Rel. Des. ANA LUCIA ROMANHOLE MARTUCCI, j. em 11/09/2014.

D'outro bordo, não merece guarida o pleito de indenização das benfeitorias supostamente realizadas pela embargante no imóvel, máxime porque não houvera comprovação de sua efetiva existência, tampouco dos gastos que teriam sido realizados (art. 333, inciso I, do CPC).

A despeito disso, a embargante não faria jus a nenhum ressarcimento a tal título, posto que os acessórios descritos na exordial (gesso nas paredes, piso frio, pintura, armários embutidos, box no banheiro e tanque na lavanderia - cf. alegações a fls. 08) não se enquadram no conceito de benfeitorias necessárias, a autorizar a correlata indenização nos moldes do art. 1.220 do CC.

Por fim, melhor sorte não cabe à tese de aquisição da propriedade imobiliária pela via do usucapião constitucional urbano (art. 183 da CF; art. 1.240 do CC).

Primeiro, porque a embargante não exerce posse sobre o bem litigioso como se dona fosse, haja vista que assumira a posição de promitente compradora mediante contrato de gaveta celebrado com a adquirente originária, o que é incompatível com a caracterização do *animus domini*.

Segundo, porquanto não transcorrera o prazo de cinco anos de posse sem oposição, visto que, como alegado pela própria embargante, o inadimplemento das parcelas do compromisso tivera início em 2005 (fls. 03), ao passo que a notificação extrajudicial remetida pela embargada é datada de 06/06/2008 (documento a fls. 28/29).

Acesso ao Sumário

Nesse tom, são os precedentes desta Corte de Justiça, colacionados a título exemplificativo: Ap. nº 0092895-06.2002.8.26.0100, 4ª Câmara de Direito Privado, V.U., Rel. Des. NATAN ZELINSCHI DE ARRUDA, j. em 05/08/2010; Ap. nº 0009987-95.2010.8.26.0071, 6ª Câmara de Direito Privado, V.U., Rel. Des. FRANCISCO LOUREIRO, j. em 09/08/2012; Ap. nº 0212114-54.2009.8.26.0007, 6ª Câmara de Direito Privado, V.U., Rel. Des. ROBERTO SOLIMENE, j. em 31/03/2011; Ap. nº 0033972-91.2010.8.26.0007, 3ª Câmara de Direito Privado, V.U., Rel. Des. DONEGÁ MORANDINI, j. em 15/01/2013; Ap. nº 0119335-23.2008.8.26.0005, 7ª Câmara de Direito Privado, V.U., Rel.

Des. MIGUEL BRANDI, j. em 09/04/2014; Ap. nº 0123117-32.2008.8.26.0007, 7ª Câmara de Direito Privado, V.U., Rel. Des. LUIZ ANTONIO COSTA, j. em 30/04/2014; Ap. nº 0163662-78.2002.8.26.0000, 4ª Câmara Extraordinária de Direito Privado, V.U., Rel. Des. MAURO CONTI MACHADO, j. em 06/08/2014; Ap. nº 0118191-08.2008.8.26.0007, 4ª Câmara Extraordinária de Direito Privado, V.U., Rel. Des. SALLES ROSSI, j. em 13/08/2014; Ap. nº 0603750-62.2008.8.26.0007, 2ª Câmara de Direito Privado, V.U., Rel. Des. MARCIA TESSITORE, j. em 19/08/2014; Ap. nº 0206912-96.2009.8.26.0007, 6ª Câmara de Direito Privado, V.U., Rel. Des. ANA LUCIA ROMANHOLE MARTUCCI, j. em 15/09/2014.

Dentro dessa quadra, a manutenção da improcedência dos embargos é medida que se impõe.

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

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0171395-76.2008.8.26.0100, da Comarca de São Paulo, em que são apelantes/apelados PLENA COMERCIAL ATACADISTA LTDA., PRINCIPAL DO BRASIL COMÉRCIO ATACADISTA LTDA., SEA VENTURE EMPREENDIMENTOS E PARTICIPAÇÕES LTDA. e REVERE EMPREENDIMENTOS E PARTICIPAÇÕES LTDA., é apelado/apelante BROTHER INTERNATIONAL CORPORATION DO BRASIL LTDA..

ACORDAM, em 9ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram parcial provimento a um dos apelos das rés e negaram provimento aos demais recursos. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 19288)**

O julgamento teve a participação dos Exmo. Desembargadores MAURO CONTI MACHADO (Presidente) e GALDINO TOLEDO JÚNIOR.

São Paulo, 7 de outubro de 2014.

PIVA RODRIGUES, Relator

Ementa: Marcas e patentes. Importação paralela. Duas ações. Pedidos de obrigação de não fazer e indenizatória. Sentença de procedência na obrigação de não fazer e parcial procedência na indenizatória. Inconformismo das partes. Preliminar de ilegitimidade afastada. Debate sobre o mecanismo da

Acesso ao Sumário

"importação paralela", vedado na legislação pátria por opção explícita do legislador. Ato ilícito pelas rés. Sentença de obrigação de não fazer mantida. Dever de indenizar evidenciado. Danos morais ausentes pois incomprovados. Danos materiais de 70% sobre as receitas auferidas pelas rés com a comercialização de produtos da marca "Brother". Recurso das rés na demanda indenizatória parcialmente provido, desprovidos os demais.

VOTO

São duas ações entre as mesmas partes que envolvem a mesma questão. A primeira com pedido de obrigação de não fazer, a segunda com pedido indenizatório. Serão julgadas em conjunto. Os relatórios seguem abaixo, primeiro o da obrigação de não fazer, seguido pelo da indenizatória.

Trata-se de ação com pedido de obrigação de não fazer promovida por Brother International Corporation do Brasil Ltda. em face de Plena Comercial Atacadista Ltda. e outras.

Sentença proferida às fls. 884/890, em 02 de março de 2009, pelo E. Juiz de Direito Edward A. L. D. C. C. Wickfield, cujo relatório adoto, na qual julgou procedente a ação para condenar as rés à obrigação de não fazer para que se abstenham de veicular e explorar comercialmente a marca "Brother" e seus produtos. Restaram as rés condenadas ao pagamento das custas e honorários advocatícios, arbitrados em 15% sobre o valor da causa.

As rés apelam (fls. 930/956). Argumentam, em síntese, que tudo foi feito de forma legal. Afirmam que compram os produtos de distribuidor autorizado da Brother Industries e trazem regularmente ao Brasil. Afirma a legalidade das importações paralelas. Reiteram agravo retido de ilegitimidade das empresas Principal, Sea Venture e Revere. Afirmam que as importações paralelas beneficiam os consumidores, pois baixam os preços e é benéfica à livre concorrência. Afirmam que entendimento em contrário cria monopólio artificial. Afirmam que apenas comercializa produtos que já foram colocados no mercado. Afirmam que possuem autorização do titular da marca. Afirmam que a postura da autora é contraditória, considerando que a Brother Industries coloca seus produtos no mercado, comercializando-os e ganhando com isso e, posteriormente, por meio de sua subsidiária, tenta coibir a circulação dos produtos. Afirmam que há exaustão dos direitos de propriedade industrial com a primeira venda. Afirmam que o valor estipulado a título de multa diária é excessivo e deve ser minorado. Requerem, por fim, seja reformada a sentença.

Recurso recebido em seus regulares efeitos (fl. 981) e respondido em

contrarrazões (fls. 1020/1051).

Autos distribuídos a esta relatoria e conclusos para julgamento em 15 de setembro de 2009.

É o relatório da ação com pedido de obrigação de não fazer. À indenizatória.

Trata-se de ação com pedido indenizatório promovida por Brother International Corporation do Brasil Ltda. em face de Plena Comercial Atacadista Ltda. e outras.

Sentença proferida às fls. 1305/1313, em 22 de outubro de 2009, pelo E. Juiz de Direito André Salomon Tudisco, cujo relatório adoto, na qual julgou parcialmente procedente a ação para condenar as rés ao pagamento de lucros cessantes à autora, a serem calculados em liquidação de sentença, consistentes nas receitas auferidas pelas rés com a exploração comercial dos equipamentos Brother desde a citação até a cessação do ato ilícito. Determinada sucumbência recíproca.

As rés apelam (fls. 1326/1361). Argumentam, em síntese, preliminarmente, ilegitimidade passiva das rés Principal, Sea Venture e Revere. No mérito, afirmam que a importação paralela é legal. Afirmam que, sem ato ilícito cometido pelas rés, não há o que se falar em indenização ou reparação. Afirma que há de ser protegida a livre concorrência. Afirmam que o comércio por elas realizado é de seu mérito próprio, não podendo ser presumir que os clientes que dela compraram comprariam também da autora. Afirmam que a autora já teve lucro ao vender seus produtos às rés. Afirmam que a postura da autora é contraditória, considerando que a Brother Industries coloca seus produtos no mercado, comercializando-os e ganhando com isso e, posteriormente, por meio de sua subsidiária, tenta coibir a circulação dos produtos. Afirmam que estavam sob abrigo de liminar concedida. Requerem, por fim, seja reformada a sentença.

Também apela a autora (fls. 1390/1398). Argumenta, em síntese, que sofreu sim danos morais. Afirma que a comercialização dos produtos pelas rés se dá sem garantia de qualidade, prejudicando a marca "Brother" no mercado. Afirma que a sucumbência deve ser fixada em favor da autora, visto que vencedora na maior parte dos pedidos. Requer, por fim, seja reformada a sentença.

Recurso recebido em seus regulares efeitos (fl. 1366) e respondido em contrarrazões (fls. 1367/1388 e 1403/1429).

Autos distribuídos a esta relatoria e conclusos para julgamento em 07 de outubro de 2010.

São os relatórios.

O único recurso que merece parcial provimento é o das rés na ação indenizatória. Os outros devem ser desprovidos.

Acesso ao Sumário

A preliminar de ilegitimidade passiva das rés não merece prosperar. Isto porque se evidencia tratarem de empresas constantes do mesmo grupo econômico, com mesmos proprietários, que desempenham diferentes funções na atividade comercial da ré, mas que estão todas interligadas e respondem pelo objeto da ação.

Ao mérito.

O mecanismo da importação paralela é conhecido e amplamente debatido, mundialmente, no direito patentário.

Trata-se de questão que envolve a compra de medicamento pelos meios legais em país diverso do que se pretende comercializá-lo, a importação do produto ao país no qual o comércio será realizado e o comércio em si.

O debate perpassa a questão da exaustão dos direitos de propriedade intelectual[1]. A questão é: considerado que a exaustão seja nacional, uma vez que se adquire produto cuja propriedade intelectual pertence a determinado proprietário, exauriu-se o direito intelectual do proprietário àquele produto e o comprador pode fazer o que bem entender com o produto, inclusive importá-lo e comercializá-lo em outros países. Por outro lado, considerando que a exaustão seja internacional, persiste a proteção integral à comercialização do produto pelo proprietário, de modo que a compra do produto em determinado país não libera o comprador a importá-lo e comercializá-lo em outro, dependendo assim de autorização, mediante negociação, do proprietário.

Ressalve-se que, dentro deste prisma, a importação paralela só é possível quando o titular da patente em questão é o mesmo em ambos os países envolvidos.

Pois bem.

O acordo TRIPS, que regulou internacionalmente a matéria, deixou propositalmente em aberto o entendimento de cada país em relação ao assunto (artigo 6º). Não se chegou, na negociação havida entre os países, a um consenso.

Isto porque, por óbvio, há um conflito de interesses. Por um lado, o entendimento pela exaustão nacional (que, consequentemente, autoriza a importação paralela), interessa aos países que menos patentes possuem (suas empresas). Por outro lado, a exaustão internacional (que desautoriza a importação paralela) beneficia os países e empresas que mais possuem patentes.

Relevante mencionar que, neste sentido, durante a negociação do Acordo TRIPS da OMC, o Brasil foi um dos países que pressionaram para a adoção do

Acesso ao Sumário

1 "a exaustão de direitos é a construção jurídica segundo a qual o titular de uma patente não pode mais exercer o direito de proibir o uso por terceiros depois que ele colocou o objeto de sua patente no comércio, no território em que a patente tem aplicação; ele já gozou de seu direito, este último esgotou-se". (SAVIGNON, F. Convention de Luxembourg. La Proprieté Industrielle, 1976, p. 103. *Apud* GONTIJO, Cícero. Propriedade Industrial no século XXI: direitos desiguais. Brasília: INESC, REBRIP, OXFAM, 2003. p. 39.

regime de exaustão internacional dos direitos de propriedade intelectual[2].

O Brasil, sabe-se, não é dos maiores detentores de patentes. Contudo, mesmo autorizado pelo mencionado acordo TRIPS a adotar entendimento permissivo à importação paralela, e internacionalmente pressionando em tal sentido, não o fez. E, na criação da legislação, todo o debate permeou a adoção do artigo 43, inciso IV, da nº Lei 9.279/1996.

Conforme explica Gontijo[3], "Como se vê, apesar de não haver qualquer restrição em TRIPS, os legisladores brasileiros não incluíram, no texto da lei, dispositivo consagrador da teoria da exaustão de direitos, impedindo assim as importações paralelas, instrumento de reconhecido valor na prevenção de abusos dos direitos de patente. Tais importações são forte meio de reduzir custos e produtos para exportação e são de particular importância no setor farmacêuticos, em que parcela substancial dos produtos intermediários é encontrada a menor preço no mercado internacional" e "A lei brasileira perdeu, por pouco, a oportunidade de ter em seu texto as importações paralelas como instrumento destinado a prevenir abusos de preços por parte do titular ou seu licenciado. O projeto aprovado na Câmara continha artigo neste sentido. Na tramitação do projeto no Senado houve manutenção da proposta na fase inicial, mas o texto final acabou resultando e uma disposição inócua, por limitar a busca do comprador ao mercado interno".

Tudo isto para deixar claro que, diante do respeitável posicionamento das rés e de todos possíveis benefícios que trariam a importação paralela ao país, inclusive considerando os princípios elencados (do livre-mercado, da concorrência *etc*), o legislador brasileiro optou, conscientemente, a adotar entendimento diverso, que prioriza outros princípios igualmente constitucionais (notadamente o da propriedade privada).

No mesmo sentido vem julgado o Superior Tribunal de Justiça:

> (...) 1.- Embora vedada pelo ordenamento jurídico a importação paralela, no caso concreto restou afastada a ilicitude da prática, porque realizada pela autora, por longo tempo, com tolerância da Ré. (EDcl nos EDcl no REsp 1200677/CE, Rel. Ministro SIDNEI BENETI, TERCEIRA TURMA, julgado em 05/12/2013, DJe 25/02/2014);
>
> (...) 3.- Rejeitam-se os Embargos de Declaração interpostos pela GAC IMPORTADORA porque: a) ao contrário do alegado, o art. 132, III, da Lei de Propriedade Industrial interpretou-se vedando a importação paralela

2 GERVAIS, Daniel. The TRIPS Agreement: drafting history and analysis. Sweet and Maxwell, 2nd edition, 2003. p. 112. Apud GENOVESI, Luis Mariano. The TRIPS Agreement and intelectual property rights exhaustion. In CORREA, Carlos (ed.). Research handbook on the protection of intellectual property under WTO rules. Intellectual Property in the WTO Volume I. Cheltenham, UK; Massachusetts, USA: Edward Elgar Publishing Limited, 2010. p. 217.

3 GONTIJO, Cícero. Propriedade Industrial (...). op. cit. p. 41 e 65.

Acesso ao Sumário

> sem o consentimento do titular da marca, mas tolerada essa importação, quando realizada sem oposição deste. (EDcl no REsp 1200677/CE, Rel. Ministro SIDNEI BENETI, TERCEIRA TURMA, julgado em 13/08/2013, DJe 03/09/2013);
>
> (...) A "importação paralela" de produtos originais, sem consentimento do titular da marca ou de quem autorizado a concedê-la, é, em regra, proibida, ante o disposto no art. 132, II, da Lei nº 9279/96. Mas, uma vez consentida pelo titular da marca ou por quem por ele autorizado para tanto, a entrada do produto original no mercado nacional não pode configurar importação paralela ilícita. (REsp 1249718/CE, Rel. Ministro SIDNEI BENETI, TERCEIRA TURMA, julgado em 18/12/2012, DJe 12/03/2013).

Ilícita, portanto, a conduta das rés. Ao menos a partir da explícita contestação da autora, detentora do direito intelectual, ao propor as ações ora julgadas.

Integralmente mantida deve ser, dessarte, a sentença da ação que condenou as rés a não fazer, no sentido de se absterem a veicular e explorar comercialmente produtos da marca "Brother" oriundos de importação paralela.

E, verificado o ato ilícito cometido pelas rés, o dever de indenizar é consequente.

Não há danos morais a serem indenizados. Danos morais, no caso, não são presumidos e devem ser efetivamente comprovados, ônus do qual não se desincumbiu a autora.

Os danos materiais foram fixados "(...) no pagamento dos lucros cessantes, ou seja, nas receitas auferidas pelas requeridas com a exploração comercial dos equipamentos Brother desde a citação até a efetiva cessação do ato ilícito" (fl. 1324).

A fórmula está correta quanto aos termos inicial e final e quanto à necessidade de se aferir o dano em liquidação de sentença. Deve, contudo, ser modificada quanto à determinação do pagamento do total das "receitas auferidas pelas requeridas com a exploração comercial dos equipamentos Brother".

Isto porque o artigo 208 da Lei nº 9.279/1996 dispõe que "será determinada pelos benefícios que o prejudicado teria auferido se a violação não tivesse ocorrido".

Impossível presumir que todos os clientes das rés teriam adquirido os mesmos produtos diretamente com a autora. Outros fatores entram em questão, notadamente os esforços das rés no sentido de divulgar e vender os produtos da marca Brother.

Dessarte, parece mais razoável que os danos materiais sejam fixados em 70% (setenta por cento) das receitas auferidas pelas requeridas com a exploração

Acesso ao Sumário

comercial dos equipamentos Brother.

Neste sentido, e apenas nele, deve ser reformada a sentença da ação indenizatória. No restante, sem modificações.

A sucumbência foi corretamente distribuída em ambas as ações. Na de obrigação de não fazer, vencedora a autora. Na indenizatória, vencedoras e vencidas as partes, sucumbência recíproca.

Por tais fundamentos, dá-se parcial provimento a um dos recursos de apelo das rés, negado provimento ao restante.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0290073-25.2009.8.26.0000, da Comarca de Amparo, em que são apelantes C.R.P., J.B.P., M.D.P., L.A.P., A.N.P., C.M.P. e C.P., é apelado D.L.O.D..

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 30.062)**

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

São Paulo, 19 de agosto de 2014.

ARALDO TELLES, Relator

Ementa: Prova testemunhal. Alegação de imparcialidade. Relacionamento dos genitores do autor que não era de conhecimento público, conhecendo-o apenas as pessoas próximas a ele e sua mãe. Vedação legal a pessoas suspeitas que não se aplica à hipótese.

Investigação de paternidade. Suposto pai falecido. Herdeiros que, embora devidamente intimados, não compareceram ao órgão para realização de exame de DNA. Recusa dos descendentes que não inviabiliza o reconhecimento da paternidade ante a aplicação do verbete nº 301 das Súmulas do STJ.

Recurso não provido

Acesso ao Sumário

VOTO

Trata-se de ação de investigação de paternidade ajuizada contra os herdeiros de C.P., suposto pai, em razão deste já ser falecido.

Julgada procedente, os vencidos apelam à Corte.

Sustentam, em suma, que a prova produzida nos autos não justifica a procedência da ação, pois os depoimentos colhidos em juízo foram prestados por pessoas íntimas da mãe do autor, razão por que deveriam ter sido admitidos com reservas e sem a credibilidade que lhes foi atribuído. De outro turno, as testemunhas que arrolaram declararam que não se tem notícia de que o falecido tivesse tido alguma relação extraconjugal, não há justificativa para a longa demora pela busca do direito invocado pelo autor, não há demonstração de que ele e sua mãe fossem mantidos financeiramente pelo falecido e, por fim, pugnam pelo afastamento do verbete nº 301 das Súmulas do STJ, pois, além de não obrigados a produzir prova contra si, é aplicável somente contra aquele que é investigado, não podendo ser estendido aos demais familiares.

Há contrariedade e manifestação da d. Procuradoria Geral de Justiça pelo desprovimento do recurso.

É o relatório, adotado o de fls. 102.

O recurso não comporta acolhimento.

A alegação do autor era de que o relacionamento de C.P. com sua mãe não era de conhecimento público. Assim, apenas as pessoas próximas a eles é que têm conhecimento dos fatos.

Ademais, as vedações impostas pelo art. 405, §§ 2º e 3º, do CPC, não devem prevalecer nas causas que digam respeito ao direito de família ou em que sua oitiva seja a imposição de um interesse mais relevante a ser constatado pelo juiz em cada caso concreto[1].

O exame de DNA possibilitou a substituição da verdade ficta pela verdade real. Entretanto, a realização dessa prova demanda a participação do suposto pai, ou, no caso, dos herdeiros deste.

O fato é que a negativa em submeter-se ao exame acabava esvaziando a ação de conteúdo probatório, o que desaguava numa sentença de improcedência, apesar do teor dos artigos 231 e 232 do Código Civil[2].

Para solucionar tal impasse, o Superior Tribunal de Justiças editou o verbete nº 301:

Em ação investigatória, a recusa do suposto pai a submeter-

Acesso ao Sumário

1 BUENO, Cassio Scarpinella. *Curso Sistematizado de Direito Processual Civil*, vol II, tomo I, 4ª edição, Saraiva: São Paulo, 2011, pp. 330/331.

2 BERENICE, Maria Berenice. *Manual de Direito das Famílias,* São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 9ª Ed., pp. 423/424.

***se ao exame de DNA induz presunção* juris tantum *de paternidade*[3].**

Assim, a recusa na submissão ao exame de DNA gera presunção de paternidade, que deve ser apreciada em conjunto com o contexto probatório.

Não há, convém salientar, ao contrário do que sustentam os apelantes, qualquer exceção à sua incidência, havendo inúmeros precedentes desta C. Corte de sua aplicação em face de herdeiros de investigados:

INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE CUMULADA COM ALIMENTOS. Falecimento do suposto pai no curso da ação e antes da realização do exame de DNA. Recusa dos descendentes que não inviabiliza o reconhecimento da paternidade ante a aplicação da Súmula 301, do STJ. Pensão alimentícia fixada em 03(três) salários mínimos mensais, desde a data da citação até 16/12/2003, quando a autora atingiu a maioridade. Retroatividade da decisão à data da citação. Aplicação do contido no art. 13, § 2º, da Lei de Alimentos. Falecimento do genitor no curso da ação. Inteligência do art. 1.700, do Código Civil. Espólio que responde apenas pelas dívidas alimentares vencidas até o falecimento do devedor. Recurso parcialmente provido[4].

Apelação. Investigação de paternidade "post mortem". Preliminar de ilegitimidade passiva rejeitada. Recusa injustificada dos herdeiros em se submeterem a exames hematológicos. Verdade dos fatos que deve prevalecer. Presunção "juris tantum" de paternidade. Inteligência dos arts. 231 e 232 do CC. Súmula nº 301 do STJ. Gratuidade processual concedida aos Apelantes. Exigibilidade dos honorários que deve observar o artigo 12 da Lei 1.060/50. Sentença de procedência mantida, inclusive os honorários. Preliminar rejeitada. Recurso não provido, com observação[5].

PROCESSO CIVIL - Ação de investigação de paternidade - Investigado já falecido - Ordem de exumação do cadáver para coleta de material genético visando perícia hematológica - Insurgência dos réus herdeiros - Medida extrema que, por ora, não se justifica - Substituição desta pela prova produzida com material dos filhos biológicos, sob pena de incidência da presunção legal de que tratam a Súmula 301 do STJ e art. 232, do CC - Agravo provido[6].

Investigação de paternidade, cumulada com alimentos - Falecimento do suposto pai - Pólo passivo integrado pelas filhas e esposa do de cujus - Reconhecimento da ilegitimidade passiva

3 Súmula 301, SEGUNDA SEÇÃO, julgado em 18/10/2004, DJ 22/11/2004 p. 425.

4 Apelação nº 0014168-90.1999.8.26.0309, Rel. Des. *Miguel Brandi*, 7ª Câmara de Direito Privado, julgado em 11/12/2013.

5 Apelação nº 000589-02.2006.8.26.0157, Rel. Des. *João Pazine Neto*, 3ª Câmara de Direito Privado, julgado em 13/08/2012.

6 Agravo de Instrumento nº 0162719-12.2012.8.26.0000, Rel. Des. *Galdino Toledo Júnior*, 9ª Câmara de Direito Privado, julgado em 25/09/2012.

Acesso ao Sumário

da esposa - Procedência da ação investigativa em relação às filhas - Inconformismo - Desacolhimento - Realização do exame de DNA frustrado, em duas ocasiões, pela ausência das rés - Suposto pai que admitiu ter tido relações sexuais com a mãe da apelada - Alegação de problemas de fertilidade do suposto pai não comprovadas - Conjunto probatório que evidencia a filiação - Sentença mantida - Recurso desprovido[7].

O exame de DNA, há de se ressaltar, tem valor absoluto no caso de se negar a paternidade e apenas não pôde ser realizado por desinteresse dos apelantes, pois, embora devidamente intimados, simplesmente deixaram de comparecer ao órgão para a colheita do material, abrindo mão do direito de provar fato extintivo do direito afirmado na inicial.

Não obstante, a presunção da paternidade que decorre da recusa foi corroborada pela prova testemunhal colhida ao longo da instrução.

Essas, em suma, as razões pelas quais, pelo meu voto, proponho que se negue provimento ao recurso.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 9095776-59.2009.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é apelante SCORPIONS SERVIÇOS ESPECIALIZADOS S C LTDA., é apelado ROSEMEIRE RHEIN.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 4ª Câmara Extraordinária de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso, com observação. V.U.", de conformidade com o voto do relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 24.272)**

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

São Paulo, 17 de outubro de 2014.

MAURO CONTI MACHADO, Relator

Ementa: Apelação - Ação indenizatória - Ausência de cerceamento de defesa - Provas constantes dos autos que se mostraram bastantes ao julgamento da lide - Ato ilícito praticado por empregado de empresa prestadora de serviços - Responsabilidade objetiva da empregadora em reparar os danos decorrentes

Acesso ao Sumário

7 Apelação nº 0348392-83.2009.8.26.0000, Rel. Des. *Grava Brazil*, 9ª Câmara de Direito Privado, julgado em 28/07/2009.

– Artigos 932, III, e 933, ambos do Código Civil - Legitimidade da autora - Ainda que o fato ilícito tenha sido percebido pela filha da autora, apreende-se dos autos que a genitora também foi vítima do ilícito praticado - Não se pode olvidar que aquele que, dentro de sua residência, é surpreendido por um invasor, mormente, durante o repouso noturno, sofreu um abalo em seu íntimo que transcendeu o mero aborrecimento - Recurso protelatório - Pena de litigância de má-fé - Recurso a que se nega provimento, com observação.

VOTO

A r. sentença proferida à fls. 87/92, cujo relatório é adotado, julgou procedente o pedido formulado para condenar a requerida ao pagamento, a título de dano moral, da quantia de R$ 9.300,00, atualizada desde a prolação da decisão, acrescida de juros legais, a contar da citação. Condenada a requerida, outrossim, ao pagamento das custas e despesas processuais e de honorários advocatícios de 10% sobre o montante da condenação.

Aduz, preliminarmente, a ocorrência de cerceamento de defesa, bem como a ilegitimidade da parte.

Recebido, processado e com resposta, subiram os autos.

É a suma do necessário.

Inicialmente, cumpre esclarecer que os autos deste recurso foram originariamente distribuídos ao Exmo. Desembargador Walter Piva Rodrigues em 02.02.2010, e, posteriormente, redistribuídos a esta Relatoria, em 09.05.2014, por força da Resolução de número 643/2014.

Não assiste razão à recorrente.

Não prospera o aludido cerceamento de defesa.

Todas as provas necessárias foram realizadas, á época, para permitir o julgamento ocorrido, excluindo-se outras que se fossem deferidas apenas retardariam e encareceriam a solução da divergência, em descompasso com a instrumentalidade da tutela jurisdicional.

O direito à tutela jurisdicional devida pelo Estado por intermédio do processo pressupõe que seja adequada, útil, com proveito às partes, dentro do prazo razoável de duração, tal qual passou a enfatizar o artigo 5º, inciso LXXVIII, da Constituição Federal, com a redação que lhe foi introduzida pela Emenda Constitucional de número 45.

Tampouco pertine a alegação de ilegitimidade de parte passiva.

Acesso ao Sumário

Consoante se vislumbra dos autos, o presente pleito indenizatório tem por fundamento ato ilícito praticado por empregado da requerida (administradora do condomínio em que reside a autora), que, em razão de sua função de porteiro, apossou-se indevidamente das chaves do apartamento da autora e invadiu o imóvel durante o repouso noturno.

À luz do disposto no artigo 932, III, do Código Civil, o empregador é responsável pela reparação civil decorrente de ato ilícito praticado por "seus empregados, serviçais e prepostos, no exercício do trabalho que lhes competir, ou em razão dele".

A despeito das alegações apresentadas, uma vez inequívoca a ilicitude do ato praticado pelo senhor Luiz Carlos Leão (fls. 09/10), funcionário da requerida (fls. 30/60), afigura-se inquestionável a responsabilidade da empregadora pelos danos decorrentes, "ainda que não haja culpa de sua parte" (artigo 933, do Código Civil).

De igual senda, não há que falar em ilegitimidade da parte ativa.

Ainda que o fato tenha sido percebido pela filha da autora (fl. 03), apreende-se dos autos que a genitora também foi vítima do ilícito praticado.

Não se pode olvidar que aquele que, dentro de sua residência, é surpreendido por um invasor, mormente, durante o repouso noturno, sofreu um abalo em seu íntimo que transcendeu o mero aborrecimento.

Salienta-se, ainda, que os danos morais aqui apontados são daqueles danos que emergem "*in re ipsa*", isto é, aqueles cuja existência se presume de modo absoluto ("*iuris et de jure*") e que, por certo, dispensam a comprovação da dor, do sofrimento, da angústia e da desolação, sendo "da natureza das coisas" que o sofrimento impingido era indiscutível.

Por fim, insta esclarecer que o recurso manifestado à falta de qualquer razão justificável é meramente protelatório, configurando abuso de direito que, nos termos do artigo 187, do Código Civil, é tido como um ato ilícito que rende o direito à indenização e, uma vez praticado no processo com o objetivo de retardar a prestação jurisdicional e a ordem jurídica justa pela sentença, enseja o aparecimento da litigância ímproba do artigo 17, VII, do Código de Processo Civil, com a condenação na multa de 1% e na indenização de 10% sobre o valor dado à causa, atualizado pelos índices da Tabela Prática deste E. Tribunal de Justiça, a partir da data do julgamento.

Ante o exposto, nega-se provimento ao recurso. Face ao caráter protelatório do recurso, é de rigor a condenação da recorrente ao pagamento de multa de 1% e de indenização de 10% sobre o valor dado à causa, atualizados pelos índices da Tabela Prática deste E. Tribunal de Justiça, a partir da data deste julgamento.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0154559-57.2010.8.26.0100, da Comarca de São Paulo, em que é apelante SMART PRODUÇÕES E COMUNICAÇÕES LTDA., é apelado BANCO DO BRASIL S/A.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 13ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Por maioria de votos, deram provimento em parte ao recurso, vencido o Revisor, que fará declaração de voto." de conformidade com o voto da Relatora, que integra este acórdão. **(Voto nº 15075)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores FRANCISCO GIAQUINTO (Presidente) e HERALDO DE OLIVEIRA.

São Paulo, 21 de agosto de 2014.

ANA DE LOURDES COUTINHO SILVA DA FONSECA, Relatora

Ementa: PRELIMINAR - AUSÊNCIA DO REQUISITO DA REGULARIDADE FORMAL DO RECURSO - Preliminar suscitada pelo apelado de não conhecimento do recurso, tendo em vista que as razões recursais não atacam especificamente os fundamentos da sentença - Rejeição - Hipótese em que o recurso ataca diretamente os fundamentos invocados pela sentença, no intuito de reformá-la - PRELIMINAR REJEITADA.

AÇÃO COM PEDIDO DE DECLARAÇÃO DE INEXISTÊNCIA DE DÉBITO E DE PAGAMENTO DE INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL - CONTA INATIVA - Cobrança de encargos - Inexistência de débito e dano moral - Pretensão de reforma da sentença que julgou improcedentes pedidos de declaração de inexistência de débito e de indenização por dano moral - Cabimento em parte - Resolução nº 2.747/2000 do BACEN, que regulamenta a matéria - Hipótese em que o banco réu não se desincumbiu do ônus que lhe cabia de apresentar previsão contratual que permitisse a cobrança de encargos durante a inatividade da conta corrente da autora - Conta inativa desde a sua abertura - Violação da boa-fé

Acesso ao Sumário

contratual e do dever de informar - Falha na prestação dos serviços bancários - Inscrição irregular em cadastros de inadimplência que configura dano moral "*in re ipsa*", prescindindo de prova - Indenização que deve ser fixada em R$ 5.000,00 (cinco mil reais), valor adequado e compatível com o patamar adotado em outros casos análogos já julgados por esta Colenda 13ª Câmara - RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO NESTA PARTE.

VOTO

Irresignada com o teor da respeitável sentença proferida às fls. 145-148, que julgou improcedente demanda com pedido de declaração de inexistência de débito, com pedido cumulado de indenização por dano moral, movida em face de Banco do Brasil S/A, apela a empresa autora, Smart Produções e Comunicações LTDA. (fls. 150-162).

Sustenta, em apertada síntese, que, tendo celebrado com o banco réu contrato de abertura de conta corrente em janeiro de 2005, acabou por não movimentar a referida conta (fls. 152).

Afirma que "*da proposta/contrato de abertura da conta corrente colacionada aos autos não consta nenhuma cláusula autorizativa de débitos na conta corrente na hipótese de inatividade*" (fls. 152).

Alega que é "*ilícita a cobrança de débito constituído por tarifa de serviços em conta inativa, que é caracterizada pela ausência de movimentação por período superior a seis meses*" (fls. 157).

Argumenta que, conforme entendimento jurisprudencial, seria "*irrelevante a falta de requerimento de encerramento da conta corrente, já que o seu não uso impede a cobrança por serviços não prestados*" (fls. 157).

Entende que, "*tendo havido cobrança indevida e posterior inscrição no SERASA, de rigor a condenação em danos morais*" (fls. 159-160).

Recurso bem processado.

Contrarrazões às fls. 164-185, com preliminar de não conhecimento da apelação por ausência de impugnação específica aos fundamentos da sentença.

É o relatório.

Rejeita-se a preliminar suscitada pelo apelado.

A respeitável sentença atacada julgou improcedentes os pedidos iniciais, de modo a afastar a pretendida declaração de inexistência de débito decorrente da cobrança de encargos com a manutenção de conta bancária inativa e a pretendida indenização por dano moral.

Acesso ao Sumário

A recorrente, por sua vez, interpôs o presente recurso insistindo na abusividade da conduta do banco réu ao manter a cobrança de encargos para a manutenção de conta nunca movimentada e ao encaminhar o seu nome aos cadastros dos órgãos de proteção ao crédito, o que lhe teria ocasionado dano moral indenizável.

Vê-se, assim, que a irresignação da recorrente está voltada contra os fundamentos trazidos pela respeitável sentença, ainda que contra parte deles, contrastando-a nas razões de seu inconformismo, o que pode ser constatado pela leitura das razões recursais.

No mérito, o recurso comporta parcial provimento.

Com efeito, a empresa autora comprovou a abertura, em 03.01.2005, da conta corrente de nº 22.837-0, administrada pelo banco réu na agência 1189-4, no município de Santana da Parnaíba - SP (fls. 18-19).

Demonstrou que, a despeito da abertura da supramencionada conta corrente, esta permaneceu sem qualquer movimentação (fls. 21-62). No entanto, a partir de março de 2005, o banco réu iniciou as impugnadas cobranças de encargos e de tarifas para a manutenção da conta bancária, que passou a apresentar saldo negativo logo na primeira incidência de encargos (fls. 23).

Também ficou demonstrada a inclusão, em 31.03.2008, do nome da autora nos cadastros dos órgãos de proteção ao crédito (fls. 64), em razão de débito resultante da incidência das tarifas e dos encargos para a manutenção da conta inativa (fls. 59).

E ainda cabe destaque às tentativas de resolução extrajudicial do impasse, com as quais a autora não obteve sucesso (fls. 66).

Assim, é incontroverso que, a despeito da empresa autora ter mantido a conta corrente sem qualquer movimentação, o banco réu não se absteve de debitar tarifas e encargos diversos, sem expedir notificação alguma à cliente.

Nítida, na presente hipótese, a violação da boa-fé contratual por parte da instituição financeira, que em busca de benefício próprio, procura se locupletar às custas do desconhecimento e até da desídia da correntista, que deixou de se certificar quanto à situação de sua conta bancária.

Nesse âmbito, possível a atribuição de parcela de culpa à empresa autora; contudo, diante da comprovada ausência de atividade, tem-se que tal circunstância não afasta a ilicitude da cobrança de tarifas pelo agente financeiro.

Em casos como o aqui em exame, há julgados que aplicam o artigo 2º, inciso VI, parágrafo único da Resolução nº 2.025 do Banco Central do Brasil - BACEN, de 24.11.1993, que considerava inativa a conta não movimentada pelo período de seis meses.

No entanto, tal previsão foi expressamente *revogada* pela Resolução nº

Acesso ao Sumário

2.303, aprovada em 25.06.1996. Posteriormente, a Resolução nº 2.747, também do BACEN e datada de 28.06.2000, incluiu o inciso VII ao mencionado artigo 2º, dispondo que os prazos e procedimentos necessários ao encerramento de contas correntes passariam a ser previstos pelos contratos celebrados entre as instituições financeiras e os correntistas.

Nesse sentido, o entendimento deste Eg. Tribunal de Justiça de São Paulo:

AÇÃO OBRIGAÇÃO DE FAZER CUMULADA COM PLEITO INDENIZATÓRIO DE DANOS MORAIS E DE TUTELA ANTECIPADA - SENTENÇA DE PARCIAL PROCEDÊNCIA.

1. CONTA INATIVA - **Resolução BACEN 2025/1993 já revogada quando da abertura da conta - Resolução 2.747/2000 que prevê a regulamentação contratual do tema - Ausência de previsão contratual permitindo cobranças em período de inatividade.**

2. INEXIGIBILIDADE DO DÉBITO - Tarifas de manutenção - Cobrança abusiva - Violação à boa-fé contratual e ao dever de informar - Serviços bancários não prestados no período.

3. DANOS MORAIS - Ocorrência - Inscrição indevida em cadastros de proteção de crédito - Dano moral "*in re ipsa*" - Valor fixado em R$ 5.000,00.

SENTENÇA REFORMADA - RECURSO DA AUTORA PROVIDO EM PARTE. RECURSO DO RÉU DESPROVIDO. (0026460-59.2011.8.26.0577, Rel. Des. Sergio Gomes, 37ª Câmara de Direito Privado, julgado em 12/03/2013, DJe 14/03/2013, destaques nossos).

Na hipótese em exame, o agente financeiro não se desincumbiu do ônus de apresentar algum elemento de convicção apto a comprovar a existência de disposição contratual firmada entre as partes quanto ao encerramento da conta corrente em questão, ou mesmo de impugnar detidamente as alegações da autora, concluindo-se pela abusividade da sua conduta.

Ademais, "*notando a paralisação da conta há anos, competia ao Banco-réu, antes de efetuar lançamentos e realizar a negativação, procurar o correntista (autor) e inteirar-se da razão pela qual a conta não era mais movimentada e ainda facilitar o seu encerramento, o que não ocorreu*" (0008857-31.2011.8.26.0008, **Rel. Des. Cauduro Padin**, 13ª Câmara de Direito Privado, julgado em 19/09/2012, DJe 20/09/2012).

Não se pode admitir a perpetuação de conta inativa, geradora de encargos ao correntista e ganhos à instituição financeira, a qual, em respeito à boa-fé objetiva que rege a relação contratual existente, deveria agir com o intuito de mitigar as perdas de seu contratante, e não silenciar com o intuito de majorar seus já expressivos lucros.

Acompanham tal entendimento os demais ilustres componentes desta

Acesso ao Sumário

Colenda 13ª Câmara, Desembargador Heraldo de Oliveira e Desembargador Francisco Giaquinto:

> Indenização por danos morais - Cobrança de tarifas em conta corrente inativa - Autor inscrito em banco de dados de inadimplentes por débito gerado a partir de manutenção de conta inativa - Hipótese que se submete à aplicação da legislação consumerista (arts. 2º e 3º, § 2º da Lei nº 8.078/90 e súmula 297 do STJ) - **Ilegalidade da cobrança de tarifa de manutenção de conta corrente comprovadamente inativa, dada a ausência de movimentação e qualquer prestação em contrapartida pela instituição financeira - Prática abusiva, traduzindo-se em vantagem manifestamente excessiva, sendo irrelevante, no caso, a discussão sobre a existência de requerimento formal de encerramento da conta - Inteligência do art. 39, IV, do CDC - Danos morais evidenciados** - Prova do dano moral que se demonstra com o próprio fato, ou seja, ilícita inclusão do nome do autor em banco de dados de inadimplentes (*damnum in re ipsa*) - Valor da indenização reduzido, em consonância aos princípios da razoabilidade e proporcionalidade - Sentença parcialmente reformada tão somente para reduzir a indenização - Recurso provido, nesta parte - Recurso provido em parte. (0002394-29.2012.8.26.0076, **Rel. Des. Francisco Giaquinto**, 13ª Câmara de Direito Privado, julgado em 19/08/2013, DJe 21/08/2013, destaques nossos).

> AÇÃO DECLARATÓRIA DE INEXISTÊNCIA DE DÉBITO, CUMULADA COM INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS - Contrato bancário - Conta corrente inativa - Cerceamento de defesa - Inocorrência - Desnecessidade de produção de outras provas além das apresentadas para o julgamento do feito - **Comprovação documental da ausência de qualquer movimentação efetiva da conta corrente por parte da autora - Lançamento de encargos - Inadmissibilidade de cobrança de tarifas e taxas de serviços, juros/comissões e demais encargos - Lançamentos em desacordo com legislação própria - Ocorrência de negativação indevida do nome da autora junto aos bancos de dados dos órgãos de proteção ao crédito - Caracterização do dano moral e do dever de indenizar** - Pretensão à redução do valor do dano moral - Valor fixado pela r. sentença que quantifica adequadamente o dano moral sofrido pela autora e que serve a finalidade de coibir a reincidência da conduta negligente do causador do dano - Sentença mantida - Recurso não provido. (0015364-16.2012.8.26.0576, **Rel. Des. Heraldo de Oliveira**, 13ª Câmara de Direito Privado, julgado em 24/10/2012, DJe 26/10/2012, destaques nossos).

Nessa ordem de ideias, dada a falha na prestação dos serviços bancários, que acarretou indevida cobrança de encargos sobre conta inativa e a consequente

Acesso ao Sumário

negativação do nome da autora, conclui-se pela configuração de dano moral indenizável.

De fato, é certo que se encontra pacificado em doutrina e jurisprudência o entendimento de que, em se tratando de dano moral, basta a prova de existência da negativação irregular ou do protesto indevido, não se exigindo comprovação de efetiva ocorrência da lesão moral.

E dada a irregularidade constatada com a inclusão do nome da autora nos cadastros de inadimplência, configura-se o dano moral *in re ipsa*, prescindindo de maiores demonstrações do prejuízo experimentado.

Conforme entendimento pacífico do Colendo Superior Tribunal Justiça, "*nos casos de protesto indevido de título ou inscrição irregular em cadastros de inadimplentes, o dano moral configura-se* 'in re ipsa'*, prescindindo de prova,* ***ainda que a prejudicada seja pessoa jurídica***" (AgRg no REsp 860.704/DF, Rel. **Ministro PAULO DE TARSO SANSEVERINO**, TERCEIRA TURMA, julgado em 12/04/2011, DJe 19/04/2011, grifos nossos).

Ressalte-se, ainda, que o dano moral suportado pela empresa autora é evidente, em razão da publicidade negativa derivada da negativação de seu nome empresarial.

E embora a lei não traga parâmetros que possam ser utilizados na fixação do *quantum* indenizatório, o montante deve ser fixado em termos razoáveis, para que não se constitua em enriquecimento indevido da parte indenizada, nem avilte o abalo por ela suportado.

Na hipótese vertente, dadas as circunstâncias do caso concreto e as partes nele envolvidas, fixa-se a indenização em R$ 5.000,00 (cinco mil reais), que se mostra adequada para compensar o prejuízo à imagem enfrentado pela empresa autora e consentâneo com o patamar adotado em vários outros casos análogos já julgados por esta Colenda 13ª Câmara de Direito Privado.

Diante de todo o exposto, **dá-se parcial provimento ao recurso** para o fim de declarar inexigíveis todos os encargos e tarifas que incidiram sobre a conta corrente de nº 22.837-0, agência 1189-4, de titularidade de Smart Produções e Comunicações LTDA., bem como para condenar o banco réu ao pagamento de R$ 5.000,00 (cinco mil reais) a título de indenização por dano moral, acrescidos de juros de mora de 1% ao mês, que incidirão desde a citação, e com correção monetária a partir da data deste arbitramento (Súmula 362, STJ), pela Tabela Prática do Tribunal de Justiça.

Arcará o réu com as despesas processuais e com o pagamento dos honorários advocatícios, ora fixados em 20% sobre o valor da condenação e nos termos do artigo 20, § 3º, do Código de Processo Civil, pois "*Na ação de indenização por dano moral, a condenação em montante inferior ao postulado na inicial não implica sucumbência recíproca*", nos termos da Súmula 326, do

Acesso ao Sumário

Colendo Superior Tribunal de Justiça.

DECLARAÇÃO DE VOTO VENCIDO

Ouso divergir da Douta maioria, haja vista que entendo lícitas as cobranças de débito constituídas por tarifas de serviços.

Pela documentação acostada aos autos verifica-se que a conta corrente, conta investimento e conta poupança foram abertas em 03 de janeiro de 2005 (ficha proposta de abertura de conta, fls. 18/19) e foram coligidos os extratos de fls. 21/22 do período de janeiro e fevereiro/2005, pelos quais se demonstra um saldo zerado desde a abertura da conta em questão. Os documentos de fls. 23/62, demonstram que a partir do mês de março/2005 foram cobradas tarifas de manutenção de conta, pela instituição financeira.

Os extratos colacionados demonstram que os débitos havidos foram todos decorrentes de tarifas, encargos bancários e tributos, perfazendo o montante da dívida em R$ 7.373,38, (julho de 2008 fls. 62), não havendo qualquer movimentação da conta por parte da autora.

Cabe salientar, como descrito na Resolução nº 2.747, de 28 de junho de 2000, que alterou a Resolução nº 2.025, de 24 de novembro de 1993, ambas do Banco Central do Brasil, em seu inciso I do artigo 12, que há a necessidade de comunicação prévia da intenção de rescindir o contrato, o que não restou comprovado pela apelante.

Nesse sentido:

"***AÇÃO DECLARATÓRIA C/C INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS - Ausência de comprovação do alegado encerramento da conta corrente - Resolução 2.747/2000 prevê a necessidade de comunicação prévia da intenção de rescindir o contrato por escrito - Cobrança de tarifa bancária - Possibilidade - Aplicação do art. 252 do Regimento Interno do E. TJSP - Sentença ratificada - Recurso improvido.***" (TJSP, 11ª Câmara de Direito Privado, Rel. Denise Andréa Martins Retamero, Apelação nº 0024455-35.2011.8.26.0037, julg. 17.01.13).

Vislumbra-se, assim, negligência por parte da autora ao não encerrar a conta formalmente junto à instituição financeira, inexistindo, portanto, motivo para obstar a cobrança de tarifas de manutenção da mesma.

A instituição financeira, por sua vez, disponibilizou a evolução do débito, conforme extratos de fls. 21/62, que gerou a negativação do nome do apelante junto aos cadastros de proteção ao crédito.

Ademais, no caso em comento, trata-se de contrato de conta corrente, conta investimento e conta poupança, onde as partes convencionaram que

Acesso ao Sumário

incidiriam tarifas relativas a serviço de abertura e manutenção da conta (fls. 18/19).

Assim, pelos fatos narrados, cumpre reconhecer que a autora deixou de providenciar a rescisão do contrato, de forma correta, portanto, a r. sentença, deve ser mantida como lançada.

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

HERALDO DE OLIVEIRA, Revisor vencido

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 9001231-94.2010.8.26.0506, da Comarca de Ribeirão Preto, em que é apelante BANCO DO BRASIL S/A (SUCESSORA DE BANCO NOSSA CAIXA S/A), é apelado VALTER CRUZ DA SILVA.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 12ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento em parte ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto da Relatora, que integra este acórdão. **(Voto nº 10.697)**

O julgamento teve a participação dos Excelentíssimos Desembargadores JACOB VALENTE (Presidente sem voto), JOSÉ REYNALDO e CERQUEIRA LEITE.

São Paulo, 5 de setembro de 2014.

SANDRA GALHARDO ESTEVES, Relatora

Ementa: CONTRATOS BANCÁRIOS. EMBARGOS À EXECUÇÃO DE TÍTULO EXTRAJUDICIAL. CONFISSÃO DE DÍVIDA. COMISSÃO DE PERMANÊNCIA. A cobrança de comissão de permanência é lícita, mas não pode ser cumulada com quaisquer outros encargos (juros remuneratórios, moratórios, correção monetária e multa contratual), e seu valor não pode ser superior ao obtido com a soma dos encargos remuneratórios e moratórios previstos no contrato. Apelação provida em parte.

Acesso ao Sumário

VOTO

Vistos,

1. Trata-se de recurso de apelação interposto contra a r. sentença, prolatada às fls. 87/91, que acolheu em parte os embargos à execução opostos por VALTER CRUZ DA SILVA em face de BANCO NOSSA CAIXA S/A., "para afastar do saldo devedor o acréscimo de comissão de permanência".

Opostos embargos de declaração, restaram rejeitados (fls. 95/96 e 108/109).

Inconformado, o embargado apela às fls. 97/103. Alega, em suma, que é lícita a cobrança da comissão de permanência. Pugna pelo provimento do recurso para reforma da r. sentença.

O embargante ofertou contrarrazões (fls. 125/128).

O apelo interposto pelo embargante às fls. 112/121 não foi recebido, pois deserto.

É o relatório do essencial.

2. Consta dos autos que o embargado move em face do embargante ação de execução, com lastro em instrumento particular de confissão de dívida.

No que pertine ao objeto recursal, os embargos foram acolhidos em parte, "para afastar do saldo devedor o acréscimo de comissão de permanência", pois fora cobrada de forma cumulada com juros remuneratórios, juros de mora e multa contratual.

Ora, a cobrança de comissão de permanência é lícita, mas não pode ser cumulada com quaisquer outros encargos (juros remuneratórios, moratórios, correção monetária e multa contratual).

Necessário deixar consignado, ainda, que o percentual pactuado não pode ser superior à somatória dos encargos moratórios e remuneratórios, conforme se depreende das súmulas 294 e 472 do Egrégio Superior Tribunal de Justiça:

> Súmula nº 294: Não é potestativa a cláusula contratual que prevê a comissão de permanência, calculada pela taxa média de mercado apurada pelo Banco Central do Brasil, limitada à taxa do contrato.
>
> Súmula nº 472: A cobrança de comissão de permanência - cujo valor não pode ultrapassar a soma dos encargos remuneratórios e moratórios previstos no contrato - exclui a exigibilidade dos juros remuneratórios, moratórios e da multa contratual.

Apesar de incompatíveis, abre-se a possibilidade de sua cobrança alternativa, devendo o embargado optar pela cobrança de uma ou de outros, respeitado o limite imposto na referida súmula 472.

3. Em face do exposto, dá-se provimento em parte ao recurso, para possibilitar a cobrança de comissão de permanência, desde que não seja cumulada com outros encargos, e que o percentual pactuado não supere a soma dos encargos moratórios e remuneratórios.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0009214-89.2011.8.26.0079, da Comarca de Botucatu, em que é apelante FERNANDO ESPERNEGA LOSI (JUSTIÇA GRATUITA), é apelado BANCO VOLKSWAGEN S/A.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 12ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 14995)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores JACOB VALENTE (Presidente sem voto), SANDRA GALHARDO ESTEVES e JOSÉ REYNALDO.

São Paulo, 9 de setembro de 2014.

TASSO DUARTE DE MELO, Relator

Ementa: REPARAÇÃO DE DANOS. Financiamento de veículo. Gravame não levantado pelo credor após a quitação. Apreensão do veículo, no entanto, que não decorre do gravame, mas, sim, de infrações administrativas cometidas pelo autor. Nexo causal entre a omissão do réu na baixa do gravame e os danos suportados pelo autor não configurado. Responsabilidade civil da Apelada não caracterizada. Sentença mantida por seus próprios fundamentos. Art. 252 do Regimento Interno deste E. Tribunal. Recurso não provido.

Acesso ao Sumário

VOTO

Trata-se de apelação interposta por Fernando Espernega Losi (fls. 114/117) contra a r. sentença proferida pelo MM. Juiz da 2ª Vara Cível da Comarca de Botucatu, Dr. Alfredo Gehring Cardoso Falchi Fonseca (fls. 100/111), que julgou improcedente o pedido deduzido na ação de reparação de danos ajuizada pelo Apelante em face de Banco Volkswagen S/A.

Sustenta o Apelante a responsabilidade civil do Apelado pelos danos materiais e morais advindos da apreensão do veículo, pois não teria realizado a baixa no gravame após a quitação do financiamento, obrigação legal que lhe competia. Pugna pela reforma da r. sentença.

O recurso é tempestivo.

Contrarrazões às fls. 120/123v.

É o relatório.

O recurso não comporta provimento.

Trata-se de ação de reparação de danos decorrentes da apreensão do veículo do Apelante supostamente ocasionada por erro administrativo do banco Apelado, que não liberou o gravame de alienação fiduciária existente sobre o bem após a quitação do contrato de financiamento.

Sustenta o Apelante que a apreensão do veículo teria lhe causado danos materiais de grande monta, superiores ao valor do próprio bem, em razão das despesas de estadia no pátio do Detran local, além de outros encargos e multas cobradas pelo órgão, bem como danos morais decorrentes do constrangimento e humilhação sofridos.

A responsabilidade civil do Apelado pelos fatos narrados é objetiva, nos termos do art. 14 do CDC.

Para a configuração da responsabilidade civil objetiva, necessária a conduta contrária à previsão legal, o dano e o nexo de causalidade, independentemente da caracterização de eventual culpa do agente.

No caso em exame, em que pese o banco Apelado ter realmente se omitido quanto à sua obrigação legal de baixar o gravame incidente sobre o veículo objeto da lide após a quitação do contrato de financiamento, não se vislumbra o nexo de causalidade entre a conduta da instituição financeira e os danos experimentados pelo Apelante.

Aplica-se na espécie, de forma a cumprir o princípio constitucional da razoável duração do processo, o art. 252 do Regimento Interno deste E. Tribunal, para confirmar a excelente sentença por seus próprios e bem deduzidos fundamentos, os quais são inteiramente adotados como razões de decidir:

> "Não se olvida da obrigação da Instituição Financeira de proceder ao levantamento do gravame incidente sobre o veículo, após a quitação do contrato, conforme § 1º, do art. 4º, da Portaria nº 543/02-DG, juntada aos autos pelo Requerente, fls. 61/62.
>
> Da mesma forma, os prejuízos causados ao possuidor do automóvel, decorrentes de conduta do Credor Fiduciário que não observa a norma administrativa, podem ser objeto de reparação, desde que observados os requisitos próprios da responsabilidade civil.
>
> Contudo, não é o caso dos autos.
>
> O Requerente adquiriu o veículo em 14 de abril de 2007, conforme afirmado na inicial.
>
> Apesar de ter afirmado que, desde o princípio, tentou obter a liberação do gravame junto ao Banco, tal circunstância não está

Acesso ao Sumário

materializada nos autos.

Assim, somente a partir de janeiro de 2011, fls. 39/52, o Requerente manteve contatos para a regularização.

O veículo foi apreendido pela Polícia em 23 de fevereiro de 2009, fls. 33, em virtude das seguintes infrações administrativas: falta de extintor, licenciamento vencido e CNH vencida.

Tal ato de autoridade, que acarretou o recolhimento do automóvel, decorreu de conduta do próprio Autor.

Com efeito, o Requerente, ao celebrar o contrato com a Empresa Reluxcar S/A Locadora de Veículos e receber o automóvel, recebeu a posse do bem.

Apesar de, posteriormente, ter sido quitada a dívida do veículo, pendia o gravame.

Todavia, essa circunstância não impedia o pagamento do IPVA e do licenciamento, já que o levantamento do gravame não é pressuposto para pagamento dos tributos.

Com o número de RENAVAM do automóvel, poderia ter realizado, eletronicamente, os pagamentos.

Contudo, ao invés de assim proceder, preferiu utilizar o veículo com o licenciamento atrasado, sem equipamento obrigatório (extintor) e ainda confiou bem de sua propriedade a pessoa desprovida de habilitação para dirigir veículo automotor.

Não há como carrear à Instituição Financeira a obrigação de suportar a indenização de danos materiais causados pelo próprio Autor.

Ausente o nexo de causalidade.

(...)

Os danos morais não possuem nexo de causalidade com a conduta da Instituição Financeira.

Oportuno deixar consignado que não pede o Requerente, simplesmente, a condenação do Requerido ao pagamento dos prejuízos extrapatrimoniais baseado na falta de baixa do gravame, mas sim na apreensão e perda do veículo, que não guardam relação com a conduta do Banco, que não era o responsável pelo pagamento do IPVA, do licenciamento e das multas, cujo adimplemento poderia ter sido realizado pelo Autor, caso quisesse utilizar o automóvel.

Contudo, desde a compra em 14 de abril de 2007, sem se preocupar com qualquer débito incidente sobre o bem, preferiu usufruí-lo, e somente se preocupou com tais questões após a apreensão pela Autoridade Policial." (fls. 106/110) (destaques acrescentados)

Assim, ausente o nexo de causalidade entre a conduta omissiva da instituição financeira Apelada e os danos suportados pelo Apelante, de rigor a

Acesso ao Sumário

manutenção da bem lançada sentença por seus próprios e jurídicos fundamentos.

Diante do exposto, nega-se provimento ao recurso.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 4001438-09.2013.8.26.0302, da Comarca de Jaú, em que é apelante RENATA CAMPESI TURINI (JUSTIÇA GRATUITA), é apelado BANCO DO BRASIL S/A.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 14ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 12283)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores LÍGIA ARAÚJO BISOGNI (Presidente sem voto), MAURÍCIO PESSOA e MARCIA DALLA DÉA BARONE.

São Paulo, 30 de setembro de 2014.

CARLOS ABRÃO, Relator

Ementa: APELAÇÃO - AÇÃO COMINATÓRIA C/C INDENIZATÓRIA POR DANOS MATERIAL E MORAL - PAGAMENTO EM CAIXA AUTOMÁTICO DO IPVA - ESTORNO - SENTENÇA DE IMPROCEDÊNCIA - RECURSO - NENHUMA CULPA SE ADMITE DA CASA BANCÁRIA CONSIDERANDO QUE A PRÓPRIA SECRETARIA DA FAZENDA ESTAMPOU PAGAMENTO A MENOR ACARRETANDO ESTORNO PARA A CONTA BANCÁRIA DA CLIENTE - NÃO INCIDÊNCIA DO ART. 186 DO CÓDIGO CIVIL - CULPA EXCLUSIVA DA CONSUMIDORA - MÁ QUALIDADE DO SERVIÇO NÃO CARACTERIZADA - PREQUESTIONAMENTO PREJUDICADO - RECURSO DESPROVIDO.

VOTO

Cuida-se de apelo tirado contra a r. sentença de fls. 75/76, julgando improcedente a demanda, de relatório adotado, recorre a autora projetando divórcio entre a contestação e a realidade dos fatos, sinaliza má prestação de

serviços, responsabilidade objetiva, desafia provimento (fls. 78/82).

Recurso tempestivo, isento de preparo.

Recebido no duplo efeito (fls. 83).

Contrarrazões (fls. 85/91).

Substabelecimento (fls. 92).

Houve remessa (fls. 93).

É O RELATÓRIO.

O recurso não prospera.

Embora genéricas as alegações da casa bancária, modelo padrão, inclusive pasteurizado, fato é que a autora, por sua exclusiva culpa, deixou de pagar as duas últimas prestações do imposto sobre veículos (IPVA).

A propósito, a requerente pagou a primeira prestação e deixou para liquidar a segunda e a terceira em março de 2012, afirmando que teria liquidado o valor em caixa de autoatendimento do Banco do Brasil.

Ledo engano.

Ao efetuar o pagamento, com atraso, deixou a autora de calcular juros moratórios, razão pela qual a Fazenda não acusou o pagamento, feito à menor (fls. 10).

Destarte, a autora fora imprevidente, ao deixar o pagamento para o final do prazo e não recolher como deveria os encargos da mora.

Inafastável, pois, concluir-se pela culpa da autora, sem resvalar na má prestação do serviço, isto porque o estorno do valor não decorreu de falha bancária, mas da própria contribuinte do imposto, ao efetuar o recolhimento por soma a menor.

Não há prequestionamento a ser acolhido, restando prejudicada a matéria pelo enfrentamento da culpa única e exclusiva da autora.

Isto posto, pelo meu voto, **NEGO PROVIMENTO** ao recurso.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0023847-61.2010.8.26.0590, da Comarca de Cubatão, em que é apelante JEFERSON DA SILVA (JUSTIÇA GRATUITA), é apelado BANCO BRADESCO CARTÕES 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: "Negaram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do

relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 415)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores CASTRO FIGLIOLIA (Presidente sem voto), MANOEL MATTOS e VICENTINI BARROSO.

São Paulo, 14 de outubro de 2014.

ACHILE ALESINA, Relator

Ementa: RESPONSABILIDADE CIVIL - Dano moral - Recorrente esperou seu nome ser negativado para tomar providências em relação ao seu débito - Dano moral não caracterizado - Réu agiu no exercício regular de direito - Mantida a r. sentença recorrida nos termos do artigo 252 do RITJ - Recurso desprovido.

VOTO

Recurso à r. sentença que, nos autos da ação de obrigação de fazer c.c. indenização por danos morais, movida pelo apelante contra o banco apelado, julgou improcedente o pedido inicial. Busca o recorrente a reforma do decidido, trazendo argumentos que entende socorrer seu posicionamento. Recurso regularmente processado e respondido.

É o relatório.

É da inicial que o autor é titular do cartão de crédito do Banco réu e que no mês de abril de 2010 não recebeu a fatura do mês correspondente, e acabou por não realizar o pagamento do valor devido para aquele período, o que motivou a inclusão de seu nome nos cadastros restritivos de crédito.

Aduz que "assim que teve ciência da restrição em seu nome, o autor entrou em contato com a Central de Atendimento do réu" (cf. fl. 04, último paragrafo).

Isso quer dizer que o autor esperou negativar seu nome para tomar providências para pagar seu débito.

Assim, as considerações da r. sentença de que "no exercício da boa-fé objetiva, ao não receber a fatura, deveria ter adotado conduta positiva no sentido de buscar junto à operadora o recebimento do documento por qualquer outro meio, mas não ficar inerte.", devem ser mantidas.

Agiu o réu no exercício regular de direito a fim mesmo de evitar perpetuação do débito.

Assim sendo, em que pesem as argumentações expendidas pelo recorrente, a r. sentença merece ser mantida pelos seus próprios e jurídicos fundamentos, os quais passam a integrar o presente julgado, como razão de decidir pelo desprovimento do recurso, nos termos do art. 252 do Regimento Interno deste

Acesso ao Sumário

Egrégio Tribunal de Justiça, que se transcreve abaixo:

"Art. 252. Nos recursos em geral, o relator poderá limitar-se a ratificar os fundamentos da decisão recorrida, quando, suficientemente motivada, houver de mantê-la".

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.

Assim e em harmonia com todo o exposto, NEGA-SE PROVIMENTO AO RECURSO.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0017485-45.2012.8.26.0405, da Comarca de Osasco, em que é apelante BANCO BRADESCO S/A, é apelado MARIA INÊS GOMES (JUSTIÇA GRATUITA).

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. V.U.", de conformidade com o voto da relatora, que integra este acórdão. **(Voto nº 21.919)**

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

São Paulo, 24 de outubro de 2014.

LÍGIA ARAÚJO BISOGNI, Relatora

Ementa: CERCEAMENTO DE DEFESA - Inocorrência - Provas dos autos aptas ao julgamento da lide - Desnecessidade de produção de prova oral - Preliminar rejeitada.

DANO MORAL - Fatos narrados pela autora que não conduzem às consequências jurídicas pretendidas - Inocorrência de ato ilícito praticado pelo réu - Negativação que se deu somente quando já em mora a autora - Cancelamento do protesto que compete ao devedor - Nova orientação do C. STJ tomada em recurso processado sob o rito do art. 543-C, do CPC - Dano moral insubsistente - Recurso provido.

Acesso ao Sumário

VOTO

Trata-se de ação de indenização por danos morais ajuizada por Maria Inês Gomes em desfavor de Banco Bradesco S.A., aduzindo, em síntese, que o réu indevidamente negativou o nome da autora, muito embora não sendo devedora de nenhuma das prestações do contrato de financiamento firmado entre as partes.

A r. sentença de fls. 130/132, proferida pelo d. magistrado PAULO CAMPOS FILHO, julgou procedente a ação, condenando a instituição financeira a pagar à autora a quantia de R$ 20.000,00 (vinte mil reais), a título de indenização por danos morais, carreando ainda ao banco a sucumbência de custas judiciais e honorários advocatícios que fixo em 10% sobre o valor da condenação.

Irresignado, apelou o vencido alegando, em preliminar, cerceamento de defesa, e, no mérito, enfocando que a negativação decorreu de exercício regular de direito, na medida em que a autora encontrava-se inadimplente com as parcelas assumidas. Diz, ainda, que após a quitação do contrato, procedeu a baixa do nome da autora do registro de inadimplência e disponibilizou carta de anuência para que a autora regularizasse a situação perante o cartório de protesto. Alternativamente, bate pela redução do '*quantum'* indenizatório.

Recurso bem processado, acusando resposta, subiram os autos.

É o relatório.

De início, o desencadear do processamento estava a exigir o cumprimento pelo magistrado da sua obrigação de solucionar rapidamente o litígio, indeferindo as diligências inúteis ou meramente protelatórias (CPC, art. 125, inc. II, e 130), afigurando-se mesmo desnecessária a realização de qualquer prova outra senão as constantes dos autos, principalmente porque os elementos fáticos autorizavam o juízo afastar providência de menor relevância ao deslinde da controvérsia, passando então legitimamente, desde logo, ao julgamento da lide sem afronta a qualquer normatização constitucional e infraconstitucional, até para propósitos de prequestionamento.

Mesmo porque, é entendimento corrente que o depoimento pessoal da parte ou de outras testemunhas arroladas, como qualquer outra prova, submete-se ao requisito de sua utilidade e admissibilidade pelo juiz. E, "sendo o juiz o destinatário da prova, somente a ele cumpre aferir sobre a necessidade ou não de sua realização" (TFR - 5ª Turma, Ag. 51.774-MG, REL. Min. GERALDO SOBRAL).

Quanto ao mérito, conforme se infere dos autos, por ocasião da data do protesto (22.03.2012), já estava caracterizada a mora, na medida em que inadimplente a autora com as parcelas vencidas a partir de abril de 2010.

A pretensão da autora decorre dos danos que alega ter sofrido em sua honra, imputando ao réu responsabilidade pelos prejuízos de ordem moral que

Acesso ao Sumário

alega ter suportado, posto que, tendo realizado acordo e quitado a dívida, viu seu nome ser negativado indevidamente.

Mas é indispensável a comprovação da culpa do réu para autorizar a condenação perseguida. E, no caso destes autos, não logrou êxito a autora. Mesmo sob o pálio do Código de Defesa do Consumidor, não há amparo legal à pretensão de ver imposta condenação por danos morais, se a autora não estava em dia com as parcelas do financiamento, quando foi pedida a inscrição.

Anoto aqui, por oportuno, que considerando que o Código de Defesa do Consumidor determina a obrigatoriedade de ser previamente intimado o consumidor, certamente a postulação de inscrição antecede alguns dias a inscrição em si mesma.

Esse justamente o caso dos autos, já que a autora, na sua inicial, expressamente afirma que "Aos 09.02.2012 o banco réu endereçou correspondência ao Tabelião de Protesto, para proceder ao protesto da noticiada cédula de crédito bancário, no valor apontado de R$ 11.482,73" (pág. 04). E, em razão dos trâmites burocráticos, o protesto somente foi efetivado em 22.03.2012 (fls. 14), pouco mais de um mês do pedido de protesto e pouco mais de uma semana após o acordo firmado entre as partes.

Destaco que a inversão do ônus da prova em favor do consumidor não é regra absoluta, tendo cabimento apenas quando há verossimilhança das alegações e a produção da prova que compete ao consumidor resta inviabilizada ou muito difícil, em decorrência da hipossuficiência.

Demais disso, após o pagamento do valor acordado, o nome da autora foi excluído dos cadastros de inadimplentes e lhe disponibilizada carta de anuência para que procedesse a regularização perante o cartório de protestos - fatos não contestados pela autora -, ou seja, agindo a instituição financeira no exercício regular de direito ao negativar o nome da autora em razão da inadimplência confessa, tomou as medidas de estilo e 'limpou' o nome da autora assim que regularizada a mora. E não se demonstrou tenha a instituição financeira assumido obrigação de providenciar o cancelamento do protesto.

Acesso ao Sumário

E nem se diga que caberia à instituição financeira providenciar a baixa no cartório de protesto, porque, conforme decidiu recentemente o Colendo Superior Tribunal de Justiça, quando do julgamento do REsp. nº 1.339.436-SP, processado sob o rito do art. 543-C, do CPC, de Relatoria do Min. Luis Felipe Salomão, ficou decidido que: "No regime próprio da Lei nº 9.492/1997, legitimamente protestado o título de crédito ou outro documento de dívida, salvo inequívoca pactuação em sentido contrário, incumbe ao devedor, após a quitação da dívida, providenciar o cancelamento do protesto."

Pelo exposto, dou provimento ao recurso para julgar improcedente a ação, carreando à autora a sucumbência de custas, despesas processuais e honorários

advocatícios fixados em 10% sobre o valor dado à causa, com observância dos arts. 11 e 12 da Lei nº 1.060/50.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0049826-32.2009.8.26.0405, da Comarca de Osasco, em que é apelante LEANDRO RODRIGO DE SOUZA, é apelado BANCO BRADESCO S/A.

ACORDAM, em 20ª Câmara 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 25.440)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores ÁLVARO TORRES JÚNIOR (Presidente sem voto), LUIS CARLOS DE BARROS e REBELLO PINHO.

São Paulo, 8 de setembro de 2014.

CORREIA LIMA, Relator

Ementa: RESPONSABILIDADE CIVIL - Dano moral - Cancelamento de conta-corrente sem declinação do motivo - Consumidor que apresentava saldo positivo e títulos de capitalização do banco - Cláusula contratual que indicava a necessidade de irregularidade para encerramento do contrato - Movimentação da conta do autor que não indica lavagem de dinheiro, conforme depoimento de ex-gerente da instituição bancária - Infração ao art. 39, incisos II e IX, do CDC - Dano moral bem evidenciado - *Damnum in re ipsa* - Indenização que deve ser moderada e inibidora de novo atentado - Fixação do *quantum* reparatório a critério do juízo prudencial - Ação indenizatória julgada procedente nesta instância *ad quem* - Recurso provido.

VOTO

1. Trata-se de ação ordinária de indenização por dano moral (alegado encerramento injustificado de conta-corrente, fls. 51) intentada por Leandro Rodrigo de Souza em face de Banco Bradesco S.A., julgada improcedente pela

Acesso ao Sumário

r. sentença de fls. 236/238, de relatório a este integrado, declarada a fls. 248, condenando o autor ao pagamento das despesas processuais e dos honorários advocatícios fixados em 15% do valor atualizado da causa, bem como a 1% do também calculado sobre o mesmo montante em virtude da condenação por litigância de má-fé.

Apelou o autor em busca da reforma aduzindo, em resumo, que (1) sua exclusão do quadro de correntistas foi realizada de forma humilhante, haja vista que foi comunicada rispidamente na presença de outros correntistas e funcionários, (2) essa situação ocorreu quando em sua conta-corrente estavam disponíveis R$ 7.000,00 e limite de cheque especial de R$ 5.000,00, (3) o depoimento da testemunha Valeria Oppido (fls. 214) afirma que a conta do autor não apresentava movimentação anormal, como seria de se esperar em casos de suspeita de lavagem de dinheiro, (4) no mesmo banco é mantida a conta do escritório de advocacia do qual é sócio, (5) a cláusula contratual (10ª, fls. 24) que trata do encerramento de conta exige motivação do banco para tanto, (6) os motivos para a atitude tomada pela casa bancária devem ser apresentados ao correntista, em conformidade com o art. 39, IX, do CDC, (7) a situação causou inegáveis transtornos, (8) os dois títulos de capitalização que lhe foram vendidos pela instituição financeira devem ser cancelados sem ônus, (9) devem ser reduzidos os honorários advocatícios, fixados em patamar excessivo e (10) é descabida a aplicação da pena de litigância de má-fé pelo simples manejo de embargos de declaração (fls. 250/273).

A insurgência é tempestiva, foi respondida e recolheu- se o preparo (fls. 274/275).

É o relatório.

2. O recurso comporta provimento.

3. De feito, o documento de fls. 51 comprova a intenção do banco de encerrar a conta do apelante em 01.07.2008, sem, contudo declinar os motivos que o teriam levado a essa decisão.

A cláusula 10ª do contrato firmado (fls. 24) assim estabelece:

"O encerramento da Conta de Depósito (Corrente/Poupança) poderá se dar por vontade de qualquer das partes, mediante prévia comunicação, por escrito, à outra, ou ainda a qualquer tempo: (I) por ordem do Banco Central, (II) do Poder Judiciário, ou (III) pelo Bradesco, quando constatado: (a) movimentação de recursos oriundos de atividades consideradas irregulares, nos termos da legislação que dispõe sobre Crimes de Lavagem de Dinheiro ou Ocultação de Bens, Direitos e Valores, (b) movimentação incompatível com a capacidade financeira ou atividade desenvolvida; (c) utilização de meios inidôneos, com o objetivo de postergar pagamentos e/ou cumprimento de obrigações assumidas junto ao Bradesco; (d) irregularidades nas informações prestadas julgadas de

Acesso ao Sumário

natureza grave pelo Bradesco; (e) CPF/MF cancelado pela Receita Federal."

Da supracitada cláusula se infere que a casa bancária somente poderia encerrar conta de cliente quando constatada uma das irregularidades descritas, porém, no caso dos autos, não houve a indicação de nenhuma das referidas alíneas a fim de justificar a rescisão contratual decretada administrativamente.

O extrato juntado a fls. 34/40, a princípio, não indica movimentação irregular de valores, principalmente se levado em consideração que o apelante é advogado e os depósitos efetuados podem referir-se a honorários advocatícios.

A conduta do apelado causa estranhamento sobretudo pela ausência de resposta à contranotificação de fls. 54/57 e pela menção do depoimento da testemunha Valeria Oppido de que a conta do apelante estava sendo analisada em razão de suspeita de lavagem de dinheiro (fls. 214).

Destarte, verifica-se que a conduta do apelado destoa da legislação consumerista, a qual repudia práticas dessa espécie, advertindo que:

"Art. 39. É vedado ao fornecedor de produtos ou serviços, dentre outras práticas abusivas:

(...)

II - recusar atendimento às demandas dos consumidores, na exata medida de suas disponibilidades de estoque, e, ainda, de conformidade com os usos e costumes;

(...)

IX - recusar a venda de bens ou a prestação de serviços, diretamente a quem se disponha a adquiri-los mediante pronto pagamento, ressalvados os casos de intermediação regulados em leis especiais."

O apelante ostentava saldo positivo em sua conta, bem como apresentava movimentação regular, não se vislumbrando qualquer motivo para que o apelado fosse obrigado a deixar a carteira de clientes.

Assim sendo, resta patente a recusa de prestação de serviço àquele que dispunha das mesmas qualidades dos demais clientes do apelado.

Observa-se que o apelante inclusive adquiriu títulos de capitalização do apelado, demonstrando intenção de permanecer a ele vinculado por alguns anos (fls. 26/30).

No mesmo sentido, desta 20ª Câmara de Direito Privado, colhe-se v. aresto, assim ementado:

"ENCERRAMENTO UNILATERAL DE CONTA BANCÁRIA - DESINTERESSE NA CONTINUIDADE DA RELAÇÃO - ENVIO DE NOTIFICAÇÃO - CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR - BOA-FÉ OBJETIVA

1 - A Resolução n° 2025 regula a abertura e encerramento de contas

Acesso ao Sumário

correntes, mas não autoriza o Banco a cobrar as tarifas e serviços que não foram prestados. Tampouco, tal resolução autoriza o Banco a encerrar, imotivadamente, contas bancárias;

2 - Banco que infringiu os incisos II e IX do art. 39 do Código de Defesa do Consumidor, pois deixou de prestar os serviços de forma regular e recusou atendimento ao consumidor sem motivo legal ao obstar a manutenção das contas correntes bancárias em plena movimentação;

3 - Dificilmente uma pessoa consegue se inserir na sociedade moderna e viabilizar sua vida pessoal e social sem se utilizar de uma conta bancária. Dever do Banco de dar continuidade à prestação dos serviços, não se aplicando ao caso a autonomia da vontade e princípios do Direito Privado, pois se trata de relação de consumo.

RECURSO PROVIDO." (Apelação nº 9198620-24.2008.8.26.0000-São Paulo, J. 25.03.2013, vu, Rel. Des. Maria Lúcia Pizzotti, voto nº 5.555).

Nesse sentido também se anota:

"Apelação Cível. Contrato bancário. Conta-corrente. Encerramento unilateral por parte do banco réu. Ação de obrigação de não fazer. Pretensão deduzida pelo correntista, para que sua conta seja mantida ativa. Sentença de procedência. Confirmação. Relação de consumo. Encerramento de conta que só é possível na presença de justo motivo. Mero desinteresse comercial do banco na continuidade da contratação que não autoriza a rescisão unilateral. Precedente do C. STJ. Sentença mantida. Recurso não provido." (TJSP-Apelação cível nº 0101187-39.2009.8.26.0001 São Paulo, 22ª Câmara de Direito Privado, J. 03.07.2014, vu, Rel. Des. HÉLIO NOGUEIRA, voto nº 3.466).

4. De outro lado, registra-se, mais, por oportuno, que o dano moral independe de prova, configurando-se mediante a própria prática de ato potencialmente lesivo, segundo as regras ordinárias de experiência. É *damnum in re ipsa*.

Nesse sentido, aliás, prestigiosa doutrina apregoa que:

"A prova do dano moral, por se tratar de aspecto imaterial, deve lastrear-se em pressupostos diversos do dano material. Não há como, regra geral, avaliar por testemunhas ou mensurar em perícia a dor pela morte, pela agressão moral, pelo desconforto anormal ou pelo desprestígio social. Valer-se-á o juiz, sem dúvida, de máximas da experiência. (...) A razão da indenização do dano moral reside no próprio ato ilícito." (VENOSA, SÍLVIO DE SALVO. Direito Civil - Responsabilidade Civil. 7ª ed. São Paulo: Ed. Atlas, 2007, vol. 4, p. 35).

5. O arbitramento da indenização pelo dano moral infligido deve ser feito de forma adequada e moderada, pautado em juízo prudencial.

É certo que, de um lado, há que dissuadir o autor do ilícito ou responsável para não reiterar a conduta lesiva (valor de desestímulo) e, de outro, compensar

a vítima pelo vexame ou transtorno acometido. Não pode, no entanto, o dever reparatório ser convertido em instrumento propiciador de vantagem exagerada ou de enriquecimento ilícito, o que fatalmente ocorreria caso a indenização fosse fixada no patamar pleiteado na petição inicial.

Na fixação do *quantum*, por tais motivos, leva-se em conta o perfil econômico da vítima (advogado, fls. 02 e 21) e, também, a capacidade financeira da entidade ofensora.

Desta feita, sob o influxo do critério prudencial e da razoabilidade, revela-se adequada a fixação da indenização no montante de R$ 8.000,00, quantia a ser corrigida, pelos índices da tabela prática adotada para cálculo dos débitos judiciais, a partir desta data (Súmula nº 362 do STJ) e acrescida de juros legais de mora desde a citação.

Anota-se que inexistindo critério definido para a quantificação do dano moral é irrelevante que o valor proposto na inicial supere em muito o da condenação, não ensejando a hipótese de repartição proporcional da sucumbência (art. 21, *caput*, do CPC).

Nesse sentido escorreita jurisprudência se firmou, *in verbis*:

"INDENIZAÇÃO. VALOR ESTIMATIVO. SUCUMBÊNCIA PARCIAL.

Sendo meramente estimativo o valor da indenização pedida na inicial, não ocorre a sucumbência parcial se a condenação fixada na sentença é inferior àquele montante." (STJ-3ª Turma, REsp 21.696-9-SP, Reg. nº 1992/0010213-1, J. 25.05.1993, vu, Rel. Min. CLÁUDO SANTOS, DJU 21.06.93).

"Indenização por danos morais (...).

1. O quantum pedido a título de indenização por danos morais, neste caso, tem natureza estimativa, assim, a condenação em valor inferior, por si só, não caracteriza a sucumbência recíproca.

2. Recurso especial não conhecido." (STJ-3ª Turma, REsp 112.561-RJ, Reg. nº 96.0070003-6, J. 10.11.1997, mv, Rel. Min. CARLOS ALBERTO MENEZES DIREITO, DJU 15.06.98, in RSTJ 111/181-184).

Aliás, o entendimento restou pacificado com a edição da Súmula nº 326 do E. STJ, *in verbis*:

"Na ação de indenização por dano moral, a condenação em montante inferior ao postulado na inicial não implica sucumbência recíproca".

Daí que, acolhido o pedido, em sua essência, não há cogitar de divisão recíproca da sucumbência.

6. No tocante aos títulos de capitalização (fls. 26/40), de rigor o acolhimento do pedido do apelante, para o fim de cancelá-los ou resgatá-los, uma vez que já encerrado o relacionamento entre as partes.

Acesso ao Sumário

Por consequência, esse cancelamento ou resgate deve ocorrer sem custos nem prejuízo para o apelante, uma vez que o distrato não ocorreu por sua culpa.

7. Isto posto dá-se provimento ao recurso a fim de julgar procedente a ação para condenar o réu na forma dos itens 5 e 6 acima, arcando o banco apelado com o pagamento das custas, despesas processuais e honorários advocatícios fixados em 15% do valor atualizado da condenação.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0151129-29.2012.8.26.0100, da Comarca de São Paulo, em que é apelante MARIA JOSÉ DOS SANTOS, é apelado SARA ELIZABETH FLORIANO MACHADO (JUSTIÇA GRATUITA).

ACORDAM, em 18ª 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. Declara o 3º Desembargador.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão.

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores CARLOS ALBERTO LOPES, vencedor, HENRIQUE RODRIGUERO CLAVISIO, vencido, ROQUE ANTONIO MESQUITA DE OLIVEIRA (Presidente).

São Paulo, 24 de setembro de 2014.

CARLOS LOPES, Relator Designado

Ementa: CERCEAMENTO DA DEFESA – Matéria de fato e de direito, que comporta julgamento antecipado da lide – Desnecessidade da dilação probatória – Preliminar afastada.

REINTEGRAÇÃO NA POSSE – Bem imóvel – Aplicação do princípio da *saisine* – A posse do imóvel foi transmitida à genitora no instante da morte do *de cujus* – Caracterização do esbulho, praticado pela ré que se recusou em deixar o imóvel, após ser regularmente notificada – Ação julgada improcedente – Sentença reformada – Recurso provido.

Acesso ao Sumário

VOTO

A demanda é de reintegração na posse, julgada improcedente pela r. sentença de fls. 178/182, cujo relatório se adota.

Apela a vencida, objetivando reformar o julgado, alegando: a – ocorreu o cerceamento da defesa, em virtude do julgamento antecipado da lide; b – a demanda deve ser julgada procedente, diante do esbulho praticado pela ré e da posse devidamente comprovada, por ser genitora do falecido, anterior proprietário do bem.

O recurso foi recebido, contrarrazoado e preparado.

É o Relatório.

MARIA JOSÉ DOS SANTOS ajuizou a demanda possessória em face de SARA HELIZABETH FLORIANO MACHADO, objetivando reintegrar-se na posse do imóvel situado à Rua Salto Grande, atual nº 35, Sumarezinho, na Capital do Estado de São Paulo.

A matéria preliminar arguida com as razões de apelação fica desde logo repelida, pois se encontra despida de todo e qualquer fundamento.

Ao contrário do pretendido, ao julgar antecipadamente a lide, o MM. Juiz se houve com inteiro acerto, por ser a matéria de mérito unicamente de direito, sem necessidade de dilação probatória, nos precisos termos do inciso I, do artigo 330 do Código de Processo Civil.

No tocante ao mérito propriamente dito, o recurso comporta provimento.

Nos termos do artigo 927 do Estatuto Adjetivo Civil, ao propor a demanda de reintegração, a parte deve provar: a – a posse; b – o esbulho praticado pelos réus; c – a data do esbulho; d – a perda da posse.

Como relatado nos autos, o bem em litígio era de propriedade do Sr. MOYSES FLORIANO MACHADO FILHO, matriculado sob nº 14.855, conforme certidão de propriedade encartada às fls. 11 dos autos.

É certo que o falecido residia no aludido imóvel juntamente com seu companheiro Samuel Antenor dos Santos e sua sobrinha Sarah Elizabeth Floriano Machado, os quais permaneceram residindo no referido bem, conforme Boletim de Ocorrência de fls. 77 dos autos.

Todavia, com o falecimento do legítimo proprietário, aos 1º de agosto de 2011, a autora tornou-se a única e legítima proprietária e possuidora do imóvel, nos termos do artigo 1.787 do Código Civil Brasileiro.

Como se sabe, o princípio da *saisine* é de uma ficção jurídica que autoriza a apreensão possessória dos bens do *de cujus* pelos herdeiros vocacionados, legítimos ou testamentários, independentemente de qualquer ato ou da manifesta aceitação da herança.[1]

De acordo com a máxima jurídica, no instante da morte do *de cujos*, abre-se a sucessão, transmitindo-se, sem solução de continuidade, de forma imediata

Acesso ao Sumário

1 PEREIRA, Caio Mário da Silva. Instituições de Direito Civil. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007, v. VI, pp. 19/20 .

e direta, a propriedade e a posse dos bens do falecido aos herdeiros.[2]

Nesse sentido, é o entendimento do Superior Tribunal de Justiça:

"DIREITO CIVIL. POSSE. MORTE DO AUTOR DA HERANÇA. *SAISINE*. AQUISIÇÃO *EX LEGE*. PROTEÇÃO POSSESSÓRIA INDEPENDENTE DO EXERCÍCIO FÁTICO. RECURSO ESPECIAL PROVIDO.

1. Modos de aquisição da posse. Forma *ex lege*: Morte do autor da herança. Não obstante a caracterização da posse como poder fático sobre a coisa, o ordenamento jurídico reconhece, também, a obtenção deste direito na forma do art. 1.572 do Código Civil de 1916, em virtude do princípio da *saisine*, que confere a transmissão da posse, ainda que indireta, aos herdeiros, independentemente de qualquer outra circunstância.

2. A proteção possessória não reclama qualificação especial para o seu exercício, uma vez que a posse civil – decorrente da sucessão -, tem as mesmas garantias que a posse oriunda do art. 485 do Código Civil de 1916, pois, embora, desprovida de elementos marcantes do conceito tradicional, é tida como posse, e a sua proteção é, indubitavelmente, reclamada.

3. A transmissão da posse ao herdeiro se dá *ex lege*. O exercício fático da posse não é requisito essencial, para que este tenha direito à proteção possessória contra eventuais atos de turbação ou esbulho, tendo em vista que a transmissão da posse (seja ela direta ou indireta) dos bens da herança se dá *ope legis*, independentemente da prática de qualquer outro ato.

4. Recurso especial a que se dá provimento".[3]

Como preleciona o Professor Carlos Roberto Gonçalves:

"A existência da pessoa natural termina com a morte real (CC, art. 6º). Como não se concebe direito subjetivo sem titular, no mesmo instante em que aquela acontece abre-se a sucessão, transmitindo-se automaticamente a herança aos herdeiros legítimos e testamentários do de cujos (CC, art. 1.784), sem solução de continuidade e ainda que estes ignorem o fato. Nisto consiste o princípio da *saisine*, segundo o qual o próprio defunto transmite ao sucessor o domínio e a posse da herança. Acolhido no art. 1784, tal princípio harmoniza-se com o artigo 1.207, pelo qual o 'sucessor universal continua de direito a posse do seu antecessor', com os mesmos caracteres (art. 1.206)."[4]

Assim, a recusa da ré em deixar o imóvel, após ter sido regularmente notificada pela nova proprietária, caracterizou o denominado esbulho possessório, tal como preleciona o professor Sílvio de SalvoVenosa:

"Notificado o comodatário por prazo indeterminado para restituir a coisa, ele estará praticando esbulho contra o comodante. Nesta hipótese, o comodatário já se despiu do título que lhe permitia a posse direta perante

Acesso ao Sumário

2 Disponível em (endereço eletrônico constante no texto original). Acesso aos 14.03.2014.

3 STJ. Recurso Especial nº 537.363/RS. 3ª Turma. Min. Rel. Vasco Della Giustina. J. 07.05.2010.

4 Direito das Sucessões, Sinopses Jurídicas - vol. 4º, pág. 2, 11ª ed. Ed. SARAIVA.

aquele que detém a senhoria da coisa"[5] (grifamos)

A autora, na qualidade de herdeira e sucessora *causa mortis* encontra-se em situação privilegiada, pois presume a lei que "continua de direito a posse do seu antecessor", como previsto no artigo 1.207 do Código Civil Brasileiro, não necessitando provar a sua posse anterior, mas a do *de cujus*, para o ajuizamento da ação de reintegração na posse.

Por conseguinte, comprovada a posse legítima da autora e o esbulho possessório praticado pela ré, a procedência da ação é medida de rigor, invertendo-se os ônus da sucumbência.

Por outro lado, o julgamento da ação de interdito proibitório, ajuizada por Sarah Elizabeth Floriano Machado e Samuel Antenor dos Santos, inobstante julgada procedente, nos termos da r. sentença xerocopiada às fls. 172/174, não tem o condão de alterar o julgamento da presente lide, por terem objeto e causa de pedir diversos.

Como se sabe, o interdito proibitório tem caráter preventivo, pois visa impedir que se concretize uma ameaça à posse. Já na ação de reintegração na posse, em tese, o esbulho já se concretizou, o que demonstra ser de todo irrelevante o desfecho da primeira ação.

Equivocado, portanto, o entendimento do MM. Juízo *a quo*.

PELO EXPOSTO, dá-se provimento ao recurso, para **JULGAR PROCEDENTE** a ação de reintegração na posse ajuizada por **MARIA JOSÉ DOS SANTOS** em face de **SARAH ELIZABETH FLORIANO MACHADO**, para os fins de reintegrá-la na posse do imóvel descrito na inicial, invertendo-se os ônus da sucumbência.

DECLARAÇÃO DE VOTO

(Voto nº 28889)

1) Não estou divergindo quanto à matéria preliminar referente ao cerceamento de defesa. Neste aspecto, é unânime que ela deve ser afastada pelos fundamentos constantes dos votos que me antecederam.

Quanto ao tema de fundo, e após examinar o processo, cheguei tranquilamente à seguinte conclusão: a ação é procedente e a apelação deve ser provida, de modo que acompanho a divergência anunciada pelo eminente desembargador relator designado.

Pedindo vênia ao eminente desembargador relator sorteado, o fundamento do seu voto não pode prevalecer, porque entende que a apelante não exerceu

5 VENOSA, Silvio de Salvo. Direito Civil Direitos Reais. 7ª edição, Jurídico Atlas, São Paulo, 2007. P. 47/48.

previamente a posse sobre o imóvel e em assim sendo não se pode falar em esbulho ou turbação.

Acontece que neste processo a situação é diferente. Como apontado pelo eminente desembargador revisor, a posse da apelante atende aos requisitos do art. 927 do CPC porque deriva de sucessão legítima do antigo possuidor e em consequência, por força da lei (art. 1.784 do CC - e não 1.787 como constou da divergência) e em atenção ao principio da *saisine*, corolário da premissa de que inexiste direito sem o respectivo titular, a herança, compreendida como sendo o acervo de bens, obrigações e direitos, transmite-se, como um todo, imediata e indistintamente aos herdeiros.

2) Ante o exposto, o meu voto dá provimento ao recurso para julgar procedente a ação, invertendo-se o ônus da sucumbência, acompanhando o voto do eminente desembargador relator designado.

ROQUE ANTONIO MESQUITA DE OLIVEIRA, Terceiro Desembargador

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0001277-29.2007.8.26.0609, da Comarca de Taboão da Serra, em que é apelante SELMA ELISABETH STIVARENGO, é apelado REITZFELD EMPREENDIMENTOS IMOBILIÁRIOS LTDA..

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 18200)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores RICARDO PESSOA DE MELLO BELLI (Presidente) e MARIO DE OLIVEIRA.

São Paulo, 13 de outubro de 2014.

JOÃO CAMILLO DE ALMEIDA PRADO COSTA, Relator

Ementa: EMBARGOS À EXECUÇÃO. Confissão de dívida. Hipótese em que, conquanto não tenha a embargante aposto sua assinatura no instrumento contratual, foi indicada no título exequendo como codevedora, a par do que é casada com o devedor em regime de comunhão de bens, de modo que os atos de excussão atingirão o seu patrimônio. Consideração, ademais, de que a circunstância de a recorrente

ter figurado como executada trouxe-lhe benefício, possibilitando-lhe realizar a defesa mais ampla por meio dos embargos à execução, pelos quais está ela autorizada a discutir a própria *causa debendi*, além de defender o seu patrimônio. Legitimidade passiva reconhecida. Inexistência de nulidade da execução por ausência de citação de todos os executados. Desnecessidade de reunião destes embargos com os eventualmente opostos pelos outros executados. Instrumento de confissão de dívida que satisfaz os requisitos legais e se reveste dos pressupostos de liquidez, certeza e exigibilidade. Hipótese em que o contrato, subscrito pelo devedor e por duas testemunhas, reúne os pressupostos exigíveis à sua configuração como título de crédito e revela-se dotado de força executiva. Inocorrência de prescrição. Impossibilidade de a embargante se beneficiar da quitação simulada do contrato originário para se eximir do cumprimento da obrigação (CC, art.150), não podendo ainda se valer de sua própria torpeza. Inexistência de excesso de execução. Penhora. Bem de família. Imóvel que serve de residência à família constituída pelos devedores. Impenhorabilidade configurada, nos termos da Lei nº 8.009/90. Embargos à execução parcialmente procedentes. Sucumbência recíproca reconhecida. Sentença, em parte, reformada. Recurso, em parte, provido.

VOTO

Trata-se de recurso de apelação interposto contra a r. sentença de fls. 282/283, cujo relatório se adota, que julgou improcedentes embargos à execução.

Sustenta a recorrente, em síntese, que a sentença é nula, porquanto estes embargos deveriam ser reunidos com aqueles opostos pelos outros executados para julgamento conjunto, a par do que não houve a citação de todos os executados. Assevera que é parte ilegítima para figurar no polo passivo da execução, porquanto não assinou o termo de confissão de dívida. Acrescenta que o imóvel penhorado é bem de família, protegido pela Lei nº 8.009/90. Alega que a apelada deu plena e irrevogável quitação ao contrato de compra e venda, que originou a confissão de dívida. Pondera que o instrumento de confissão de dívida, por si só, não constitui título executivo, porquanto deixou a exequente de instruir a execução com as notas promissórias, emitidas como garantia do

Acesso ao Sumário

crédito. Pondera que as notas promissórias bem como a confissão de dívida estão prescritas, tanto sob a ótica do artigo 177, do antigo Código Civil, como pelo artigo 205, do novo Código Civil. Acrescenta que há excesso de execução em decorrência da prática do anatocismo.

O recurso é tempestivo, foi preparado e respondido.

É o relatório.

Cuida-se de embargos à execução, fundada em instrumento de confissão de dívida, firmado em 19 de dezembro de 1988, no valor de Cz$ 4.114.038,82, equivalentes a 858,721 OTN's, em que as partes ajustaram o adimplemento do valor do débito mediante o pagamento da primeira parcela no valor de Cz$ 8.500,00, equivalente a 1,774 OTN's, com vencimento em 05 de janeiro de 1989, e o restante em sete parcelas iguais, semestrais e sucessivas, cada uma correspondendo a 122,421 OTN's, vencendo a primeira em 05 de junho de 1989 (fls. 265/266), sendo certo ainda que a dívida é oriunda de instrumento particular de compromisso de compra e venda de imóvel em construção, em que a exequente é construtora e incorporadora imobiliária (fls. 267/280).

Merece acolhimento, em parte, o recurso.

De início, insta realçar que a execução foi ajuizada contra José Roberto Stivarengo, sua esposa Selma Elisabeth Stivarengo, ora apelante, e Adalberto Picirilli de Jesus, avalista, sendo certo que, conquanto a ora recorrente tenha sido indicada como devedora no título exequendo, não após sua assinatura no referido instrumento contratual (fls. 266), de sorte que, diante tal omissão, tecnicamente e em princípio, não haveria ela que compor o polo passivo do feito executivo.

Entretanto, a sua inclusão no polo passivo da execução nenhum prejuízo acarretou à ora apelante, porquanto os atos de excussão atingiram ou irão atingir necessariamente os bens comuns do casal, até porque são eles casados no regime da comunhão universal de bens (fls. 265), e, consoante artigo 262, do Código Civil de 1916, vigente à época da formalização da confissão de dívida, "o regime da comunhão universal importa a comunicação de todos os bens presentes e futuros e suas dívidas passivas", de modo que responde a recorrente pela dívida exequenda com o seu patrimônio [que, na verdade, é comum], repercutindo, assim, os atos da execução sobre os seus interesses.

Insta acrescentar que, na hipótese em apreço, a circunstância de a ora recorrente ter figurado como executada na demanda satisfativa até lhe trouxe benefício, porquanto possibilitou a ela realizar a defesa de forma mais ampla por meio dos embargos à execução, pelos quais está ela autorizada a discutir a própria *causa debendi*, além de defender o patrimônio como um todo, de modo que, por tais especificidades, há se reconhecer a sua legitimidade para compor o polo passivo da execução, cumprindo realçar que já se pronunciou o Col.

Acesso ao Sumário

Superior Tribunal de Justiça no sentido de que "o entendimento desta Corte é no sentido de que o ordenamento jurídico nacional, no que tange às nulidades processuais, orienta-se pelo chamado princípio do prejuízo, positivado no art. 249, § 1º, do CPC, não se anulando o ato processual que não tenha causado prejuízo efetivo à parte" (AgRg no REsp 907.517/RS, Rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino, j. 17/03/2011), pois "aplica-se o princípio da instrumentalidade das formas, inscrito nos arts. 249 e 250 do Código de Processo Civil, quando da nulidade do ato não resultar prejuízo para a defesa das partes." (REsp 1013052/RJ, Rel. Min. Eliana Calmon, j. 26/08/2010).

De igual modo, não há se cogitar de nulidade da execução por falta da citação de todos os executados, porquanto, em casos como o dos autos, é facultado ao credor mover a execução contra qualquer um dos coobrigados (CC, art. 275), não havendo, assim, necessidade de que todos estejam formalmente integrados ao polo passivo, mesmo porque é dado ao exequente a possibilidade de desistir da execução em relação a qualquer um dos devedores (CPC, art.569).

Impende realçar ainda que, se preservado o prazo autônomo para cada um dos executados apresentarem os embargos, como se verificou na espécie, inexiste qualquer empeço para que o feito executivo prossiga contra os devedores já citados, porquanto "na execução em que há litisconsórcio passivo facultativo, ante a autonomia do prazo para a oposição de embargos do devedor, a ausência da citação de coexecutados não configura óbice oponível ao prosseguimento da execução quanto aos demais já citados, sendo, portanto, inaplicável a regra contida no art. 241 do Código de Processo Civil" (REsp 760152/DF, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, julgado em 10/09/2009, DJe 28/09/2009), cumprindo acrescentar que "na execução promovida contra diversos devedores, não é indispensável a citação de todos os executados para o início do prazo para pagar ou nomear bens à penhora, visto que a execução pode prosseguir sem a citação de todos, e o prazo para embargar é autônomo." (REsp 401080/MG, Rel. Ministro RUY ROSADO DE AGUIAR, QUARTA TURMA, julgado em 21/05/2002, DJ 05/08/2002, p. 352).

Bem por isso, também não tem fomento a alegação da recorrente no sentido de que estes embargos deveriam ser reunidos com aqueles supostamente opostos pelos outros executados para julgamento conjunto. Aliás, albergar esta tese defendida pela ora recorrente contraria o próprio escopo do procedimento executivo, que é a satisfação do credor, porquanto não tem sentido obrigar o exequente aguardar a citação de todos os executados (devedores solidários), esperar a fluência do prazo autônomo para a oposição dos embargos, para só então apreciar os incidentes opostos por cada um dos devedores, a par do que não há qualquer fundamento legal para o atendimento de tal pretensão.

Por sua vez, na hipótese de que ora se cuida não há se cogitar de falta de título executivo, eis que o instrumento que lastreia a execução consiste em

Acesso ao Sumário

confissão de dívida de valor determinado, com encargos previamente estipulados, para pagamento em parcelas fixas e em número determinado, a par do que veio o instrumento subscrito pelo devedor e por duas testemunhas (fls. 40/41), de sorte que dúvida não há remanescer no sentido de que se cuida de título líquido, certo e exigível (art. 586, do CPC), e, portanto, prescindível a apresentação das notas promissórias emitidas como garantia da dívida.

Cumpre salientar que já se pronunciou o Colendo Superior Tribunal de Justiça no sentido de que "o contrato de confissão de dívida, ainda que oriundo de outros instrumentos contratuais, constitui, por si só, título hábil para autorizar a cobrança pela via executiva. Precedentes. Não é necessário que o contrato de confissão de dívida esteja acompanhado de nota promissória para que seja caracterizado como título executivo. Precedente." (AgRg no Ag 1334633/SP, Rel. Min. Raul Araújo, j. em 02/05/2013).

Logo, reputa-se que o termo de confissão, que confere lastro à execução intentada, constitui título executivo judicial, pois contempla valor determinado, registrando o número de parcelas e as datas de seus respectivos vencimentos e encargos, afigurando-se então título de crédito dotado de força executiva, nos exatos termos do artigo 585, II, do Código de Processo Civil, razão pela qual reúne os requisitos de liquidez, certeza e exigibilidade que o habilita a respaldar a propositura de execução forçada (CPC, 586).

Do mesmo modo, não prospera a alegação de nulidade da execução em razão da quitação do contrato de compra e venda do imóvel, que originou o título exequendo, porquanto, nos itens 3 e 4 do instrumento de confissão de dívida, as partes declararam que "para possibilitar a hipoteca em favor da citada instituição a CREDORA declarou em dito instrumento que recebera dos DEVEDORES a totalidade do preço que com eles ajustara, dando-lhes por isso plena e geral quitação. Os DEVEDORES porém pagaram somente parte da dívida, estando em débito com o montante de Cz$ 4.114.038,82" (fls. 265), de sorte que houve dolo bilateral com a finalidade de atingir terceiro, não podendo, assim, a embargante se beneficiar da quitação simulada do contrato originário para se eximir do cumprimento da obrigação inscrita no título executivo extrajudicial de que ora se cuida, haja vista que, a teor do disposto no artigo 150, do Código Civil, em vigor, e no artigo 97, do Código Civil de 1916, "se ambas as partes procederem com dolo, nenhuma pode alegá-lo para anular o negócio, ou reclamar indenização", a par do que, nesse particular, estaria a embargante se valendo da própria torpeza.

Acesso ao Sumário

Isto assentado, bem é de ver que, na hipótese em apreço, não se consumou o prazo prescricional.

É que, no caso, à falta de previsão legal específica, aplica-se o prazo prescricional ordinário, de vinte anos, a que alude o artigo 177, do Código Civil

de 1916, vigente à época do ajuizamento da execução, em 24 de novembro de 1998 (fls. 259). E, tendo sido firmado o instrumento de confissão de dívida em 19 de dezembro de 1988, e vencida a última parcela em 05 de dezembro de 1989 (fls. 265/266), não remanesce dúvida de que o lapso prescricional vintenário não havia se esgotado quando da propositura da demanda satisfativa, de sorte que não há mesmo se cogitar de prescrição.

E a alegação relativa ao excesso de execução também faz-se descabida na espécie, haja vista que, constituindo tal assertiva fundamento dos embargos, de rigor era que a embargante declarasse na petição inicial o valor do débito que entendia correto e que apresentasse memória discriminada e atualizada do cálculo, de cujo encargo não se desonerou no feito.

Aliás, oportuno é salientar que não cumpriu a embargante a regra contida no artigo 739-A, § 5º, do Código de Processo Civil, que estabelece que "quando o excesso de execução for fundamento dos embargos, o embargante deverá declarar na petição inicial o valor que entende correto, apresentando memória do cálculo, sob pena de rejeição liminar dos embargos ou de não conhecimento desse fundamento", limitando-se a aduzir, genericamente, que o valor exigido pela exequente é excessivo em razão da prática de anatocismo.

Ora, não afloram dos autos elementos dos quais se possa inferir a ocorrência da alegada capitalização de juros, do que só pode resultar a prevalência da presunção de liquidez, certeza e exigibilidade do instrumento de confissão de dívida que lastreia o processo executivo.

Entretanto, no que tange à impenhorabilidade do imóvel constrito na execução, merece acolhimento o recurso.

Sobre o tema, de início, cumpre realçar que, respeitado o entendimento do d. magistrado, não se aplica ao caso a exceção à impenhorabilidade do bem de família a que alude o inciso II, do artigo 3º, da Lei nº 8.009/90, que trata da execução movida "pelo titular do crédito decorrente do financiamento destinado à construção ou à aquisição do imóvel, no limite dos créditos e acréscimos constituídos em função do respectivo contrato", porquanto a execução não se fundou no instrumento particular de compromisso de compra e venda de imóvel, mas sim no instrumento de confissão de dívida, que estipulou apenas uma garantia pessoal, consistente no aval prestado pelo coexecutado Adalberto Picirilli de Jesus.

Releva considerar ainda que, conquanto o título exequendo tenha se originado de um negócio jurídico de compromisso de compra e venda de bem imóvel, a exequente, ao dar a quitação ao referido contrato, mesmo que de forma simulada [para que os devedores pudessem financiar o restante do preço do bem junto à instituição financeira e a credora receber o montante financiado], e ao firmar novo contrato representativo da dívida, consistente no instrumento

Acesso ao Sumário

de confissão de dívida de que ora se cuida, abdicou presumidamente da suposta garantia hipotecária [que, aliás, nem sequer foi constituída no contrato originário - fls. 267/280] e formalizou uma nova garantia, meramente pessoal, consubstanciado no aval.

Impende considerar ainda que, por apreciação equitativa, pelos mesmos fundamentos pelos quais não se admitiu à devedora se beneficiar da quitação simulada do contrato originário, não se pode permitir também que a credora se favoreça de suposta garantia real, decorrente do contrato originário, em que as partes simularam a quitação.

Bem por isso e sendo incontroverso que o imóvel penhorado serve de moradia para a família dos devedores, tanto é que a citação ocorreu no local em que situado o referido imóvel (fls. 12 e 81), cumprindo acrescentar que a própria recorrida indicou o endereço do imóvel objeto da constrição para a citação da ora apelante (fls. 66), dúvida não há remanescer no sentido de que o bem de raiz submetido à constrição judicial presta-se à residência da entidade familiar constituída pelos executados, qualificado, portanto, o questionado imóvel como bem de família, que é acobertado pela proteção legal (Lei nº 8.009/90).

Em suma, reconhecida a legitimidade da ora recorrente para figurar no polo passivo da execução, bem como a higidez o título executivo, e não se verificando a prescrição, mas constatada a condição de bem de família do imóvel penhorado, é de rigor reformar, em parte, a r. sentença para acolher parcialmente os embargos, a fim de determinar o levantamento da penhora incidente sobre o imóvel situado na Praça Miguel Ortega, 180, apartamento 22, Taboão da Serra (fls. 12), verificando-se, assim, a sucumbência recíproca, razão pela qual as custas processuais e os honorários advocatícios serão distribuídos e compensados entre os contendores.

Ante o exposto, dou provimento, em parte, ao recurso.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0019265-56.2008.8.26.0309, da Comarca de Jundiaí, em que é apelante SILVIANE CRISTINA MORASCO TURQUETTO (JUSTIÇA GRATUITA), são apelados WASHINGTON BORGES LAVA AUTOS ME e AUTO BOX COMÉRCIO DE ÓLEO E LUBRIFICANTES JUNDIAÍ LTDA. ME.

ACORDAM, em 30ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento em parte ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 18630)**

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

São Paulo, 13 de agosto de 2014.

ANDRADE NETO, Relator

Ementa: AÇÃO DE RESPONSABILIDADE CIVIL - EMPRESA DE LAVAGEM DE VEÍCULOS - ALEGAÇÃO DE UTILIZAÇÃO DE PRODUTOS TÓXICOS (SOLUPAN E DIESEL), OS QUAIS TERIAM CAUSADO DANOS Á SAÚDE DE MORADORES EM RESIDÊNCIA VIZINHA - CULPA CARACTERIZADA - APLICAÇÃO DO PRODUTO MEDIANTE PISTOLA DE PULVERIZAÇÃO, ALIMENTADA POR AR COMPRIMIDO - MÉTODO DE UTILIZAÇÃO INADEQUADO, CAUSANDO LANÇAMENTO DE PARTÍCULAS EM SUSPENSÃO NA ATMOSFERA, AFETANDO A QUALIDADE DO AR, COM EFEITOS PREJUDICIAIS AO SISTEMA RESPIRATÓRIO DE MORADORES VIZINHOS - DANO MORAL CARACTERIZADO - AÇÃO PARCIALMENTE PROCEDENTE - RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.

VOTO

Trata-se de apelação contra sentença que julgou improcedente ação de indenização cumulada com obrigação de fazer proposta pela apelante, que, na qualidade de vizinha dos apelados, estaria sofrendo danos à sua saúde e de suas filhas em razão da toxidade dos produtos utilizados em processos de pulverização para lavagem de veículos (Solupan e Diesel).

Pede seja indenizada por danos morais, consubstanciados no desgaste emocional provocado pelos efeitos deletérios sofridos à saúde (alergias, complicações respiratórias) em, razão de terem sido expostas aos produtos tóxicos, além dos danos materiais, consistentes em gastos para custeio do plano de saúde da filha menor e aquisições de remédios, aparelho de inalação e acessórios.

Recorre a autora alegando, em síntese, nulidade da decisão por não apresentar os fundamentos, relatório incompleto, infringindo o artigo 458 do CPC. No mérito, diz haver nos autos provas o suficiente para a procedência da demanda.

Acesso ao Sumário

Recebido e processado no duplo efeito, com contrarrazões.

É o relatório.

A sentença abriga os requisitos essenciais elencados no artigo 458 do CPC, não se identificando ofensa aos seus incisos.

A pretensão indenizatória da autora repousa na assertiva de que a empresa de lavagem de veículos, ao realizar serviços de pulverização, incluía na mistura produtos químicos com potencial tóxico (Solupam e óleo diesel), utilizando-os de forma inadequada e em quantitativos superiores às especificações estabelecidas, os quais, lançados na atmosfera, produzem uma névoa tóxica que invade sua residência, causando nos ocupantes prejuízos à saúde, com afetação do sistema respiratório e eclosão de processos alérgicos e dificuldades respiratórias, obrigando-os a tratamentos medicamentosos reiterados de inalação.

No curso da ação, houve realização de perícia técnica por engenheiro químico, o qual, após vistoria realizada no local, constatou, essencialmente, o seguinte: diversamente do alegado na inicial, não se verificou o uso de óleo diesel no processo de pulverização, o qual era feito mediante a utilização do produto "Solupan", sendo certo que, segundo o perito, o processo de diluição e a quantidade empregada eram feitas segundo as especificações técnicas do fabricante, não havendo, por conseguinte, emprego em concentração superior à permitida. Contudo, assinalou o perito que o referido produto, após diluído em tambores plásticos, era "*aplicado pulverizado por arraste através de pistola aplicadora, alimentada por ar comprimido. A função da pistola aplicadora é arrastar o SOLUPAN na forma líquida e aplicar este produto sob a forma de nevoa no local a ser removida a sujeira*" (fl. 396).

Ocorre que, ainda consoante análise pericial, "*... O produto solupan, por ser ele um produto que pode causar reações ao organismo humano. Sendo ele um produto químico no estado físico líquido, ele deveria ser aplicado na forma através de escovas, esponjas ou vassouras.* ***Nunca devendo ser aplicado em névoa pulverizada por revolveres pulverizadores, movidos por ar comprimido, que carregam a solução de solupan por arraste, dissolvido no ar em forma de nuvem, também conhecida como nevoa***" (negrito nosso, fl. 404).

Sendo esse o quadro, tem-se claro que os apelados, embora tenham utilizado o produto dentro das especificações corretas, o fizeram de modo inadequado, mediante sistema de pulverização, fazendo com que partículas em suspensão do produto, cuja potencialidade tóxica e prejudicial ao organismo humano foi expressamente reconhecida, fossem lançados na atmosfera, formando névoa passível de afetar a qualidade do ar respirado por terceiros, vizinhos ao estabelecimento.

Houve, por conseguinte, violação do dever de cuidado, em grau suficiente para caracterizar a conduta culposa do agente.

Acesso ao Sumário

Por outro lado, não há como negar, tampouco, considerados os elementos de convicção trazidos aos autos, a existência de relação de causalidade entre inalação involuntária do produto pelos moradores da casa vizinha e os efeitos prejudicais aos seus respectivos sistemas respiratórios, merecendo ser destacado nesse sentido os atestados e informações médicas trazidas aos autos, pelos quais se pode concluir terem as filhas da vítima, efetivamente, sofrido distúrbios de saúde, com afetação relevante de seus respectivos sistemas respiratórios.

A autora reclama indenização pelos danos materiais sofridos consistentes em custeio para plano de saúde de sua filha menor, gastos com remédios, aparelho de inalação e acessórios. Contudo, o pleito não merece acolhimento porquanto não existe nexo causal entre a necessidade da contratação de plano de saúde e a conduta culposa dos réus, tampouco existe demonstração de ser imprescindível ao tratamento. Quanto aos demais gastos (remédios, equipamento de inalação e acessórios), descurou a autora de demonstrar o alegado.

Entretanto, a ação merece procedência quanto ao pleito cominatório, devendo os réus se absterem de fazer uso do produto Solupan na forma "névoa pulverizada por revolveres pulverizadores, movidos por ar comprimido, que carregam a solução de Solupan por arraste", sob pena de multa de R$ 5.000,00 a cada vez que infringirem a determinação.

Quanto ao dano moral, entendo-o configurado.

Evidente a dor e os efeitos psíquicos experimentados pela autora, fazendo-a experienciar sentimento profundo de desespero e preocupação, verdadeira aflição ao ser submetida juntamente com suas filhas pequenas ao risco de intoxicação respiratória, sendo que uma delas veio a sofrer crise alérgica, tendo que se submeter a tratamento respiratório, entre idas e vindas de hospitais, resultando em situação verdadeiramente angustiante, com grave repercussão sobre sua integridade psíquica, em dimensão que ostenta relevância jurídica, não podendo ser equiparada a um mero dissabor ou frustração momentânea.

Arbitro o valor do dano moral em R$ 15.000,00 (quinze mil reais), montante que se estima proporcional à natureza e intensidade do sofrimento e constrangimento sofridos pelo autor e atende à preocupação de desestímulo à reiteração do comportamento abusivo, sem acarretar o enriquecimento sem causa do lesado.

Isto posto, pelo meu voto, **dou parcial provimento ao recurso** para condenar os réus de se absterem de fazer uso do produto Solupan na forma "névoa pulverizada por revolveres pulverizadores, movidos por ar comprimido, que carregam a solução de Solupan por arraste", sob pena de multa de R$ 5.000,00 a cada vez que infringirem a determinação; ao pagamento a título de danos morais, da quantia de R$ 15.000,00 (quinze mil reais), atualizada monetariamente pela Tabela Prática do Tribunal de Justiça a partir da data da publicação do presente

Acesso ao Sumário

acórdão, com juros moratórios de 1% ao mês, desde a citação. Tendo a autora sucumbido em parte mínima do pedido, condeno os réus ao pagamento das custas e despesas processuais, bem como honorários advocatícios que fixo em 10% do valor total da condenação. Ressalto que o acolhimento a menor do montante indenizatório pleiteado pelo autor não enseja, na espécie, a aplicação do art. 21 do CPC, apta à compensação recíproca de honorários, pois, tendo sido eles fixados em porcentual sobre o valor da condenação, já se tem por contemplada a redução devida pela sucumbência parcial. Conforme já decidiu o STJ, "*... A verba honorária sobre o valor da condenação já leva em conta a sucumbência parcial*" (Resp. nº 242.598/RJ, Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, DJ de 27.11.2000).

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0013257-10.2008.8.26.0068, da Comarca de Barueri, em que são apelantes EBERLE EQUIPAMENTOS E PROCESSOS S/A e OURO FINO INDÚSTRIA DE PLÁSTICOS REFORÇADOS LTDA., é apelado MARIA CARMEM LEITE BLANCO REIS FERNANDES.

ACORDAM, em 34ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento aos recursos. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 23.894)**

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

São Paulo, 11 de agosto de 2014.

GOMES VARJÃO, Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: Direito do consumidor. Ação de indenização. Aquisição e instalação de aquecedor solar. Responsabilidade da fabricante de componente, da fabricante do sistema, da revendedora, e da empresa de instalação. Constatação de falha na elaboração do projeto e na instalação. Vazamentos que levaram à substituição de componentes do sistema de aquecimento. Ausência de comprovação de culpa exclusiva de terceiro. Ocorrência de dano moral. Tendo em vista a natureza do dano e suas

consequências na vida da autora, deve ser mantido o valor fixado pelo juízo *a quo* como indenização por dano moral. Recursos improvidos.

VOTO

A r. sentença de fls. 980/992, complementada pelo parcial acolhimento de embargos de declaração em fls. 1005/1006, e cujo relatório se adota, julgou procedente a ação de indenização, decorrente de compra e venda, para condenar os requeridos ao pagamento de R$ 40.689,81, a título de indenização por danos materiais, e de R$ 5.000,00, por danos morais, além de custas, despesas processuais e honorários advocatícios fixados em 10% do valor da condenação.

Apela a fabricante Eberle (fls. 1008/1026). Sustenta que os danos causados à autora foram consequência de falhas na instalação do produto, e não de vícios de fabricação. Afirma que, havendo culpa de terceiro, é afastado seu dever de indenizar. Por isso, requer a reforma parcial da r. sentença, para que seja excluída da condenação.

Apela também a fabricante Ouro Fino (fls. 1030/1039). Alega que houve culpa de terceiros, que não realizaram o projeto adequado à instalação dos equipamentos, e realizaram serviço de forma deficiente. Assim, não pode ser responsabilizada por dano que não causou. Subsidiariamente, pleiteia a redução do valor da indenização por danos morais. Por isso, requer a reforma parcial da r. sentença, a fim de excluir sua condenação.

Recursos recebidos no duplo efeito (fl. 1042) e contrariados (fls. 1046/1057).

É o relatório.

Cuidam os autos de ação de indenização, por meio da qual pretende a autora sejam ressarcidos prejuízos decorrentes de vazamento que ocorreu em sistema de aquecimento solar fabricado por Ouro Fino, incluindo componente fabricado por Eberle, vendido por R2 Comércio, que indicou RF Pires para realizar a instalação. Afirma a autora que funcionários da RF instalaram o sistema sob supervisão de pessoa autorizada pela revendedora R2, e que, após a instalação, ocorreram vazamentos que levaram à substituição de boiler e de motobomba centrífuga, a qual teve de ser novamente trocada por ter ocasionado outros vazamentos.

Em contestação, as fabricantes indicam falha na instalação, ao passo que empresa responsável pela instalação afirma que, após a primeira falha, a autora não lhe procurou, tratando com terceiros, ao passo que a revendedora não apresentou contestação, embora citada.

Foi ouvida testemunha arrolada pela fabricante Eberle, José Roberto Tadeu Vulcano, técnico que presta assistência a esta empresa e que vistoriou

Acesso ao Sumário

a residência da autora após os vazamentos (fls. 570/588). Afirmou que houve falha na instalação e no manuseio do equipamento, pois não existe escoamento eficiente de água - também conhecido como "ladrão" -, ao contrário do que é exigido no manual, e a tampa do bujão de escorva estava danificado por excesso de torque e soltou-se, o que só ocorre se incorretamente manuseada. Por fim, concluiu que não há falha na bomba.

Foi realizada perícia técnica (fls. 695/772), em que se apurou ausência de projeto junto ao CREA, inadequação do projeto elaborado pela revendedora em relação às necessidades da autora, e se confirmou a substituição da motobomba fornecida pela Eberle e do boiler fornecido pela Ouro Fino, além de reparação do sistema de aquecimento a gás fornecido por terceira empresa.

Desta feita, tem-se por incontroversa a falha na prestação de serviços, que culminou na ocorrência dos danos.

No caso vertente, nota-se que a apelante Eberle forneceu motobomba, que é componente de sistema desenhado pela apelante Ouro Fino e revendido pela apelada R2, conforme projeto elaborado por esta terceira empresa, conforme as necessidades do consumidor final.

Tratando-se de relação de consumo, impõe-se a aplicação do disposto no artigo 7º, parágrafo único, do Código de Defesa do Consumidor, segundo o qual "*tendo mais de um autor a ofensa, todos responderão solidariamente pela reparação dos danos previstos nas normas de consumo*".

Da mesma forma, note-se o disposto nos artigos 12 e 13 do Código de Defesa do Consumidor, atribuindo responsabilidade objetiva ao fabricante e ao restante da cadeia de fornecimento pelos danos causados ao consumidor.

Ressalte-se que, embora comprovado que os prejuízos aludidos na inicial tenham decorrido também de falha na instalação dos produtos, no caso vertente há a peculiaridade de que os produtos inicialmente instalados foram substituídos pelos fornecedores e inutilizados, o que inviabiliza a comprovação de que estivessem em perfeito estado de funcionamento, implicando, portanto, na responsabilização também do fabricante, eis que impossível a comprovação de culpa exclusiva do consumidor ou de terceiro, excludente prevista no art. 12, § 3º, III, do CDC.

Acesso ao Sumário

Nesse sentido a ementa do seguinte julgado:

"APELAÇÃO - PEDIDO DE SUBSTITUIÇÃO DE PRODUTO - Aquisição de sistema para aquecimento solar de piscina - Vícios de qualidade - Emissão de fortes estalos, vazamentos, funcionamento intermitente da moto-bomba e deformidade das placas de captação solar em razão do aumento de temperatura - Culpa exclusiva da empresa responsável pela instalação do produto - Não comprovada - Inversão do ônus probatório - Art. 6º, VIII, do CDC - Hipótese de exclusão da responsabilidade do fornecedor - Não configurada - Cabível a substituição dos aparelhos

por outros de mesma espécie, marca e modelo, em perfeitas condições de uso - Art. 18, § 1º, I, do CDC - Negado provimento." (Apelação nº 0037213-62.2007.8.26.0562, rel. Des. HUGO CREPALDI, j. 07.03.2012)

Registre-se, por oportuno, que a cadeia de fornecimento, nestes autos, comporta-se como unidade perante a consumidora. Para ela, a contratação se deu pelo conjunto de aquisição e instalação, visando ao resultado final, obter os produtos funcionando de forma adequada às suas necessidades. Por isso, não se discute, na relação com o consumidor, acerca da existência de culpa entre os elementos da cadeia de consumo. Julgando as apelantes que foi a atuação de terceiro ou de outro membro da cadeia que deu ensejo ao prejuízo alegado, então caberá a elas buscar ressarcimento em ação de regresso.

Desta feita, cuido que ambas as apelantes são também responsáveis pelos danos causados à consumidora.

Por fim, registre-se que, conquanto a apelante Ouro Fino tenha impugnado especificamente o *quantum* fixado em primeiro grau a título de indenização por danos morais, o valor de R$ 5.000,00 não se mostra excessivo nem comporta redução, pois é suficiente para cumprir seu caráter sancionatório, sem implicar enriquecimento indevido da postulante.

No caso vertente, ressalte-se que o profundo transtorno causado à autora é compatível com a indenização fixada, eis que sofreu fortes vazamentos em sua residência, que chegaram a escorrer por lustres e interruptores (fls. 39/55), e em mais de uma ocasião, além de ter frustrada uma festa de casamento, e ter danificados inúmeros objetos pessoais, situações que impõem ser reconhecida a ocorrência de dano moral, em vista do desconforto anormal imposto à requerente, além da ansiedade de ver o problema resolvido o quanto antes e da expectativa frustrada de obter uma resolução extrajudicial.

Correta, portanto, a r. sentença, que está de acordo com os elementos constantes dos autos e o direito aplicável à espécie, merecendo integral confirmação.

Ante o exposto, nego provimento aos recursos.

É meu voto.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0005079-87.2013.8.26.0071, da Comarca de Bauru, em que é apelante EDNEIA APARECIDA TORCIANO, são apelados LOSANGO PROMOÇÕES DE VENDAS LTDA. e DR. CRÉDITO INTERMEDIAÇÃO DE SERVIÇOS LTDA..

Acesso ao Sumário

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 13506)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores SPENCER ALMEIDA FERREIRA (Presidente) e FERNANDO SASTRE REDONDO.

São Paulo, 13 de agosto de 2014.

EDUARDO SIQUEIRA, Relator

Ementa: APELAÇÃO - AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. RECUSA A FINANCIAMENTO DE CRÉDITO PARA CUSTEAR CIRURGIA PLÁSTICA DA FILHA - DISCRICIONARIEDADE DA FINANCIADORA – DANO MORAL NÃO CONFIGURADO. A recusa no fornecimento do crédito é incontroversa, posto confirmada pela correquerida LOSANGO. Nega a demandada, contudo, que a recusa tenha se pautado na existência de apontamento do nome da autora nos cadastros de devedores, aliás inexistentes (fls. 34/37), e sim em critérios de que se utiliza para a análise e concessão de créditos, onde leva em consideração, dentre outros fatores, o "... perfil do cliente, comprometimento de renda, características da operação, restrição financeira em cadastros restritivos, renda insuficiente ou a falta de sua comprovação, o pouco tempo de residência fixa, a falta de indicação de referências pessoais e comerciais, a ausência de garantias para o fechamento do negócio jurídico; dentre outros" (fls. 67). Poderá ter havido - e certamente ocorreu - incômodo, dissabor, mero aborrecimento. Tal circunstância, contudo, *data venia*, não configura, por si só, abuso de direito dos requeridos, circunscrevendo-se a legítima discricionariedade da instituição financeira para a concessão de crédito. Ademais, conforme aduz em Inicial e reitera em sede de Apelação: "Devido as circunstancias e a necessidade imediata de dinheiro, o filho da apelante, então, se dirige ao banco para

Acesso ao Sumário

poder fazer o financiamento. [...] o financiamento do filho foi prontamente aprovado" (fl. 198 - grifei), a impossibilidade do financiamento em nome da Apelante sequer afetou a destinação do crédito, qual seja, a cirurgia plástica para a implantação da prótese mamária da filha da Apelante. - ART. 252, DO REGIMENTO INTERNO DO E. TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO. Em consonância com o princípio constitucional da razoável duração do processo, previsto no art. 5º, inc. LXXVIII, da Carta da República, é de rigor a ratificação dos fundamentos da r. sentença recorrida. Precedentes deste Tribunal de Justiça e do Superior Tribunal de Justiça. - SENTENÇA MANTIDA. RECURSO IMPROVIDO.

VOTO

Trata-se de recurso de apelação interposto por EDNEIA APARECIDA TORCIANO, nos autos da "AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS" que move em face de LOSANGO PROMOÇÕES DE VENDA LTDA. E DR. CRÉDITO E INTERMEDIAÇÃO DE SERVIÇOS LTDA., cujos pedidos iniciais foram julgados improcedentes, nos moldes da r. sentença de fls. 128/131, da lavra da Juíza NATASHA GABRIELLA AZEVEDO MOTTA, da qual o relatório se adota.

Irresignada, a Apelante recorre, destacando, em síntese, que: (a) requer a concessão dos benefícios da justiça gratuita, em virtude do juiz singular não ter apreciado; (b) solicitou financiamento para custear a implantação de prótese mamaria da sua filha, por ter passado por problemas de saúde; (c) a empresa demorou para fazer a análise dos dados e negou o financiamento por constar restrições em seu nome; (d) não há restrições de seu nome nos órgãos de proteção ao crédito; (e) o financiamento solicitado por seu filho, que possui renda menor foi aprovado; (f) a requerente sentiu-se humilhada por ter seu crédito negado sem explicação plausível; (g) os fatos geraram dano moral (fls. 171/191).

O recurso não foi preparado, por ser o Apelante beneficiário da assistência judiciária (fls. 63/64) e foi recebido no duplo efeito (fls. 213)

Por fim, consigno que a Apelada LOSANGO PROMOÇÕES DE VENDA LTDA. ofereceu contrarrazões recursais, pugnando pela manutenção da r. decisão recorrida (fls. 218/229).

É o relatório.

Primeiramente, embora a Apelante pleiteie pelos benefícios da Justiça

Acesso ao Sumário

Gratuita alegando que o magistrado de primeiro grau não apreciou, observo que estes já lhe foram concedidos nos termos da decisão de fls. 63/64.

Em que pese a argumentação contida no apelo, a r. sentença não merece reparo, pois o MM. juiz de primeiro grau decidiu o feito com precisão, devendo ser aplicado ao caso em concreto a disposição do art. 252, do Regimento Interno deste E. Tribunal de Justiça. *In verbis*:

> "Art. 252 - Nos **recursos** em geral, **o relator poderá limitar-se a ratificar os fundamentos da decisão recorrida, quando, suficientemente motivada, houver de mantê-la**." (Grifei)

Com efeito, em consonância com o princípio constitucional da razoável duração do processo, previsto no art. 5º, inc. LXXVIII, da Carta da República ("a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação"), é de rigor a ratificação dos fundamentos da r. sentença recorrida.

No mesmo sentido destaco o posicionamento desta Corte de Justiça: Apelação nº 994.06.023739-8, 1ª Câm. Dir. Priv., Rel. Des. Elliot Akel, j. em 17.06.2010; Apelação nº 994.05.106096-7, Rel. Des. Neves Amorim, 2ª Câm. Dir. Priv., j. em 29.06.2010; Apelação nº 990.10.031478-5, 3ª Câm. Dir. Priv., Rel. Des. Beretta da Silveira, j. em 13.04.2010; Apelação 994.05.0097355-6, 5ª Câm. Dir. Priv., Rel. Des. James Siano, j. em 19.05.2010; Apelação 994.01.017050-8, 6ª Câm. Dir. Priv., Rel. Des. José Joaquim dos Santos, j. em 27.05.2010; Apelação 991.09.079089-9, 11ª Câm. Dir. Priv., Rel. Des. Moura Ribeiro, j. em 20/05/2010; Apelação n° 990.10.237099-2, 13ª Câm. Dir. Priv., Rel. Des. Luiz Roberto Sabbato, em 30.06.2010; AI nº 990.10.032298-2, 15ª Câm. Dir. Priv., Rel. Des. Edgard Jorge Lauand, j. em 13.04.2010; Apelação nº 991.09.0841779, 17ª Câm. Dir. Priv., Rel. Des. Simões de Vergueiro, j. em 09/06/2010; Apelação nº 991.00.021389-1, 23ª Câm. Dir. Priv., Rel. Des. Paulo Roberto de Santana, j. em 09/06/2010; Apelação nº 992.07.038448-6, 28ª Câm. Dir. Priv., Rel. Des. Cesar Lacerda, j. em 27.07.2010.

E não é diferente o entendimento do Superior Tribunal de Justiça como se pode observar nos seguintes julgados: REsp nº 662.272-RS, 2ª Turma, Rel. Min. João Otávio de Noronha, j. em 04.09.2007; REsp nº 641.963-ES, 2ª Turma, Rel. Min. Castro Meira, j. em 21.11.2005; REsp nº 592.092-AL, 2ª Turma, Rel. Min. Eliana Calmon, j. em 17.12.2004; REsp nº 265.534- DF, 4ª Turma, Rel. Min. Fernando Gonçalves, j. em 1.12.2003.

Acesso ao Sumário

Destarte, adoto e ratifico os seguintes fundamentos da r. sentença, de acordo com o art. 252, do Regimento Interno deste E. Tribunal de Justiça:

> "**[...] FUNDAMENTO E DECIDO.**
>
> Passo ao julgamento antecipado do feito nos termos do disposto no art. 330, I, do Código de Processo Civil.

Ademais, 'o juiz é o destinatário da prova, cabendo a ele discernir quais elementos se apresentam como imprescindíveis para o deslinde da questão. Logo, inexiste cerceamento de defesa no indeferimento da produção de prova pericial e oral, quando o magistrado entende suficiente para a elucidação do caso a prova meramente documental.' (RT 838/237).

Mais: - 'Tendo o magistrado elementos suficientes para o esclarecimento da questão, fica o mesmo autorizado a dispensar a produção de quaisquer outras provas, ainda que já tenha saneado o processo, podendo julgar antecipadamente a lide, sem que isso configure cerceamento de defesa.' (STJ, REsp nº 57.861/GO, Rel. Ministro ANSELMO SANTIAGO, j. 17.02.1998).

No mérito, **a ação é improcedente ainda que considerada a revelia da corré DR. CRÉDITO, que não gera, por si só, a presunção de veracidade dos fatos aventados na inicial.**

Neste sentido, já se decidiu: -

'REVELIA. EFEITO. SENTENÇA DE IMPROCEDÊNCIA. A simples revelia não leva necessariamente, ao deferimento do pedido, se o autor não fornecer ao juiz elementos suficientes para convencê-lo da procedência de sua pretensão.' (STJ, REsp nº 17.939/PB, Rel. Ministro Ruy Rosado Aguiar).

Com efeito, busca EDNÉIA APARECIDA TORCIANO a condenação dos réus no pagamento de danos morais.

Alega, para tanto, que '... foi impedida pelas empresas requeridas de realizar empréstimo bancário em seu nome para custear a cirurgia de sua filha, tendo experimentado vários dissabores e situações vexatórias ao longo de todo o processo de reprovação do crédito' (fls. 03).

A recusa no fornecimento do crédito é incontroversa, posto confirmada pela correquerida LOSANGO.

Nega a demandada, contudo, que a recusa tenha se pautado na existência de apontamento do nome da autora nos cadastros de devedores, aliás inexistentes (fls. 34/37), e sim em critérios de que se utiliza para a análise e concessão de créditos, onde leva em consideração, dentre outros fatores, o "... perfil do cliente, comprometimento de renda, características da operação, restrição financeira em cadastros restritivos, renda insuficiente ou a falta de sua comprovação, o pouco tempo de residência fixa, a falta de indicação de referências pessoais e comerciais, a ausência de garantias para o fechamento do negócio jurídico; dentre outros' (fls. 67).

Tal circunstância, contudo, *data venia*, não configura, por si só, abuso de direito dos requeridos, circunscrevendo-se a legítima discricionariedade da instituição financeira para a concessão de crédito.

Pese o dissabor de ter negada a concessão de crédito,

Acesso ao Sumário

especialmente para o fim a que se destinava, certo é que 'só deve ser reputado como dano moral a dor, vexame, sofrimento ou humilhação que, fugindo à normalidade, interfira intensamente ao comportamento psicológico do indivíduo, causando-lhe aflições, angústias e desequilíbrio em seu bem-estar. Mero dissabor, aborrecimento, mágoa, irritação ou sensibilidade exacerbada estão fora da órbita do dano moral.' (RSTJ 171/351).

Ou seja, somente é passível de indenização extrapatrimonial a dor e humilhação que fujam da normalidade, com grave repercussão na esfera do agente, no caso inexistente.

O pedido é, pois, improcedente [...]"

Em idêntico teor, confira-se, dentre outros, os seguintes julgados:

Responsabilidade civil - Indenização - Dano moral - **Recusa a empréstimo bancário - Direito do banco de assim proceder, sequer havendo necessidade de motivá-la - Improcedência** corretamente decretada - Apelo improvido. (Apelação nº 0071798-95.2012.8.26.0100. 8ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo. relator Luiz Ambra. Julgamento 25/06/2014). (Grifei)

Ação indenizatória por danos morais - Alegação de recusa de liberação de crédito bancário ao autor, sem qualquer justificativa da instituição financeira, a ensejar indenização por danos morais - O Banco não está obrigado a conceder crédito ao autor, agindo em exercício regular de direito ao não aprovar o mútuo - O **solicitante de crédito não pode pretender imputar à casa bancária a eventual desilusão pela sua não concessão, afinal, a mera expectativa não gera direito adquirido, tampouco repercutindo sobre a reputação e honra do interessado no mútuo, de sorte a inexistir ato ilícito ensejador de dano moral** - Sentença mantida - Recurso negado. [...] (Apelação nº 0007475-08.2011.8.26.0168. 13ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo. Relator Francisco Giaquinto. Julgamento: 30/05/2014). (Grifei)

RESPONSABILIDADE CIVIL - Dano moral - **Recusa de concessão de crédito para compra a prazo** - Cabimento - **Inexistência de ato ilícito - Ato discricionário da requerida, visando à proteção ao crédito - Dano moral - Inocorrência - Situação vexatória não demonstrada - Inexistência de dano a ser reparado - Mero aborrecimento que não pode ser alçado ao patamar de dano moral** - Ação improcedente - Recurso provido. (1ª Câmara de Direito Privado, Apelação n° 994.06.121465-9, rei. Des. Luiz Antônio de Godoy, v.u., j . 09.11.2010) (Grifei)

Desse modo, a sentença prolatada não merece reforma, uma vez que não há que se falar na incidência de dano moral no presente caso. Poderá ter havido - *e certamente ocorreu* - incômodo, dissabor, mero aborrecimento, mas o desgaste gerado terá sido insuficiente para abalar a psique da autora ou colocar em risco

Acesso ao Sumário

a tranquilidade do lar, sem aptidão, pois, para permitir inferência automática de dano moral. Ao menos, não se demonstrou o contrário. (cf. Ap. nº 0005930-16.2010.8.26.0077 - 22ª Câmara de Direito Privado TJSP - 09/02/2012).

Ademais, conforme aduz em Inicial e reitera em sede de Apelação: "*Devido as circunstancias e a necessidade imediata de dinheiro, o filho da apelante, então, se dirige ao banco para poder fazer o financiamento.* ***[...] o financiamento do filho foi prontamente aprovado***" (fl. 198 - grifei), a impossibilidade do financiamento em nome da Apelante sequer afetou a destinação do crédito, qual seja, a cirurgia plástica para a implantação da prótese mamária da filha da Apelante.

Em suma, não merece prosperar a irresignação da Apelante, devendo a r. sentença ser mantida por seus próprios e jurídicos fundamentos.

Ante o exposto, **nego provimento ao presente recurso**.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0005592-98.2012.8.26.0068, da Comarca de Barueri, em que é apelante ANA PATRICIA CORSI PAULINETTI, é apelado NATHUR PARTICIPAÇÕES LTDA..

ACORDAM, em 38ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Consultado o Senhor Advogado, sobre a necessidade da leitura do Relatório, o mesmo dispensou-a. Negaram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 7577)**

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

São Paulo, 13 de agosto de 2014.

FERNANDO SASTRE REDONDO, Relator

Ementa: EMBARGOS DE TERCEIRO. Imóvel. Penhora em execução por título extrajudicial. Notas promissórias emitidas em contrato de compra e venda de imóvel. Discussão do débito que constitui matéria de embargos à execução. Meação. Presunção de ter sido a dívida contraída em benefício da família não afastada. Manutenção da penhora. Sentença mantida. Recurso não provido.

Acesso ao Sumário

VOTO

RELATÓRIO

Embargos de terceiro opostos pela apelante nos autos da execução promovida pela apelada contra seu ex-marido foram, pela r. sentença de fls. 50/55, julgados improcedentes, mantida a penhora que recaiu sobre a meação, condenando-a no pagamento das custas e despesas processuais, bem como honorários advocatícios fixados em R$ 5.000,00, corrigidos desde a propositura da ação e acrescido de juros de mora desde o trânsito em julgado.

Apela a embargante (fls. 67/74). Defende, em síntese, o direito à discussão sobre o débito, reiterando a nulidade da execução por falta de intimação da penhora. Pede, em suma, o acolhimento dos embargos.

Recurso tempestivo, preparado e respondido.

VOTO

O recurso não comporta provimento.

Os embargos visam afastar penhora sobre meação da apelante, tendo ela sido determinada em execução por título extrajudicial movida contra seu ex-marido, que emitira notas promissórias para pagamento de compromisso de compra e venda de imóvel.

E a penhora recaiu, ao que consta[1], justamente sobre os direitos relativos ao compromisso de compra e venda, cujas prestações não foram integralmente quitadas, do que dá conta cópia da sentença proferida nos embargos do devedor (fls. 45/48).

Do exame da petição inicial verifica-se que pretendeu a apelante, além da defesa da meação, desconstituir o título executivo.

No ponto em questão cumpre ressaltar que, consoante jurisprudência "*se a mulher quiser opor-se à dívida contraída pelo marido, a intimação da penhora lhe possibilitará o exercício dessa pretensão nos próprios autos da lide; se, no entanto, pretender afastar a incidência da penhora sobre sua meação, é na posição de terceiro estranha à res in iudicio deducta, que deverá agir, tal como qualquer outro terceiro.*" (RTJ 100/401; citação do voto do Min. Soares Muñoz). No mesmo sentido: TTJ 105/274; STJ-4ª T. Resp 252.854, Min. Sálvio de Figueiredo, j. 29.6.00, DJU 11.9.00)" (in "Código de Processo Civil e legislação processual em vigor, 45ª edição, 2013, nota 16 ao artigo 1.046, p. 1062).

No caso, tendo ela ajuizado os embargos de terceiro, impunha-se o exame do alegado direito à meação, que a sentença corretamente não reconheceu, pois prova não foi produzida de que dívida não tivesse beneficiado a família.

1 Cópia do auto de penhora não foi juntada por qualquer das partes.

Acesso ao Sumário

E a sentença bem anotou que a "*penhora recaiu sobre a parte cabendo do executado sobre seu direito de promitente comprador sobre o imóvel consistente em um terreno urbano designado lote 14 da quadra 23 do loteamento denominado 'Aldeia da Serra Residencial Morada das Flores'. A execução iniciou-se quando ainda a embargante e executado estavam casados e a penhora se efetivou também quando ainda estavam casados. O divórcio, mesmo que efetivada partilha, não afeta a penhora levada a efeito. A dívida foi realizada com o fim de adquirir imóvel para residência da família. A jurisprudência e a doutrina vêm se posicionando de forma uníssona, no sentido de que se presumem a bem da comunhão as dívidas contraídas pelo marido. O entendimento decorre do id quod plearumque accidit, entendido pela doutrina como consubstanciador daquilo que se costuma designar de prova prima facie. Com efeito, a prova prima facie decorre da experiência da vida, daquilo que normalmente acontece e, por isso mesmo, se presume como natural. Porque normalmente acontece, se presume, quando ocorre o fato, que esse fato tenha ocorrido como de praxe, tal como normalmente ocorre. Na sociedade entre marido e mulher, a comunhão é tal que o natural é presumir-se que o marido contraia dívidas em benefício da comunhão. O antinatural é que o marido contraia dívidas para prejudicar a sociedade conjugal (cf. RT 571/214). Segundo dispõe o art. 334, IV do Código de Processo Civil, não dependem de prova os fatos em cujo favor milita a presunção legal de existência ou veracidade. Em consequência, entende-se, e não sem razão, que o ônus da prova compete à mulher, ou ao cônjuge não devedor, contra o qual milita a presunção de que a dívida contraída por seu parceiro o foi a benefício da família, e não ao credor, (...). Assim, considerando que a dívida foi contraída em benefício da comunhão, responde a meação da embargante pelo pagamento da dívida.* (fls. 51/54).

De fato, cabia à embargante comprovar que a dívida contraída pelo marido, ora executado, não trouxe benefício ao casal à época do ajuste. No entanto, dessa prova a embargante não se desincumbiu, de modo a ser lícito presumir que o valor da dívida reverteu em prol do casal à época dos fatos.

É entendimento consolidado na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça no sentido de que a meação do cônjuge responde pelas dívidas contraídas pelo marido, salvo se comprovar não terem sido assumidas em benefício da família, *in verbis*:

> "Art. 1.046: 16c. 'A mulher, judicialmente separada, pode fazer uso dos embargos de terceiro, para defesa de sua meação, em imóvel não partilhado' (JTAERGS 83/357).
>
> Art. 1.046: 17. Em princípio, nos embargos oferecidos para a defesa da meação do cônjuge do devedor, compete ao embargante o ônus da prova de que a dívida contraída pelo executado não beneficiou a família. Assim: 'A meação da mulher casada não responde pela dívida contraída

Acesso ao Sumário

exclusivamente pelo marido, exceto quando em benefício da família. É da mulher o ônus de provar que a dívida contraída pelo marido não veio em benefício do casal, não se tratando, na espécie, de aval' (STJ-4ª T., REsp 335.031, Min. Sálvio de Figueiredo, j. 16.10.01, DJU 4.2.02)." (notas 16c e 17 ao artigo 1.046, *in* "Código de Processo Civil e legislação processual em vigor", Editora Saraiva, 46ª edição, 2014, p. 1.081).

"AGRAVO REGIMENTAL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. MEAÇÃO. DÍVIDA CONTRAÍDA PELO CÔNJUGE VARÃO. BENEFÍCIO DA FAMÍLIA. ÔNUS DA PROVA. NÃO PROVIMENTO.

1. 'A mulher casada responde com sua meação, pela dívida contraída exclusivamente pelo marido, desde que em benefício da família. Compete ao cônjuge do executado, para excluir da penhora a meação, provar que a dívida não foi contraída em benefício da família.'

(AgR-AgR-AG n. 594.642/MG, Rel. Min. Humberto Gomes de Barros, DJU de 08.05.2006).

2. (...)

3. Agravo regimental a que se nega provimento". (AgRg no Ag 1322189 / SP-AgRg no Ag 2010/0108783-9, Relatora Ministra Maria Isabel Gallotti, T4, J. 17/11/2011, DJe 24/11/2011).

"PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DECLARATÓRIOS. PROPÓSITO NITIDAMENTE INFRINGENTE. RECEBIMENTO COMO AGRAVO REGIMENTAL. POSSIBILIDADE. PRODUÇÃO DE PROVA. SUFICIÊNCIA DAS PROVAS DOS AUTOS. MAGISTRADO. DESTINATÁRIO PROVA. MEAÇÃO. DÍVIDA CONTRAÍDA PELO CÔNJUGE VARÃO. BENEFÍCIO DA FAMÍLIA. ÔNUS DA PROVA.

I.- Sendo o magistrado o destinatário da prova, a ele cabe decidir sobre o necessário à formação do próprio convencimento, sendo inviável a esta Corte alterar decisão que indeferiu pedido de produção de prova, porquanto esbarraria no teor da Súmula n. 7/STJ.

II. 'A mulher casada responde com sua meação, pela dívida contraída exclusivamente pelo marido, desde que em benefício da família. - Compete ao cônjuge do executado, para excluir da penhora a meação, provar que a dívida não foi contraída em benefício da família.' (AgR-AgR-AG n. 594.642/MG, Rel. Min. Humberto Gomes de Barros, DJU de 08.05.2006).

III. *In casu*, o Tribunal estadual entendeu, após apreciar os elementos probatórios, que a agravante não se desincumbiu desse ônus. Incide portanto, a Súmula n. 7/STJ. IV. Embargos declaratórios recebidos como agravo regimental, improvido este". (AgRg no Ag 1239052/SE. Agravo Regimental no Agravo de Instrumento 2009/00218570-8, Relator

Acesso ao Sumário

Ministro Aldir Passarinho Junior, T4, j. 17/8/2010, DJe 6.9.2010).

Igual é o entendimento desta Corte:

"EMBARGOS DE TERCEIRO - Mulher casada - Meação - Dívida contraída pelo marido - Alegação de que o empréstimo não veio em benefício da família - Ônus da prova da esposa - Ausência de prova nesse sentido - Recurso improvido." (TJSP, Apelação nº 0090721-23.2008, Relator Candido Alem, 16ª Câmara de Direito Privado, j. 24.4.2012).

"EMBARGOS DE TERCEIRO - EXECUÇÃO - PENHORA - CÔNJUGE - DEFESA DA MEAÇÃO - DÍVIDA CONTRAÍDA EM FAVOR DO PATRIMÔNIO FAMILIAR - PRESUNÇÃO. Constitui ônus do cônjuge a prova de que a dívida contraída pelo outro não foi revertida em benefício da família - Embargos Infringentes acolhidos". (TJSP, Embargos Infringentes nº 9164095-50.2007.8.26.0000/50001, Relator Paulo Pastore Filho, j. 31.1.2012).

Por fim, tocante à falta de intimação da penhora, também alegada, tal irregularidade foi sanada com a oposição dos presentes embargos.

Sobre o tema, precedente desta Corte:

"Embargos de terceiro - Falta de intimação do cônjuge do executado acerca da penhora - Irregularidade sanada pela oposição dos embargos de terceiro (...)." (TJSP, Apel. nº 9052894-87.2006.8.26.0000, Rel. Des. Carlos Henrique Miguel Trevisan, 21ª Câmara de Direito Privado, j. 02.03.2011).

A sentença não comporta reparo devendo ser mantida, inclusive por seus fundamentos.

Ante o exposto, nego provimento ao recurso.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0112427-14.2012.8.26.0100, da Comarca de São Paulo, em que são apelantes ROSETTA STONE LTD. e ROSETTA STONE ENSINO DE LÍNGUAS LTDA., é apelado CÉSAR COTA DO ÁLAMO.

ACORDAM, em 1ª Câmara Reservada de Direito Empresarial 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 21581)**

O julgamento teve a participação dos Exmo. Desembargadores ENIO ZULIANI (Presidente sem voto), FRANCISCO LOUREIRO e FORTES

Acesso ao Sumário

BARBOSA.

São Paulo, 14 de agosto de 2014.

TEIXEIRA LEITE, Relator

Ementa: REGISTRO DE DOMÍNIO NA INTERNET. Ação cominatória para abstenção de uso indevido de marca c.c. indenização. Marca titularizada pelas apelantes que não é notória, de modo que o registro do domínio "rosettastone.com.br", por si só, não implica violação de direito. Princípio do "first come, first served". Blog mantido pelo apelado que, todavia, não tem utilidade econômica ou intelectual para o seu titular, tampouco para os que venham a consultar a página. Ofensa à função social da propriedade. Finalidade exclusiva de obter lucro com a venda do domínio para as apelantes, que foi demonstrada, o que configura a ilícita prática de "cybersquatting". Prejuízo material não demonstrado. Dano moral, todavia, que se verifica. Condenação do apelado a abster-se de usar o domínio, bem como a transferi-lo às apelantes, além do pagamento de indenização por danos morais no total de R$ 20.000,00. Sentença reformada. Recurso parcialmente provido.

VOTO

Trata-se de apelação tirada da r. sentença de fls. 343/346, que julgou improcedente a ação de abstenção de uso de marca com pedido de indenização, ajuizada por ROSETTA STONE LTDA. e ROSETTA STONE ENSINO DE LÍNGUAS LTDA. contra CÉSAR COTA DO ÁLAMO, entendendo o d. Magistrado que embora detenham as apelantes a titularidade da marca "Rosetta Stone", a expressão, na realidade, refere-se a artefato histórico (pedra de roseta, em português), de modo que não seria inédita, a evidenciar o alegado uso indevido. Ademais, asseverou o d. Magistrado que o ramo de atuação das partes (ensino de idiomas pelas apelantes e *blog* sem fins lucrativos para debate sobre a história das linguagens pelo apelado) é totalmente diferente, razão pela qual não se constata a captação indevida de clientela, a sugerir a configuração de concorrência desleal.

Acesso ao Sumário

As apelantes, inconformadas, reiteram nas suas razões (fls. 350/382), a tese de que o apelado, ciente da notoriedade da marca "Rosetta Stone", registrou o domínio de *internet* "rosettastone.com.br" a fim de locupletar-se

indevidamente, o que se deu não apenas através do desvio de clientela (já que o apelado também atua no segmento de desenvolvimento e licenciamento de programas de computador customizáveis), mas também diante da proposta de venda ou de parceria sobre o domínio, que relação nenhuma possuiria com a finalidade do *blog* mantido pelo apelado. Assim, sob o fundamento de que estaria configurada a prática de *cybersquatting*, requerem seja dado provimento ao recurso, com condenação do apelado a abster-se de utilizar o domínio em questão, o qual deverá ser a elas transferido sem qualquer ônus, além da condenação ao pagamento de indenização por perdas e danos materiais e morais, a serem apurados em liquidação de sentença.

Contrarrazões às fls. 413/436, com preliminar de não conhecimento, e pedido de que expressões empregadas nas razões de apelação, que reputa o apelado como injuriosas, sejam riscadas.

É o relatório.

De início, afasto a preliminar de não conhecimento do recurso, uma vez que não se vislumbra qualquer inovação da tese sustentada na petição inicial, agora em sede de apelação.

Pelo contrário, do que se constata, foi reiterada a argumentação já expendida nos autos, com menção, apenas, de que o caso se enquadra aos termos da mais recente jurisprudência sobre o tema, que ressalta a necessária relação entre a atividade desempenhada pelo titular do domínio e a expressão ou marca nele empregada.

O mesmo se diga com relação aos documentos juntados, que em nada ofendem ao devido processo legal ou contraditório, já que apenas colocam em destaque uma realidade fática já constante dos autos, e que poderia ser aferida facilmente a qualquer tempo.

Portanto, o caso é de conhecimento do recurso, que bem atende aos pressupostos de admissibilidade exigidos na legislação processual.

Não há que se falar, de outro norte, em ofensa ao disposto no art. 15 do Código de Processo Civil.

Com efeito, o emprego das expressões "vigarista" e "grilheira da internet" foi devidamente justificado, esclarecendo as apelantes que, no primeiro caso, buscava-se ressaltar a atitude enganadora do apelado no que tange ao conteúdo do seu *blog* - fato que não foi sequer questionado por ele - e, no segundo, fazer referência à sua conduta reiterada de proceder ao registro de domínios que, a final, não utiliza.

Não se trata, portanto, de injúria, mas sim de expressões com forte conteúdo semântico, qualificando a conduta do apelado no caso específico em debate, e não a eventual atributo pessoal dele, coadunando-se à linha de argumentação adotada.

Acesso ao Sumário

Assim, o caso é de indeferimento do pleito para que sejam tarjadas as palavras em comento.

No mérito, respeitada convicção diversa, assiste razão às apelantes, ao menos em parte.

De fato, a controvérsia instaurada versa não apenas sobre o uso indevido da marca "Rosetta Stone" pelo apelado, que agiria em concorrência desleal, mas também sobre a sua conduta consistente em proceder ao registro de domínio de *internet* de marcas já existentes ou que podem vir a ser criadas, para posterior negociação com os seus titulares, o que se denomina *cybersquatting*.

No que se refere ao primeiro ponto (uso de marca notória), sobreleva mencionar que, conquanto considerado o porte da empresa matriz a que se vinculam as apelantes, a qual exerce suas atividades em pelo menos quatorze países, tendo em vista que a sua atuação especificamente no Brasil teve início apenas no ano de 2011, quando registrado o contrato social da *holding* brasileira (fls. 48/61), a notoriedade da marca (que foi registrada somente nos Estados Unidos), não se constata.

Some-se a isso, a circunstância de que o objeto social das apelantes consiste em fornecimento de *softwares* e aplicativos voltados ao aprendizado de idiomas, de modo que o público alvo é mais restrito e diferenciado, não atingindo à grande massa de consumidores, a exemplo do que ocorre com algumas marcas de bebidas e restaurantes.

Como se sabe, para que uma marca seja reputada notória, é preciso que preencha os seguintes requisitos: "*1) permita ao consumidor, independentemente de seu grau de instrução, distinguir, de imediato, um produto ou um serviço por ela identificado; 2) seja conhecida em todas as regiões do País sem distinção de nível socioeconômico dos seus habitantes; 3) pelo seu poder atrativo exerça tal magnetismo que independa de sua aplicação em um determinado produto ou serviço; e 4) tenha atingido alto conceito no mercado devido à excepcional qualidade dos produtos ou serviços que assinala*" **(JOSÉ HENRIQUE PIERANGELI, Crimes contra a propriedade industrial e crimes de concorrência desleal, São Paulo: RT, 2003, p. 69).**

Isso, todavia, não ocorre no caso em exame, o que provavelmente decorre do pouco tempo de atuação das apelantes no mercado de consumo brasileiro, bem como do perfil diferenciado do público alvo dos produtos e serviços oferecidos (interessados em aprender idioma estrangeiro, através de recursos de informática).

Nesse sentido, em um primeiro momento, o registro do domínio "rosettastone.com.br" pelo apelado, não representaria por si só qualquer violação de direito, especialmente se considerado tratar-se de expressão designativa de um artefato histórico utilizado para a compreensão dos hieróglifos egípcios que,

portanto, não é inédita. Além disso, no âmbito do registro de domínio, aplica-se o princípio denominado "*First Come, First Served*", pelo qual é titular de um domínio aquele que primeiramente efetivar o seu registro, perante as entidades responsáveis por esse serviço.

No entanto, verifico que constam dos autos provas contundentes de que o registro do domínio em questão, pelo apelado, não se tratou de mera coincidência decorrente do emprego de expressão conhecida, mas sim de uma manobra ardilosa com o fim de locupletar-se indevidamente à custa das apelantes, não havendo dúvida sobre a configuração da prática denominada *cybersquatting* a qual, embora não regulamentada especificamente na legislação pátria, por implicar em clara ofensa à função social da propriedade, além de abuso de direito, deve ser repudiada.

Quanto aos elementos de convicção que conduzem a essa conclusão, enumera-se: *(i)* a oferta de venda ou parceria quanto ao uso do domínio já no primeiro momento em que estabelecido contato entre as partes, denotando desinteresse do apelado em efetivamente fazer uso dele (fls. 176); *(ii)* o início das postagens no *blog* mantido pelo apelado foi em data posterior à notificação extrajudicial encaminhada pelas apelantes solicitando a abstenção do uso de marca (fls. 177/181 e 182/184); *(iii)* a menção expressa e em local de destaque de que o *blog* do apelado não tem finalidade de lucro, o que não é comum em páginas análogas, evidenciando a clara intenção de justificar as imputações realizadas pelas apelantes; *(iv)* a justificativa exposta no *blog* de que a expressão Roseta de Pedra foi empregada em inglês, como forma de viabilizar a expansão do alcance dos debates travados no canal, para nível mundial, certo de que atualmente, decorridos três anos do início das atividades, possui apenas oito publicações, estando longe de atingir esse objetivo; *(v)* o fato de o apelado atuar no ramo de informática e se propor a desenvolver um *blog* sobre a história das linguagens, limitando-se a publicar *posts* de cunho filosófico (embora a informática também tenha a sua linguagem), inclusive plagiando textos de outros autores, sem indicar a fonte; *(vi)* a circunstância de possuir o apelado outros cinco domínios registrados em seu nome, todos adotando um formato claramente comercial (ex.: "virtualdatacenter", "intensivesystems" etc), dos quais quatro estão absolutamente inativos, é dizer, não são por ele utilizados para fim algum.

Como anteriormente referido, no sistema jurídico atual a função social da propriedade assume posição de destaque, com *status* até mesmo constitucional, integrando o rol de direitos e garantias individuais (art. 5º, XXIII), além de também ser tratado pelo art. 1.228 do Código Civil, no âmbito das relações privadas.

Através dessa nova sistemática, as faculdades inerentes ao direito de propriedade, quais sejam, uso, gozo e fruição, não mais possuem contornos

Acesso ao Sumário

absolutos, devendo sempre guardar uma relação de proveito e utilidade, tanto para o seu titular (sob o ponto de vista econômico), como para a coletividade em que se insere (no âmbito social).

Sobre o tema, relevantes os ensinamentos de **Francisco Eduardo Loureiro**:

> *"Questiona-se se o poder de usar a coisa, em última análise, envolve também a prerrogativa de não a usar, ou até mesmo de destruí-la, sob a fórmula medieval do jus abutendi. O moderno entendimento é o de que tanto a faculdade de não usar, como a de consumir ou mesmo a de destruir a coisa estão subordinadas à função social da propriedade. Claro que pode o proprietário guardar a coisa, mantê-la inerte, ou mesmo destruir a sua substância, dada a natureza consumível dos bem. Tais prerrogativas são lícitas,* ***desde que, diante das circunstâncias do caso concreto, não forem contra a natureza ou destinação econômica do bem.***
>
> *(...)*
>
> *A função social é um poder-dever do proprietário de dar ao objeto da propriedade determinado destino, de vinculá-lo a certo objetivo de interesse coletivo. Não pode ser encarada como algo exterior à propriedade, mas como elemento integrante de sua própria estrutura. Os limites legais são intrínsecos à propriedade. Fala-se não mais em atividade limitativa, mas conformativa do legislador."* (**Código Civil Comentado - Doutrina e Jurisprudência**. Coord. Cezar Peluso. Barueri: Manole, 2007, p. 1044 e 1046).

Em concreto, verifica-se que a titularidade do registro do domínio "rosettastone.com.br" pelo apelado não tem uma finalidade legítima, tampouco uma utilidade econômica ou intelectual relevante para ele ou para quem quer que venha a acessar o *blog*, de modo que, em última análise, contraria a sua função social.

Com efeito, se não atua o apelante no ramo de comunicação ou letras, se não se propõe a desenvolver em seu *blog* debates versando sobre temas do seu conhecimento técnico (na área da informática), se veio a se utilizar de textos plagiados para dar ao *blog* "Rosetta Stone" uma aparência de franca atividade e, por fim, se faz quase um ano que o *blog* - que conta com apenas oito publicações realizadas em três anos - não é nem mesmo atualizado, não é possível vislumbrar qual a finalidade do apelado em manter o registro do domínio. E mais, não se compreende nem mesmo o motivo pelo qual veio a criá-lo, certo de que a expressão não é de uso corriqueiro, tampouco se relaciona diretamente com a proposta da página mantida.

Acesso ao Sumário

O **C. Superior Tribunal de Justiça**, em recente julgado sobre a questão do domínio na *internet*, ponderou que o afastamento da regra "*First Came, First Served*", somente seria possível se comprovada a má-fé do seu titular ao proceder o registro. É o que se infere da **ementa** que segue:

"RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE ABSTENÇÃO DE USO. NOME EMPRESARIAL. MARCA. NOME DE DOMÍNIO NA INTERNET. REGISTRO. LEGITIMIDADE. CONTESTAÇÃO. AUSÊNCIA DE MÁ-FÉ. DIVERGÊNCIA JURISPRUDENCIAL NÃO DEMONSTRADA. AUSÊNCIA DE SIMILITUDE FÁTICA. 1. A anterioridade do registro no nome empresarial ou da marca nos órgãos competentes não assegura, por si só, ao seu titular o direito de exigir a abstenção de uso do nome de domínio na rede mundial de computadores (internet) registrado por estabelecimento empresarial que também ostenta direitos acerca do mesmo signo distintivo. 2. No Brasil, o registro de nomes de domínio é regido pelo princípio "First Come, First Served", segundo o qual é concedido o domínio ao primeiro requerente que satisfizer as exigências para o registro. 3. A legitimidade do registro do nome do domínio obtido pelo primeiro requerente pode ser contestada pelo titular de signo distintivo similar ou idêntico anteriormente registrado - seja nome empresarial, seja marca. 4. Tal pleito, contudo, não pode prescindir da demonstração de má-fé, a ser aferida caso a caso, podendo, se configurada, ensejar inclusive o cancelamento ou a transferência do nome de domínio e a responsabilidade por eventuais prejuízos. 5. No caso dos autos, não é possível identificar nenhuma circunstância que constitua sequer indício de má-fé na utilização do nome pelo primeiro requerente do domínio. 6. A demonstração do dissídio jurisprudencial pressupõe a ocorrência de similitude fática entre o acórdão atacado e os paradigmas. 7. Recurso especial principal não provido e recurso especial adesivo prejudicado." (**REsp nº 658789/RS, Rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, j. 05/09/2013**).

No caso em análise, mais do que má-fé, deixa o apelado de atribuir uma utilidade relevante ao domínio, o que certamente não ocorreria com as apelantes, que através dele poderiam desenvolver o seu objeto social, sua atividade econômica.

Assim sendo, patente a configuração de *cybersquatting*, ato ilícito que justifica a reparação civil pretendida.

Embora não seja possível inferir, pelas provas coligidas aos autos, o dano material (perdas e danos) alegado na petição inicial, já que a captação de clientela não foi minimamente demonstrada, acredito que pelas razões acima expostas, houve clara ofensa moral aos interesses das apelantes, extrapolando a conduta do apelado aos limites do mero aborrecimento.

Nesse sentido, e até em atenção à função punitiva de que se reveste essa espécie de indenização, a qual deve atender, outrossim, a uma dupla função, visando não só reparar o prejuízo, minimizando os danos sofridos mas também, punir o ofensor, para que não volte a reincidir, assegurando uma justa compensação, sem incorrer em enriquecimento ilícito por parte de quem a recebe, com consequente ruína daquele responsável pelo seu pagamento, deve

Acesso ao Sumário

ela ser estipulada em R$ 10.000,00 para cada apelante, totalizando, assim, R$ 20.000,00.

Como decorrência, fica o apelado condenado à transferência do domínio "rosettastone.com.br" em benefício das apelantes, no prazo de 30 dias a contar do trânsito em julgado, sob pena de multa diária a ser arbitrada, se o caso, pelo MM. Juízo *a quo*, segundo o seu prudente critério.

Logo, o caso é de reforma da r. sentença para o fim de: **a)** condenar o apelado ao pagamento de indenização por danos morais em favor das apelantes, no total de R$ 20.000,00 (R$ 10.000,00 para cada uma), com incidência de correção monetária a contar deste julgamento (Súmula nº 362 do STJ), além de juros de mora de 1% ao mês, a partir da data do ato ilícito, isto é, 19/05/2011 fls. 176 - (Súmula nº 54 do STJ); **b)** condenar o apelado a abster-se de utilizar o domínio "rosettastone.com.br", o qual deverá ser transferido às apelantes no prazo de 30 dias a contar do trânsito em julgado, sob pena de multa diária, a ser fixada na origem, se o caso.

Diante da sucumbência recíproca, cada parte arcará com as custas já despendidas, bem como com os honorários dos seus advogados (art. 21 do Código de Processo Civil).

Ante o exposto, voto pelo ***provimento parcial do recurso***.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0023879-61.2009.8.26.0506, da Comarca de Ribeirão Preto, em que são apelantes B2W VIAGENS E TURISMO LTDA. e CETELEM BRASIL S.A. - C.F.I., é apelado MARIA CLAUDIA JENDIROBA LAZZARETTI.

ACORDAM, em 26ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram parcial provimento aos recursos, nos termos em que constarão do acórdão. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 24.045)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores FELIPE FERREIRA (Presidente) e VIANNA COTRIM.

São Paulo, 30 de julho de 2014.

RENATO SARTORELLI, Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: COMPRA E VENDA DE PASSAGENS AÉREAS - COBRANÇA INDEVIDA - INSCRIÇÃO DO NOME DA CONSUMIDORA EM CADASTRO

DE PROTEÇÃO AO CRÉDITO - DANO MORAL CONFIGURADO - RECURSOS PARCIALMENTE PROVIDOS PARA REDUZIR O *QUANTUM* INDENIZATÓRIO.

A reparação do dano moral se opera por força do simples fato da violação de modo a tornar-se desnecessária a prova do prejuízo em concreto.

VOTO

Ação declaratória de inexistência de débito cumulada com indenização por danos materiais e morais julgada procedente pela r. sentença de fls.172/178, cujo relatório adoto.

Inconformadas, apelam as rés.

B2W Viagens e Turismo Ltda., de um lado, alega, em apertada síntese, a inexistência de danos morais já que os fatos narrados na inicial caracterizam mero aborrecimento. Alternativamente, pleiteia a redução do valor da indenização.

Cetelem Brasil S/A Crédito Financiamento e Investimento, de outro lado, sustenta que não praticou nenhum ilícito e que, a despeito do pedido de cancelamento feito pela autora, somente está autorizada a suspender a cobrança com autorização do estabelecimento em que a transação foi ajustada, o que não ocorreu. Aduz, ainda, que apenas administra os pagamentos, não interferindo nas relações entre cliente e estabelecimento. Por fim, nega a ocorrência de danos morais, insistindo na improcedência da ação com a inversão dos ônus da sucumbência. Alternativamente, busca a redução do ***quantum*** indenizatório.

Recursos respondidos e preparados.

É o relatório.

A autora adquiriu da primeira ré, Submarino Viagens, duas passagens internacionais para seus genitores, no valor total de R$ 5.103,54 (cinco mil, centro e três reais e cinquenta e quatro centavos), parcelado em seis vezes, com embarque previsto para 14/04/2009 e retorno dia 07/05/2009.

Por motivo de doença, em fevereiro de 2009, a autora solicitou o cancelamento das passagens à ré, que exigiu o pagamento de multa equivalente a US$ 392,00 (trezentos e noventa e dois dólares), mais US$ 50,00 (cinquenta dólares), por passageiro, referentes à taxa de administração.

Discordando da cobrança desses valores, a autora suspendeu o pagamento das parcelas restantes, o que deu azo à inscrição de seu nome no SCPC pela segunda ré, CETELEM.

A relação entre as partes é de consumo e ambos os demandados são partícipes da mesma cadeia de prestação de serviços, devendo, por isso,

Acesso ao Sumário

responder conjuntamente pelos danos morais causados à consumidora, não se afigurando lícito que a parceria existente entre o comerciante e a financeira prejudique, sob qualquer pretexto, a cliente.

Neste sentido, irretocáveis os fundamentos exarados na sentença combatida, cujos fundamentos ficam aqui expressamente adotados, nos termos do artigo 252 do Regimento Interno deste Tribunal:

> ***"O cancelamento da viagem com antecedência de pouco mais de dois meses é incontroverso, eis que não contrariado em contestação e demonstrado pelo início das correspondências eletrônicas em 05.02.2009 (fls.36).***
>
> ***Tratando-se de nítida relação de consumo, constitui cláusula manifestamente abusiva e, portanto, ilegal, a perda de todo o valor pago pelo consumidor em caso de desistência ou a perda de parcela substancial do montante pago.***
>
> ***No caso, o contrato foi cancelado com razoável prazo de antecedência, de modo a restar injustificado e abusivo o arbitramento de multa no total de US$ 392,00, pelos dois passageiros quando comparado com o valor já pago pela consumidora com o adimplemento de metade das parcelas avençadas (R$ 2.551,77).***
>
> ***Nestes termos, reputo devida a restituição do quantum pago, abatida multa devida à operadora de viagem pela desistência que fixo, por equidade, em 10% do valor pago, excluído, outrossim, o abatimento de 'taxa de administração', modo velado, indireto da operadora aumentar o valor da ser deduzido e, portanto, abusivo"*** *(cf. fl.175).*

A falta de diligência e trato no atendimento à consumidora é evidente, pois teve seu nome negativado em decorrência da imposição unilateral de multa notoriamente abusiva, acrescida de taxa de administração, expediente utilizado para majorar o valor a ser restituído.

Isso já é suficiente para o reconhecimento do direito à indenização por dano moral, que nasce do próprio ato, do lançamento irregular e injusto. Nada é necessário provar. O dano ocorre ***in re ipsa***, mostrando-se indissociável a responsabilidade solidária das rés.

No mais, para a estimativa do ressarcimento incumbe ao juiz levar em conta critérios de proporcionalidade e razoabilidade, atendidas as condições do ofensor, do ofendido e do bem jurídico lesado.

Na esteira da jurisprudência predominante do E. Superior Tribunal de Justiça *"não só a capacidade econômico-financeira da vítima é critério de análise para o arbitramento dos danos morais, sendo levado em conta, também, à míngua de requisitos legais, a capacidade econômico-financeira do ofensor, as circunstâncias concretas onde o dano ocorreu e a extensão do dano" (REsp.*

Acesso ao Sumário

n° 700.899- RN, Rel. Min. Humberto Martins).

Sopesadas as circunstâncias que envolvem o caso concreto, quais sejam, a capacidade econômica das partes, a extensão do sofrimento experimentado pela autora e o grau de culpabilidade das rés, tenho para mim que o ressarcimento por dano moral deve ficar acomodado no patamar de R$ 5.000,00 (*cinco mil reais*), com atualização monetária a partir desta data (*Súmula nº 362 do E. Superior Tribunal de Justiça*), quantia suficiente para atender ao princípio da razoabilidade, evitando a insignificância da indenização, assim como o enriquecimento sem causa da ofendida.

A redução da indenização, a título de dano moral, não implica sucumbência recíproca (*Súmula nº 326 do STJ*).

Ante o exposto, dou parcial provimento aos recursos para reduzir o valor da indenização por danos morais, nos termos do acórdão, mantida, no mais, a r. sentença.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0033218-93.2012.8.26.0003, da Comarca de São Paulo, em que é apelante JANAÍNA GUSSON SILVA, é apelado FINANCEIRA ITAÚ CBD CRÉDITO, FINANCIAMENTO E INVESTIMENTOS.

ACORDAM, em 37ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "(Consultado sobre a necessidade de leitura do Relatório, o Senhor Advogado a dispensou.) Negaram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 13880)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores JOSÉ TARCISO BERALDO (Presidente) e ISRAEL GÓES DOS ANJOS.

São Paulo, 5 de agosto de 2014.

AFONSO BRÁZ, Relator

Ementa: AÇÃO DE INEXIGIBILIDADE DE DÉBITO C/C INDENIZAÇÃO. DANOS MORAIS E MATERIAIS. CONTA CORRENTE. CARTÃO MAGNÉTICO. OPERAÇÕES BANCÁRIAS, CUJA AUTORIA É NEGADA PELA CORRENTISTA. FRAUDE. Inadmissibilidade. Hipótese em que a autora admite que confiou o cartão e a senha ao

Acesso ao Sumário

marido. Dever de guarda do cartão violado pela própria autora, que ao agir desse modo, deve arcar com os riscos de sua conduta. Não constatada falha do Banco na hipótese dos autos. Indenização indevida. Litigância de má-fé caracterizada. Decisão bem fundamentada. Ratificação nos termos do artigo 252, do Regimento Interno deste Tribunal de Justiça. RECURSO DESPROVIDO.

VOTO

A r. sentença de fls. 421/423, de relatório adotado, julgou improcedente a ação declaratória de inexigibilidade de débito c/c indenização ajuizada por Janaína Gusson Silva em face de Financeira Itaú S/A Crédito Financiamento e Investimento. Condenou a autora ao pagamento das custas, despesas processuais e honorários advocatícios fixados em 20% sobre o valor atualizado da causa.

Apela a autora (fls. 427/439) insistindo na inexigibilidade do débito, bem como na condenação da apelada ao pagamento de indenização por danos morais. Alega que a prova pericial não demonstrou se o cartão foi ou não clonado, bem como não comprovou que as transações impugnadas foram realizadas por ela, na qualidade de titular do cartão, ou por seu esposo. Afirma que "*... ao contrário da sentença, não há absolutamente nenhuma necessidade de ser perito em tecnologia da informação para afirmar que o laudo pericial perdeu o foco e não determinou quem realizou os lançamentos em outros estados.*" (fls. 436). Aduz que, em razão da inversão do ônus da prova decretado na fase instrutória e sem a prova da autoria dos lançamentos impugnados, deve a apelada ser responsabilizada pelo prejuízo financeiro causado à apelante. Requer a reforma da sentença.

O recurso foi regularmente processado, com a apresentação de contrarrazões às fls. 458/484.

É o relatório.

O recurso não merece provimento, devendo a sentença ser confirmada por seus próprios fundamentos.

Verifica-se, portanto, ser hipótese de aplicação do permissivo contido no artigo 252, do Regimento Interno deste Tribunal, que possibilita ao Relator, nos recursos em geral, "*limitar-se a ratificar os fundamentos da decisão recorrida, quando suficientemente motivada, houver de mantê-la*".

Importante ressaltar que a aplicabilidade do mencionado artigo encontra respaldo em jurisprudência do Egrégio Superior Tribunal de Justiça: Resp. nº 662.272-RS, Segunda Turma, Relator Ministro João Otávio Noronha, DJ 27.09.2007; Resp. nº 641.963-ES, Segunda Turma, Relator Ministro Castro

Meira, DJ 21.11.2005; Resp. nº 592.092-AL, Segunda Turma, Relatora Ministra Eliana Calmon, DJ 17.12.2004; e Resp. nº 265.534-DF, Quarta Turma, Relator Ministro Fernando Gonçalves, DJ 01.12.2003.

Assim, tendo a sentença analisado corretamente as questões suscitadas pelas partes, desnecessária a repetição pormenorizada dos termos nela dispostos, impondo-se a aplicação da norma acima mencionada.

A propósito, decidiu o Magistrado sentenciante:

"Improcede a ação.

Na petição inicial, Janaína afirma que jamais divulgou a terceiros a senha secreta do cartão (fls. 4, 5º parágrafo). Contudo, no diálogo mantido com o serviço de atendimento ao cliente, a autora admitiu que o cartão era utilizado por seu marido (fls. 284 - transcrição feita pelo Perito). Aliás, durante o atendimento telefônico ficou claro que o cartão estava em poder do marido (fls. 285 - destaques da cor vermelha).

O Expert judicial foi categórico: a) o perfil das despesas impugnadas não condiz com uso fraudulento do plastic Money; b) é possível afirmar, tecnicamente, que todas as despesas foram feitas com o cartão original e mediante o uso da senha respectiva (fls. 223).

Ao cabo da fase instrutória, é possível concluir que a Financeira desincumbiu-se do ônus probandi (invertido por mim, com base no CDC, a fls. 106).

(...)

O aumento de limite de crédito, detalhadamente abordado nos esclarecimentos periciais (fls. 400/401), por si só, não tem o condão de gerar declaração de inexistência do débito ou condenação da ré ao pagamento de verba indenizatória." (fls. 422).

Oportuno consignar que cabe ao correntista zelar pessoalmente pela guarda de seu cartão magnético e sigilo de sua senha pessoal. Não pode ceder o cartão a quem quer que seja, muito menos fornecer sua senha a terceiros, ainda que seja seu marido. Ao agir desse modo, a apelante passou a assumir os riscos de sua conduta, que contribui para que seja vítima de fraudadores e estelionatários.

Assim sendo, não evidenciada falha da instituição financeira no evento narrado nos autos, não faz jus a apelante ao ressarcimento de valores, nem a indenização por danos morais.

Diante das circunstâncias dos autos, restou caracterizada má-fé processual da apelante, por ter deduzido pretensão com alteração da verdade dos fatos (art. 17, II, CPC), pois sabia que os débitos eram legítimos e, mesmo assim, promoveu ação judicial, sob alegação de fraude.

Acesso ao Sumário

Nessas condições, deve a apelante ser condenada, como litigante de má-fé, ao pagamento de multa de 1% sobre o valor da causa e indenização fixada em 10% sobre o mesmo valor (artigo 18 CPC).

Deve, portanto, ser mantida a sentença exarada pelo Dr. MARCO ANTONIO BOTTO MUSCARI em todos os seus termos.

Por fim, considerando os 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 pelas partes.

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

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0010903-13.2013.8.26.0011, da Comarca de São Paulo, em que é apelante FUNDO GARANTIDOR DE CRÉDITOS - FGC, são apelados RODRIGO DE SALAZAR E FERNANDES e CECÍLIA FARIAS GIUSTI.

ACORDAM, em 37ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "(Consultado sobre a necessidade de leitura do Relatório, o Senhor Advogado a dispensou.) Deram provimento em parte ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 13.965)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores JOSÉ TARCISO BERALDO (Presidente) e SERGIO GOMES.

São Paulo, 5 de agosto de 2014.

ISRAEL GÓES DOS ANJOS, Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: AÇÃO DE COBRANÇA - RESERVAS FINANCEIRAS NO BANCO BVA S/A LIQUIDADO PELO BANCO CENTRAL DO BRASIL - CRÉDITOS GARANTIDOS PELO FUNDO GARANTIDOR DE CRÉDITO - FGC - Pagamento de R$ 70.000,00 de acordo com a Resolução nº 4.087/12 da época da intervenção. Determinação pela r. sentença do pagamento do restante do crédito que

os autores tinham no Banco BVA S/A, de acordo com a Resolução nº 4.222/13, do Banco Central do Brasil. Alegação de que o novo valor da garantia de R$ 250.000,00 passou a vigorar para eventos ocorridos após 23.5.2013. Autores que já haviam recebido parte de seus investimentos. Pretensão do réu de que seja afastada a determinação de pagamento dos créditos remanescentes. INADMISSIBILIDADE: Cabível o pagamento dos créditos remanescentes de acordo com a Resolução nº 4.222/13 que entrou em vigor na data de sua publicação em 23.5.2013 e que revogou a as Resoluções ns. 4.087/2012 e 4.115/2012. Sentença mantida nessa parte.

INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS – Fixada indenização por danos morais em R$ 15.000,00 para cada autor. Pretensão do réu de que seja afastado ou reduzido seu valor. ADMISSIBILIDADE - Somente se dá o dano moral quando a parte sofre comprovado abalo em sua estima pessoal, com notório constrangimento na sua auto valoração. Isso não ocorreu. O mero incômodo e o desconforto de algumas circunstâncias que o homem médio tem de suportar em razão da vida em sociedade não servem para a concessão de indenização.

RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.

VOTO

Vistos.

Trata-se de recurso de apelação interposto por Fundo Garantidor de Crédito - FGC contra a r. sentença de fls. 238/242, cujo relatório se adota, que julgou parcialmente procedente o pedido na ação de cobrança cumulada com indenização por danos morais ajuizada por Rodrigo de Salazar e Fernandes e Cecília Farias Giusti, para condenar o réu a pagar a cada um dos réus o restante de crédito a que tinham no Banco BVA, até o limite de R$ 250.000,00, excluindo-se o que já foi pago anteriormente. Tais valores devem ser corrigidos monetariamente desde 23 de maio de 2013 (data da entrada em vigor da nova Resolução que aumentou o limite da garantia), e com juros de mora a contar da citação. Condenou ainda o requerido ao pagamento de indenização por danos morais no valor de R$ 15.000,00 para cada um dos autores, corrigido e com juros moratórios a contar desta data, bem como o pagamento das custas,

Acesso ao Sumário

despesas processuais e de honorários advocatícios fixados em 20% sobre o valor da condenação.

Apela o réu (fls. 250/267). Alega, em síntese, que o Banco BVA S/A teve sua intervenção decretada pelo BACEN em 19.10.2012, ao passo que o novo valor da garantia paga pelo apelante FGC somente passou a vigorar para eventos posteriores a 23.5.2013, data da edição da Resolução nº 4.222 e seus anexos pelo Conselho Monetário Nacional. Sustenta que o fato gerador que ensejou o pagamento da quantia de R$ 70.000,00 aos apelados e demais clientes do Banco BVA ocorreu em data anterior à edição da Resolução nº 4.222/13, não assistindo qualquer direito ao recebimento de eventuais acréscimos em decorrência da posterior entrada em vigor da mencionada Resolução. Afirma que o regular exercício de um direito por parte do apelante FGC não pode ser interpretado como um ato ilícito que venha a caracterizar o pagamento de uma indenização a título de dano moral.

Os autores apresentaram suas contrarrazões aos recursos (fls. 276/285).

É o relatório.

Os autores alegam que tinham reservas financeiras no Banco BVA S/A, associado ao réu, e que estariam garantidos em caso de liquidação do banco. Afirmam que em 19 de outubro de 2012 (fls. 32) foi decretada a intervenção do Banco BVA e em 23 de fevereiro de 2013 foi publicado edital para que fossem cumpridos os critérios estabelecidos na Resolução nº 4.087/12 para pagamento da garantia de até R$ 70.000,00 no período de 4.3.2013 a 5.7.2013 (fls. 34). Informam que efetuaram o saque nesse valor restando um crédito de R$ 10.146,47, em favor do autor Rodrigo e de R$ 94.542,06 em favor de Cecília, de acordo com o que possuíam no Banco BVA (fls. 37/40). Alegam que em 23 de maio de 2013, nova Resolução do Banco Central do Brasil nº 4.222/2013 aumentou o valor dessa garantia para R$ 250.000,00.

O recurso do réu merece parcial provimento.

Conforme denominação do Banco Central do Brasil (endereço eletrônico constante no texto original), o "***Fundo Garantidor de Crédito (FGC) é uma entidade privada, sem fins lucrativos, que administra um mecanismo de proteção aos correntistas, poupadores e investidores, que permite recuperar os depósitos ou créditos mantidos em instituição financeira, até determinado valor, em caso de intervenção, de liquidação ou de falência***".

E continua, "***o total de créditos de cada pessoa contra a mesma instituição associada, ou contra todas as instituições associadas do mesmo conglomerado financeiro, será garantido até o valor de R$ 250.000,00 (duzentos e cinquenta mil reais)***".

Verifica-se que a Resolução nº 4.222 de 23.5.2013 entrou em vigor na data de sua publicação (art. 9º) e que foram revogadas as Resoluções ns 4.087/2012 e

a 4.115/2012 (art. 10). A nova resolução não impede o aumento do teto para os depósitos anteriores a ela. Sua vigência não atinge somente eventos ocorridos após 23.5.2013.

Os documentos de fls. 37/40 demonstram o valor do saldo remanescente de cada autor em março de 2013 e os documentos de fls. 42/46 comprovam que procuraram o recebimento desse saldo, sem êxito.

Desta forma, os autores que ainda tinham saldo remanescente de suas aplicações no Banco BVA S/A quando da entrada em vigor da Resolução nº 4.222/2013 devem receber o restante do crédito e nada mais justo que sejam reembolsados até o limite de R$ 250.000,00, excluindo-se o que já foi pago, como bem determinou a r. sentença.

Verifica-se, por outro lado, que os autores não sofreram prejuízo irreversível a ponto de ensejar dano moral. O simples indeferimento do pedido administrativo, correto ou não, é medida reversível, inclusive por meio de decisão judicial. O dinheiro aplicado está reservado aos autores que, sendo vitoriosos na demanda, terão direito ao resgate. Não se vê aí dano moral que pudesse afetar o lado psicológico e emocional dos autores.

O dano moral somente se dá quando a parte sofre comprovado abalo em sua estima pessoal, com notório constrangimento na sua auto valoração. Não é isso o que mostram os elementos dos autos.

Cabe ressaltar que o dano moral que gera o dever de indenizar é aquele que extravasa o campo dos meros aborrecimentos, percalços e pequenas ofensas.

O mero incômodo e o desconforto de algumas circunstâncias que o homem médio tem de suportar em razão da vida em sociedade não servem para a concessão de indenização. O que gera direito à reparação, via de indenização, é o efetivo dano moral, o que não ocorreu no caso em julgamento.

Não está configurado, desta forma, o dano moral.

Assim sendo, é o caso de se dar parcial provimento ao recurso apenas para afastar a indenização por danos morais, o que mostra a sucumbência recíproca.

Por fim, já é entendimento pacífico o de que não está obrigado o julgador a citar todos os artigos de lei e da Constituição Federal para fins de prequestionamento. Sendo assim, ficam consideradas prequestionadas toda a matéria e disposições legais discutidas pelas partes.

Ante o exposto, **DÁ-SE PARCIAL PROVIMENTO** ao recurso apenas para afastar a indenização por danos morais. Ante a sucumbência recíproca cada parte arcará com metade das custas e despesas processuais, assumindo cada qual com os honorários advocatícios de seus advogados, nos termos do art. 21 do CPC. No mais, fica mantida a r. sentença.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0112287-04.2008.8.26.0008, da Comarca de São Paulo, em que é apelante LEANDRO VIANA SANTOS (JUSTIÇA GRATUITA), são apelados EXPANDIR EMPREENDIMENTOS E PARTICIPAÇÕES LTDA. e COMPANHIA MUTUAL DE SEGUROS.

ACORDAM, em 21ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento ao recurso. Por maioria de votos. Vencido o relator que declara. Acórdão com o revisor.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº n/c)**

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

São Paulo, 28 de julho de 2014.

ITAMAR GAINO, Relator Designado

Ementa: Responsabilidade civil - Transporte de pessoas - Acidente - Lesões físicas ao passageiro - Danos morais - Dosagem da indenização.

1. Não há cerceamento de defesa quando a lide dispensa dilação probatória.

2. O transportador é objetivamente responsável pelos danos causados aos passageiros, sejam materiais ou morais, por consequência de acidente durante a execução do contrato de transporte.

3. Presumem-se os danos morais em caso de acidente em transporte coletivo, com lesões físicas ao passageiro.

4. Arbitra-se a indenização de danos morais com vistas especialmente à sua intensidade, observados os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade.

Ação julgada procedente. Recurso provido, com fixação da indenização em R$ 10.000,00.

Acesso ao Sumário

VOTO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de APELAÇÃO nº 0112287-04.2008.8.26.0008, da Comarca de São Paulo, sendo apelante

LEANDRO VIANA SANTOS (justiça gratuita) e apeladas EXPANDIR EMPREENDIMENTOS E PARTICIPAÇÕES LTDA. E COMPANHIA MUTUAL DE SEGUROS.

ACORDAM, em Vigésima Primeira Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, por maioria de votos, dar provimento ao recurso, vencido o relator sorteado que fará declaração de voto. Acórdão com o revisor.

Adota-se o r. relatório elaborado pelo I. Relator Sorteado, conforme segue:

"Cuida-se de apelação respondida e bem processada por meio da qual quer ver o apelante anulada ou reformada a r. sentença de primeiro grau que desacolheu a ação de indenização por danos morais, fruto de acidente de trânsito (passageiro) que move em face de duas das apeladas, com denunciação à seguradora. Diz ter havido cerceamento de defesa e deve ser acolhida a ação porquanto sofreu danos morais, que descreve, irradiados do desastre."

É o relatório.

A insurgência merece provimento.

I - O autor relata que, em 16/6/2008, estava no interior do coletivo da corré Expandir, conduzido por preposto da corré VIP, ocasião em que o veículo colidiu com outro ônibus, causando-lhe lesões que se resumem em fratura de seu nariz e escoriações em sua face. Por esses motivos, pretende ser indenizado.

Em contestação, a corré VIP não negou a ocorrência do acidente, mas sustentou que o fato não seria suficiente para ensejar sua condenação ao pagamento de indenização por danos morais. Além disso, denunciou à lide a empresa Mutual Companhia de Seguros (litisdenunciada). A corré Expandir reforçou a tese de que o autor não comprovou as alegadas lesões.

Citada, a litisdenunciada não se recusou a "*honrar a cártula securitária*" caso a corré VIP fosse condenada. No mérito, insurgiu-se contra a pretensão do autor. Quanto aos ônus sucumbenciais, afirmou não haver razões para sua eventual condenação porquanto assumiu a responsabilidade em honrar o estabelecido no contrato de seguro.

Após a realização da prova pericial, o Magistrado *a quo* julgou improcedente a demanda porquanto entendeu que "*qualquer pessoa que passe por acidente de trânsito se assusta, e pode até sofrer escoriações leves, inchaços e desconfortos, sem que nada disso configure dano moral indenizável*". Por fim, consignou que o autor faria jus à indenização caso "*tivesse sofrido lesão grave e duradoura, com sequelas e causadora de dano estético permanente*".

O autor apela. Em síntese, alega que (i) houve cerceamento de defesa porquanto a prova testemunhal pleiteada não foi produzida; e (ii) no mérito, o inconteste acidente lhe causou danos morais que, por si só, devem ser

Acesso ao Sumário

indenizados.

II - Afasta-se a alegação de cerceamento de defesa.

De fato, no caso, não se vislumbra a necessidade de outras provas, além das já produzidas.

A demanda comportava aquele julgamento antecipado, na forma do artigo 330, inciso I, do Código de Processo Civil, uma vez que os elementos constantes dos autos já permitiam a formação do livre convencimento do Magistrado. Nesse sentido, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça:

"*Tendo o magistrado elementos suficientes para o esclarecimento da questão, fica o mesmo autorizado a dispensar a produção de quaisquer outras provas, ainda que já tenha saneado o processo, podendo julgar antecipadamente a lide, sem que isso configure cerceamento de defesa.*"[1]

E mais, conforme já decidido por esta Câmara, em julgamento de apelação por mim relatada:

"*Para que se tenha por caracterizado o cerceamento de defesa em decorrência da ausência de dilação probatória faz-se necessário que, confrontadas as provas que foram requeridas com os demais elementos de convicção carreados ao processo, elas não só apresentem capacidade potencial de demonstrar o fato alegado, como também se mostrem indispensáveis à solução da controvérsia, sem o que fica legitimado o julgamento antecipado da lide. A par disso, cumpre ainda salientar que o juiz, ao apreciar a validade de um negócio jurídico, não fica, em princípio, sujeito a este ou àquele tipo de prova.*"[2]

Isto porque, na forma do artigo 130 do Código de Processo Civil, "*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*".

Desse modo, em casos como o presente, em que se revela dispensável a prova oral para a solução da matéria, que pode ser apurada com base no conjunto probatório existente nos autos (que compreende, inclusive, prova pericial), não há como reconhecer que o julgamento antecipado da lide tenha implicado cerceamento de defesa.

III - Por outro lado, no mérito, com o devido respeito, não há como concordar com a tese de que "*qualquer pessoa que passe por acidente de trânsito se assusta e pode até sofrer escoriações leves, inchaços e desconforto, sem que nada disso configure dano moral indenizável*".

Isso porque o transportador, tal como preceitua o artigo 734 do Código

Acesso ao Sumário

1 REsp. nº 57.861-GO, rel. Min. Anselmo Santiago, 6ª Turma, j. 17/02/98.

2 Apel. nº 0006382-84.2010.8.26.0575, j. 27/04/2011.

Civil, deverá responder "*pelos danos causados às pessoas transportadas*", sejam eles de qualquer intensidade. Dessa forma, celebrado o contrato de transporte, a responsabilidade pelo dano sofrido pelo passageiro recai sobre o transportador.

É verdade que para a subsunção do presente caso ao referido dispositivo legal é necessário verificar (i) se o autor era efetivamente passageiro da corré VIP quando do acidente por ele narrado; (ii) se há alguma causa excludente de responsabilidade por parte da transportadora; e (iii) se o autor sofreu danos indenizáveis.

Pois bem, é fato incontroverso que o autor estava no interior do coletivo da corré Expandir, conduzido por preposto da corré VIP, quando o veículo colidiu com outro ônibus.

Aliás, não é por outra razão que a discussão acerca da culpa pelo acidente é absolutamente desnecessária, haja vista que a responsabilidade do transportador é objetiva com fundamento em, pelo menos, dois dispositivos legais: (i) o artigo 14, parágrafo primeiro, incisos I e II do Código de Defesa do Consumidor; e (ii) o artigo 735 do Código Civil.

Nesse sentido:

"*O dever contratual do transportador é conduzir o transportado são e salvo por todo o percurso contratado, desde o momento em que adentra no recinto do lugar de onde partirá o veículo coletivo até o momento em que deixa o veículo ou o lugar destinado como ponto final do percurso contratado. O cumprimento defeituoso do contrato de transporte, por violação positiva ou negativa do mesmo contrato, por fato ou ato que cause dano ao passageiro transportado, enseja responsabilidade objetiva do transportador*".[3]

Resta, então, verificar a ocorrência (ou não) de danos indenizáveis eventualmente sofridos pelo autor. A este respeito, a prova produzida indica claramente que ele teve seu nariz fraturado por ocasião do acidente.

A prova pericial, aliás, não deixa dúvidas quanto a esse fato. O Sr. Perito consignou que "*o periciando sofreu acidente automobilístico em 16/06/2008 que acarretou uma fratura nasal*(...)" (fls. 369). Tal circunstância foi confirmada quando da resposta dos quesitos formulados pelas partes (fls. 370).

Com efeito, o laudo pericial apenas corrobora a conclusão preliminar da Secretaria de Segurança Pública que, ao examinar o autor, verificou que ele apresentava "*curativo oclusivo na região do dorso nasal e glabela*" (fls. 400).

Nem se diga, ademais, que ele não faria jus à indenização pleiteada porquanto o acidente teria lhe obrigado a se ausentar de suas atividades profissionais por apenas um dia. Isso porque se assim ocorreu, não foi por

Acesso ao Sumário

3 NELSON NERY JUNIOR E ROSA MARIA DE ANDRADE NERY, *Constituição Federal Comentada e legislação constitucional*, 2ª edição, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, nota 85 ao art. 37, p. 360.

vontade do autor eis que sua recuperação, conforme laudo pericial complementar, demorou cerca de 15 (quinze) dias para ser finalizada (fls. 415).

Portanto, há provas e indícios suficientes quanto ao fato e às lesões físicas sofridas pelo autor, referidas, aliás, nos laudos periciais realizados. Para a procedência do pleito indenizatório pouco importa a inexistência de dano estético ou eventual sequela. Se houvesse, diga-se, apenas serviriam para justificar a exacerbação da indenização.

No caso, portanto, caracteriza-se dano moral indenizável. A lesão corporal sofrida (fratura de nariz), por si só, justifica e fundamenta o pleito do autor.

Passa-se, então, à fixação da indenização que deverá obedecer a certos parâmetros:

"*(...) Como é sabido, não é fácil quantificar o dano moral. Há muitas peculiaridades que conduzem necessariamente a diferenças, algumas vezes substanciais, a avaliação feita pelo julgador. Daí não ser possível, pura e simplesmente, uniformizar os valores. Por isso mesmo, esta Corte deve considerar sempre aqueles parâmetros da razoabilidade, afastando o exagero, o abuso, o despropósito e a insignificância, 'atento à realidade da vida e às peculiaridades de cada caso. Ademais, deve-se procurar desestimular o ofensor a repetir o ato*"[4].

Levando-se em conta o grau de sofrimento experimentado, os precedentes deste Tribunal de Justiça, bem como a finalidade primeira da indenização por dano moral, que é consolar, tem-se que a indenização deve ser fixada em R$ 10.000,00 (dez mil reais).

Essa verba não estabelece perigoso precedente que possa transmudar uma pretensão legítima de reparação de dor moral em enriquecimento injustificado, e, por outro lado, impele as rés, sendo assim apenadas, a serem mais cuidadosas quando da concretização de suas operações, evitando que se repita o quadro retratado nestes autos.

IV - No que toca a lide secundária, a própria litisdenunciada assume que "*obrigou-se a reembolsar o segurado* [VIP], *até o limite da importância segurada*" eis que foi efetivamente contratado o seguro não obrigatório que cobre indenizações por danos morais, materiais e corporais. Portanto, procedentes o pedido inicial e o da denunciação, deverá a litisdenunciada indenizar a corré litisdenunciante pelos valores decorrentes da condenação por ela sofrida.

Verifica-se, contudo, que a litisdenunciada não ofereceu resistência à pretensão da corré litisdenunciante, de modo que não deverá arcar com os ônus sucumbenciais referentes à lide secundária. Nesse sentido:

"*Não havendo resistência da denunciada, ou seja, vindo ela a aceitar*

Acesso ao Sumário

4 STJ, REsp. 578.682-0/SC. Relator Ministro CARLOS ALBERTO MENEZES. Terceira Turma. Unânime. DJ. 29.06.2004.

a sua condição e se colocando como litisdenunciante do réu denunciante, descabe sua condenação em honorários pela denunciação da lide, em relação à denunciante."[5]

Contudo, ao contestar o pedido principal, a litisdenunciada se colocou na posição de litisconsorte passiva e, por consequência, deverá ser solidariamente responsabilizada pelos ônus de sucumbência da lide principal. A esse respeito, o Superior Tribunal de Justiça assim decidiu:

"*Por outro lado, em que pese a ausência de consenso doutrinário, bem é de ver que a jurisprudência desta Corte decidiu que, uma vez aceita a denunciação e apresentada a contestação ao pedido inicial da demanda principal, como no caso dos autos, o denunciado integra o pólo passivo como litisconsorte do réu, podendo, até mesmo, ser condenado direta e solidariamente. Confira-se:*

'Civil e Processual. Acidente de trânsito. Colisão. Morte. Ação indenizatória promovida contra o causador do sinistro. Denunciação à lide da seguradora aceita e apresentada contestação. Integração ao pólo passivo, em litisconsórcio com o réu. Exclusão indevida, pelo Tribunal estadual. Solidariedade na condenação, até o limite do contrato de seguro. CPC, art. 75, I. I. Promovida a ação contra o causador do acidente que, por sua vez, denuncia à lide a seguradora, esta, uma vez aceitando a litisdenunciação e contestando o pedido inicial se põe ao lado do réu, como litisconsorte passiva, nos termos do art. 75, I, da lei adjetiva civil. II. Reinclusão da seguradora na lide e, por conseguinte, na condenação, até o limite do seguro contratado. III. Recurso especial conhecido e provido. (Resp. 670.998/RS, Rel. Min. Aldir Passarinho Junior, Quarta Turma, julgado em 01.10.2009, DJe 16.11.2009)'

Com efeito, assumindo a seguradora condição de litisconsorte com a denunciante no processo de conhecimento, a obrigação decorrente da sentença condenatória passa a ser solidária em relação ao segurado e à seguradora. Nesse sentido, confira-se o precedente:

'Civil. Seguro. Ação indenizatória. Denunciação. Acolhimento. Seguradora. Responsabilidade solidária. Decorrência. Título judicial. Cláusula contratual. Sistema de reembolso. Aplicação restrita ao âmbito administrativo. (...) III - julgado procedente o pedido indenizatório e a denunciação da lide, a responsabilidade solidária da seguradora passa a ser fundada no título judicial e não no contrato. Assim, sem perquirir acerca da nulidade ou abusividade da cláusula prevendo que a seguradora será responsabilizada apenas pelo reembolso ao segurado, conclui-se ficar restrita sua aplicação aos pagamentos efetuados administrativamente. No que sobejar, a execução poderá ser intentada contra seguradora. Recurso provido. (Resp. 713.115/MG, Rel. Min. Castro

5 STJ-4ª T., Resp. 530.744-RO, rel. Min. Sálvio Figueiredo, j. 19.08.03, não conheceram, v.u., DJU 29.09.03.

Filho, Terceira Turma, julgado em 21.11.2006, DJ 04.12.2006 p.300). "[6]

V - Em face do exposto, pelo meu voto, dá-se provimento ao recurso do autor, para condenar as corrés solidariamente a indenizá-lo em R$ 10.000,00 (dez mil reais), quantia essa que será atualizada e acrescida de juros moratórios por meio da SELIC, desde a citação, e deverá ser reembolsada à corré VIP pela litisdenunciada, até o limite estipulado na apólice. Em razão da sucumbência, arcarão as corrés e a litisdenunciada, solidariamente, com o pagamento das custas e despesas processuais e honorários advocatícios, que ficam arbitrados em 20% (vinte por cento) do valor da condenação, nos termos do artigo 20, § 3º, do Código de Processo Civil, com correção monetária a partir da publicação deste acórdão.

Presidiu o julgamento o Desembargador **ADEMIR BENEDITO** e dele participaram os Desembargadores **SILVEIRA PAULILO (Relator sorteado, vencido)** e **VIRGÍLIO DE OLIVEIRA JÚNIOR**.

DECLARAÇÃO DE VOTO VENCIDO

(Voto nº 36271)

Ousei discordar dos doutos votos vencedores, embora assinalado respeito, pelas razões que passo a expor:

Cuida-se de apelação respondida e bem processada por meio da qual quer ver o apelante anulada ou reformada a r. sentença de primeiro grau que desacolheu a ação de indenização por danos morais, fruto de acidente de trânsito (passageiro) que move em face de duas das apeladas, com denunciação à seguradora. Diz ter havido cerceamento de defesa e dever ser acolhida a ação porquanto sofreu danos morais, que descreve, irradiados do desastre.

É o relatório.

Rejeita-se a preliminar de cerceamento de defesa. Depois de colhida a prova pericial não se vislumbra a necessidade de qualquer outra prova, especialmente a oral. À luz de todo o processado é possível decidir se houve ou não dano moral indenizável.

Passa-se ao mérito.

A prova pericial foi desfavorável ao apelante (cf. fls. 367/370, 414/415 e 436/441). Não há dano físico ou estético. Nada restou do acidente. Há uma lesão cicatricial na pálpebra esquerda, com déficit de oclusão permanente (cf. fls. 438), mas não ficou estabelecido nexo causal entre ela e o evento. De qualquer forma, não impressionou o perito, sinal evidente de que é algo sem importância, física ou estética.

Acesso ao Sumário

6 Resp. 886084/MS. Rel. Min. Luis Felipe Salomão. DJ 16.03.2010.

Referiu-se o autor a inchaço no rosto, dores, fratura de nariz, hematomas e constrangimento no trabalho por causa disto (cf. fls. 440). Faltou apenas um dia. Nada disto deixou rastro.

Admitindo-se, porém, a veracidade das alegações, não se vê dano moral indenizável, mas mero aborrecimento causado a passageiro de ônibus em acidente de trânsito. Qualquer queda no chão pode causar os mesmos sintomas, pelo que fazem eles parte da vida.

A prova técnica, a única pertinente, sequer fala em síndrome dolorosa. É claro que alguma dor deve ter havido, mas sem a intensidade suficiente para corporificar prejuízo moral indenizável.

Não se nega a existência de controvérsias acerca do que seria a dor moral suficiente para gerar indenização. Pensa-se, entretanto, que deve ter ela um mínimo de intensidade capaz de reclamar conforto moral em forma de dinheiro. Não se pode olvidar que a finalidade da indenização, no dano moral, é consolar. Mas consolar contratempos da vida, como os apontados pelo apelante, é levar longe demais o fato jurídico adequado a fazer surgir necessidade de indenizar.

Como leciona CAHALI, "*Na realidade, os exageros de primeira hora, resultante de uma exultada demanda reprimida, paulatinamente vão sendo recompostos, o que induz o mérito de restaurar a dignidade de um instituto tão penosamente consagrado em nosso direito*." (cf. CAHALI, Yussef Said, *Dano Moral*, 4ª ed., RT, pág. 52) Prossegue mais adiante o mestre: "*se o ato de outra pessoa resultar alteração desfavorável, aquela dor profunda que causa modificações no estado anímico, aí está o início da busca do dano moral; o que define o dano moral é a dor, o espanto, a emoção, a vergonha, a injúria física ou moral, em geral uma dolorosa sensação experimentada pela pessoa, atribuída à palavra o mais largo significado.*" (cf. *ob. cit.*, pág. 53) Esta situação fático-jurídica há de ser vista em seu conjunto, e não isoladamente. O que terceiros possam pensar de um roxo no rosto não pode ter significação para uma pessoa bem formada. É só explicar que houve acidente de trânsito. Ainda citando CAHALI, há de se ter um piso "*de incômodos, inconvenientes e desgostos a partir dos quais se configura o dano moral indenizável.*" (cf. *ob. e pág. cit.*)

Em meu sentir, em suma, o sofrimento experimentado pelo autor, com a máxima vênia, não sobrepujou este piso, ainda mais resultando de acidente de trânsito, no caso uma pequena batida, tão comum hoje em dia. Há de se fazer coro, como faz CAHALI, à antiga parêmia romana "*de minimus no curat praetor*" (cf. *ob. e pág. cit.*)

Pelo exposto, pelo meu voto, é negado provimento ao recurso.

SILVEIRA PAULILO, Relator Vencido

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0005636-81.2010.8.26.0038, da Comarca de Araras, em que é apelante AGRO PECUÁRIA CAMPO ALTO S/A, é apelado MORSOLETTO SANTOS & VICENTE CANO LTDA. – ME – EPP.

ACORDAM, em 11ª Câmara Extraordinária de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "NEGARAM PROVIMENTO AO AGRAVO RETIDO E DERAM PROVIMENTO EM PARTE AO RECURSO DE APELAÇÃO, COM OBSERVAÇÃO. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 2847)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores FELIPE FERREIRA (Presidente) e ROSA MARIA DE ANDRADE NERY.

São Paulo, 20 de agosto de 2014.

BONILHA FILHO, Relator

Ementa: Compra e venda. Comercialização de agentes de controle biológico. Ação de indenização. Rescisão antecipada de contrato. Desnecessidade de realização de prova oral. O Juiz é o destinatário das provas, e tem poder discricionário na condução do processo, bem como não está obrigado a designar audiência de instrução e julgamento. Agravo retido improvido. Danos materiais configurados. Honorários advocatícios que devem ser reduzidos para 10% do valor da condenação. Agravo retido improvido e provido em parte a apelação, com observação.

Acesso ao Sumário

VOTO

Trata-se de apelação interposta contra a r. sentença de fls. 344/349, cujo relatório adoto, que, em ação indenizatória, julgou procedente a ação para condenar a requerida a pagar à autora o valor de R$ 79.722,67, a título de danos materiais, com atualização monetária a partir do ajuizamento da ação, pela Tabela Prática do TJ/SP, acrescida de juros de mora de 1% ao mês, contados da citação, e improcedente a reconvenção. Sujeitou, ainda, a requerida ao pagamento das custas, despesas processuais e honorários periciais e honorários advocatícios arbitrados em 15% sobre o total da condenação atualizada.

Irresignada, insurge-se a empresa ré, fls. 351/377, pleiteando a reforma da r. sentença. Em preliminar, reitera as razões do agravo retido quanto ao

indeferimento da produção de prova oral. No mérito, sustenta que a empresa autora não cumpriu com o avençado. Afirma que realizou a contratação de outra empresa, porque havia comprometimento da sua plantação. Requer a procedência da reconvenção. Sustenta que a apelada não demonstrou os danos sofridos em razão da rescisão do contrato. Pugna pela redução da verba honorária.

Recurso preparado, fls. 378/380, recebido, fl. 381 e contrarrazoado, fls. 382/395.

O recurso foi inicialmente distribuído à Desª. Berenice Marcondes Cesar e redistribuído a este Relator que passou a integrar esta Colenda Câmara Extraordinária.

É o relatório.

Apreciando o recurso da empresa requerida, conclui-se que merece acolhimento em parte, no tocante ao *quantum* arbitrado a título de honorários advocatícios.

De início, cumpre analisar as razões expostas no agravo retido, reiteradas, expressamente, nos termos do art. 523 do Código de Processo Civil.

Entretanto, em que pesem os argumentos da empresa apelante, não merece prosperar o inconformismo com relação à ausência de designação de audiência de instrução para a produção de prova oral.

Verifica-se que não houve cerceamento de defesa, uma vez que o MM. Juiz *a quo* decidiu a ação de acordo com as provas constantes nos autos, suficientes para o desate da lide, com os documentos essenciais para o convencimento do magistrado, conforme previsão do art. 330, I do CPC, que autoriza o julgamento antecipado.

Quanto à necessidade de realização de audiência de instrução e julgamento, a arguição não merece ser acolhida, tendo em vista que não há cerceamento do direito de defesa, em decorrência do julgamento antecipado da lide, sem a produção de provas em audiência, quando maduro o processo pela instrução suficiente ao convencimento do magistrado e ao seu julgamento, e desnecessária realização de prova oral, que seria inútil.

Registre-se, ainda, que o Magistrado não está obrigado a designar audiência de instrução e julgamento, hipótese que ocorrerá, apenas, se houver necessidade de produção de prova, o que não é o caso dos autos.

A doutrina ensina, a propósito, que "a finalidade da prova é o convencimento do juiz, que é o seu destinatário. No processo, a prova não tem um fim em si mesma ou um fim moral ou filosófico; sua finalidade é prática, qual seja, convencer o juiz. Não se busca a certeza absoluta, a qual, aliás, é sempre impossível, mas a certeza relativa suficiente na convicção do magistrado" (Vicente Greco Filho, *in* Direito Processual Civil Brasileiro, 11ª ed. Saraiva, vol. 2, pág. 194).

Acesso ao Sumário

Conforme previsão no 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".

Assim, conheço do agravo retido para negar-lhe provimento.

No mérito, trata-se de ação de indenização decorrente da rescisão do contrato celebrado entre as partes em razão do descumprimento na entrega do produto.

Extrai-se das alegações da apelante que a rescisão do contrato decorreu do suposto inadimplemento da entrega do produto pela apelada.

No entanto, não restou demonstrado nos autos o descumprimento da obrigação pela autora, pois a partir do momento em que o contrato foi celebrado teve início a produção do produto biológico.

Após a primeira remessa de 800 copos, a autora foi informada da rescisão do contrato, não tendo a apelante aguardado o ciclo natural do agente e a quantidade solicitada, que seriam entregues dentro do prazo avençado.

O perito judicial apurou: "trata-se de uma empresa extremamente profissional, acompanhei passo a passo a linha de produção da requerente, bem como os materiais, insumos e mão de obra utilizados no processo de produção do referido agente biológico. Com isso pude avaliar que o custo sofrido pela requerente no valor de R$ 80.000,00 é compatível com a produção da quantidade em questão do agente biológico".

E mais, bem entendeu o MM. Juiz *a quo* que "o envio de pequena quantidade no início do mesmo, é justificado pela necessidade de se aguardar o ciclo natural do agente e a quantidade solicitada".

A partir do momento em que o pedido foi feito pela apelante, e o contrato celebrado, a apelada iniciou o processo de produção do agente biológico, para que pudesse realizar a entrega dentro do prazo estipulado.

Assim, dentro do cronograma estabelecido e da produção do agente, extrai-se dos autos que a apelada não descumpriu a cláusula contratual ou mesmo o prazo de entrega.

Acesso ao Sumário

A rescisão por parte da apelante ocorreu de forma unilateral e de maneira injustificada, e, segundo Renan Lotufo, "o interesse do credor merece proteção segura e adequada, inclusive nas hipóteses em que o adimplemento foi impedido por causas estranhas à imputabilidade do devedor" (*apud* Código Civil Comentado Doutrina e Jurisprudência, Coordenador Ministro Cesar Peluzzo, 2007, pág. 276, Ed. Manole).

E mais, não há como se reconhecer a procedência da reconvenção, pois a apelante não experimentou prejuízo em razão do inadimplemento do prazo avençado, tanto que o perito judicial concluiu que, "em relação aos prejuízos causados à requerida, pela ausência do controle biológico, não procede, pois a

mesma foi atendida por outro fornecedor rapidamente, não comprometendo a produção de cana-de-açúcar, fls. 158/163", fl. 243.

A propósito, o artigo 389, do CC, prevê que "não cumprida a obrigação, responde o devedor por perdas e danos, mais juros e atualização monetária segundo índices oficiais regularmente estabelecidos, e honorários de advogado" e o 402 que: "salvo as exceções expressamente previstas em lei, as perdas e danos devidas ao credor abrangem, além do que ele efetivamente perdeu, o que razoavelmente deixou de lucrar".

Assim, ficou demonstrado que a apelante de maneira unilateral e injustificada rescindiu o contrato, gerando prejuízos à apelada.

Com relação aos honorários advocatícios, é certo que, em se tratando de questão singela e rotineira, plausível a redução para 10% sobre o montante do débito, mais razoável para compatibilizar a remuneração profissional com as particularidades do caso concreto.

Diante desse contexto, correta a r. sentença atacada, mantida por seus próprios fundamentos, exceto no tocante ao *quantum* arbitrado a título de honorários advocatícios que fica reduzido para 10% do valor da condenação, atualizado nos moldes da sentença.

Portanto, nego provimento ao agravo retido, e dou parcial provimento ao recurso de apelação, no tocante à redução da verba honorária.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0000006-13.2008.8.26.0071, da Comarca de Bauru, em que são apelantes ELAINE MARIA DE SA GERALDO e GABRIEL DE OLIVEIRA GERALDO e Apelante/Apelada MAPFRE VERA CRUZ SEGURADORA S/A, são apelados CLAUDETE BASTOS MORETTO (JUSTIÇA GRATUITA) e EDMO FERREIRA MORETTO (JUSTIÇA GRATUITA).

ACORDAM, em 31ª 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 27.903)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores FRANCISCO CASCONI (Presidente), PAULO AYROSA e ANTONIO RIGOLIN.

São Paulo, 19 de agosto de 2014.

FRANCISCO CASCONI, Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: AÇÃO INDENIZATÓRIA – ACIDENTE DE TRÂNSITO – ATO ILÍCITO – MORTE DE CRIANÇA COM 6 (SEIS) ANOS DE IDADE – CULPA DO RÉU DEMONSTRADA – EXCESSO DE VELOCIDADE PARA O LOCAL – IMPRUDÊNCIA – RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA DA RÉ QUE DECORRE DA QUALIDADE DE PROPRIETÁRIA DO VEÍCULO ENVOLVIDO NO SINISTRO – RECONHECIDA CULPA CONCORRENTE DO AUTOR, PAI DA VÍTIMA, QUE PERMITIU QUE CRIANÇA DE TENRA IDADE CONDUZISSE BICICLETA À NOITE EM PLENO LOGRADOURO PÚBLICO NO QUAL HÁ TRÁFEGO DE VEÍCULOS – NEGLIGÊNCIA – ART. 252 DO REGIMENTO INTERNO DO TJSP – DANOS MATERIAIS RELATIVOS ÀS DESPESAS COM FUNERAL DA VÍTIMA MANTIDOS AUSENTE INCONFORMIDADE – PENSIONAMENTO QUE DEVE SER MANTIDO INTEGRALMENTE COMO FIXADO – DESNECESSIDADE DE PROVA CONCRETA DE CONTRIBUIÇÃO DO FALECIDO PARA O SUSTENTO DA FAMÍLIA – VÍTIMA MUITO JOVEM E QUE AINDA NÃO TRABALHAVA – JURISPRUDÊNCIA QUE RECONHECE NA HIPÓTESE O AUXÍLIO MÚTUO NAS FAMÍLIAS DE BAIXA RENDA COMO A DOS AUTORES BENEFICIÁRIOS DA GRATUIDADE – TERMO INICIAL E FINAL BEM DETERMINADOS COM AMPARO DA JURISPRUDÊNCIA – LIMITAÇÃO À DATA EM QUE O *DE CUJUS* COMPLETARIA 25 (VINTE E CINCO) ANOS DE IDADE QUE NÃO PREVALECE – PRESUNÇÃO DE NÚPCIAS QUE IMPLICA NA REDUÇÃO DO MONTANTE FIXADO OBSERVADA NA R. SENTENÇA – DANOS MORAIS INDUVIDOSOS – MORTE DE FILHO – RECONHECIMENTO DA CULPA CONCORRENTE NA ORIGEM QUE NÃO PERMITE A REDUÇÃO DO MONTANTE ARBITRADO EM R$ 50.000,00 A SER PAGO A CADA UM DOS AUTORES – VALOR CONDIZENTE À GRAVIDADE

DOS FATOS, CONDIÇÕES FINANCEIRAS DAS PARTES E CARÁTER PEDAGÓGICO DA MEDIDA – CORREÇÃO MONETÁRIA E JUROS MORATÓRIOS QUE DEVEM SER COMPUTADOS NOS MOLDES DAS SÚMULAS 54 E 362 DO C. STJ – PROCEDÊNCIA DA LIDE SECUNDÁRIA QUE IMPÕE O RESSARCIMENTO NOS LIMITES DA APÓLICE DE SEGURO CONTRATADA – DANOS MORAIS QUE DEVEM SER INCLUÍDOS NA COBERTURA POR DANOS CORPORAIS CONTRATADA – PRECEDENTES DO C. STJ – RELAÇÃO SECURITÁRIA QUE É SUBMETIDA AO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR – AUSÊNCIA DE PROVA NOS AUTOS DA CIÊNCIA EXPRESSA DA SEGURADA QUANTO À EXCLUSÃO DA COBERTURA POR DANOS MORAIS – CONDIÇÕES GERAIS SEM VINCULAÇÃO À APÓLICE CONTRATADA – INDENIZAÇÃO RECEBIDA A TÍTULO DE SEGURO OBRIGATÓRIO QUE DEVE SER DESCONTADA DO MONTANTE PREVISTO PARA OS DANOS CORPORAIS – SÚMULA 246 DO C. STJ – SEGURO QUE TEM O CONDÃO DE COMPLEMENTAR O VALOR RECEBIDO PELO DPVAT – PROCEDÊNCIA DA DENUNCIAÇÃO E NÍTIDA RESISTÊNCIA DA LITISDENUNCIADA QUE ACARRETAM SUA CONDENAÇÃO AO PAGAMENTO DE HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS AO PATRONO DOS RÉUS – SUCUMBÊNCIA RECÍPROCA QUE NÃO SE APLICA EM RELAÇÃO À LIDE PRINCIPAL AINDA QUE A INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS TENHA SIDO ARBITRADA EM MONTANTE INFERIOR AO PLEITEADO – SÚMULA 326 DO C. STJ – RECURSOS PARCIALMENTE PROVIDOS.

VOTO

Apelações interpostas contra r. sentença de fls. 619/633, declarada a fls. 641/642, cujo relatório adoto, que julgou parcialmente procedente ação indenizatória fundada em acidente de trânsito, reconhecendo a culpa concorrente do autor, condenados os réus ao pagamento de indenização por danos morais no

Acesso ao Sumário

valor de R$ 50.000,00 para cada um dos promoventes, descontado o montante recebido a título de indenização decorrente do seguro DPVAT, bem como pensão mensal no valor correspondente à metade do salário mínimo após a data em que a vítima completaria 14 anos, reduzido a ¼ a partir de quando completaria 25 anos de idade, extinguindo-se a obrigação com a morte dos autores ou atingimento da data em que o falecido completaria 70 anos. Condenados os réus, ainda, ao pagamento de indenização por danos materiais no importe de R$ 350,00, atualizados desde o desembolso e acrescidos de juros legais de mora desde a citação, além das custas, despesas processuais e honorários fixados em 10% sobre o valor atualizado da condenação.

Procedente a lide secundária, condenada a litisdenunciada ao ressarcimento do prejuízo suportado pelos denunciantes.

Inconformados, recorrem os réus e a litisdenunciada almejando a reforma do ***decisum***.

Os réus sustentam ausência de responsabilidade pelos fatos e culpa exclusiva da vítima, além de contrariarem as provas produzidas, pugnando pela improcedência dos pedidos. Subsidiariamente, requerem a redução da indenização fixada a título de danos morais, observando-se a culpa concorrente do autor, bem como o afastamento da pensão vitalícia em razão da falta de colaboração com o sustento do lar em virtude da vítima ser criança. Por fim, requerem a distribuição da sucumbência com os autores em razão de terem decaído de parte do pedido, arcando a litisdenunciada com honorários advocatícios em razão da procedência da denunciação da lide.

A litisdenunciada também ressalta a ausência de culpa dos demandados, atribuindo a responsabilidade pelos fatos à negligência do autor enquanto genitor da vítima. Subsidiariamente, requer a redução da indenização por danos morais fixada com o cômputo dos juros moratórios e correção monetária a partir da sentença. Impugna, ainda, o pensionamento concedido em razão da falta de dependência econômica dos autores pela tenra idade do falecido. Ao final, objetiva a limitação da sua obrigação de ressarcimento à apólice contratada, aduzindo inexistência de cobertura para danos morais e necessidade de desconto dos valores recebidos pelo seguro DPVAT dos danos corporais garantidos.

Recursos regularmente processados e contrariados.

É o relatório.

Inconformidades serão analisadas em conjunto.

Cuida-se de ação de reparação de danos fundada em acidente de trânsito que restou incontroverso, limitando-se a devolutividade à análise das provas encartadas e responsabilização que se pretendeu imputar aos demandados, além dos efeitos daí decorrentes em relação a eles e à litisdenunciada.

E, sob este prisma, analisadas as provas coligidas e o melhor direito

Acesso ao Sumário

aplicável à espécie, tenho que a r. sentença, no que diz respeito à apuração da responsabilidade e fixação dos danos materiais adotou adequada solução ao caso, devendo ser mantida por seus judiciosos fundamentos, ora adotados como razão de decidir.

A propósito, o Regimento Interno do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo 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*" (art. 252, RITJ/SP).

Também predomina na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça reconhecimento da viabilidade de o órgão julgador adotar ou ratificar o juízo de valor firmado na sentença, inclusive transcrevendo-a no acórdão, sem que tal medida encerre omissão ou ausência de fundamentação no ***decisum*** (REsp nº 662.272-RS, Segunda Turma, Rel. Min. JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, j. 04.09.2007; REsp nº 641.963-ES, Segunda Turma, Rel. Min. CASTRO MEIRA, DJ de 21.11.2005; REsp nº 592.092-AL, Segunda Turma, Rel. Min. ELIANA CALMON, DJ de 17.12.2004; REsp nº 265.534-DF, Quarta Turma, Rel. Min. FERNANDO GONÇALVES, DJ de 1.12.2003).

Em análise dos elementos constantes dos autos, bem fundamentou a Douta Sentenciante:

"*(...)* ***A responsabilidade da segunda ré é de ser reconhecida embora não estivesse na condução do veículo de sua propriedade, fato incontroverso e, assim, responde pelos danos causados a terceiros.***

A responsabilidade de que se cuida decorre da propriedade, pelo fato da coisa ou guarda da coisa inanimada, em outras palavras, do dever de guardar o bem, evitando, em suma, que terceiros façam mau uso dele.

Para se livrar dela, cumpria-lhe alegar e demonstrar que não permitiu que Gabriel assumisse a direção do veículo, ou seja, a clandestinidade no uso, o que evidentemente não ocorreu nem foi alegado.

Nesse sentido orientação do STJ e também, a lição de Rui Stoco:

'***A responsabilidade pela reparação dos danos é, assim, em regra, do proprietário do veículo, pouco importando que o motorista não seja seu empregado, uma vez que, sendo o automóvel um veículo perigoso, o seu mau uso cria a responsabilidade pelos danos causados a terceiros, nos termos do art. 186 do CC, independentemente de qualquer outro dispositivo legal. A responsabilidade do proprietário do veículo não resulta de culpa alguma, direta ou indireta. Não se exige a culpa in vigilando ou in eligendo, nem qualquer relação de subordinação, mesmo porque o causador do acidente pode não ser subordinado ao proprietário do veículo, como, por exemplo, o cônjuge, o filho maior, o amigo, o depositário etc. Provada a responsabilidade do condutor,***

o proprietário do veículo fica necessária e solidariamente responsável pela reparação do dano, como criador do risco para os seus semelhantes. Confiando o veículo a outrem, filho maior ou estranho, o proprietário assume o risco do uso indevido e como tal é solidariamente responsável pela reparação dos danos que venham a ser causados por culpa do motorista. É a responsabilidade pelo fato da coisa, consoante tem sido reconhecido, inclusive pelo STF (RTJ 84/930 e 58/905). Ao proprietário compete a guarda da coisa. A obrigação de guarda presume-se contra ele.' *(Tratado de Responsabilidade Civil, RT, 7ª Ed., pág. 1.567).*

No mesmo sentido:

STJ, 3ª T. REsp 6.852, rel. min. Eduardo Ribeiro, j. 29.04.91; STJ – 4ª T. REsp 109.309, rel. min. César Asfor Rocha, j. 20.10.98, RT 764/177.

Quanto ao mérito, está configurada a responsabilidade concorrente do primeiro réu e do segundo autor.

Nos termos do art. 186 do Código Civil, que adotou como regra a teoria subjetiva, para se configurar a responsabilidade civil, é indispensável a comprovação do dano, a relação de causalidade entre esse dano e o fato imputável e a culpa em sentido amplo do agente.

O acidente decorreu da imprudência do primeiro réu, que, por estar conduzindo o veículo em velocidade superior à permitida, não conseguiu evitar o atropelamento da vítima. Decorreu, também, da imprudência do genitor da vítima que permitiu que seu filho de apenas 6 anos de idade conduzisse sozinho e à noite bicicleta em leito carroçável, não zelando por sua segurança.

Neste sentido se posiciona a jurisprudência:

APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE INDENIZAÇÃO – RESPONSABILIDADE CIVIL – ACIDENTE DE TRÂNSITO – ATROPELAMENTO DE CRIANÇA – ANÁLISE DA PROVA – CULPA CONCORRENTE – PROVIMENTO PARCIAL.

Para o arbitramento da indenização por acidente de trânsito, que resultou na morte de menor, por atropelamento, deve-se levar em consideração a culpa concorrente tanto dos responsáveis pela vigilância da criança, que permitiram que esta ficasse sozinha às margens de uma rodovia, quanto do condutor do caminhão que, ao dirigir em uma BR, não agiu com o dever de vigilância necessário, considerando que a via cortava a cidade e, em suas proximidades, existia um conjunto habitacional, onde crianças postavam-se às margens da pista, o que exigia maiores cuidados por parte do motorista.

(TJ/MS – 1ª T. Cív., Ap. Cív. nº 1000.074750-2/0000-00 – Mundo Novo, Rel. Des. Hildebrando Coelho Neto, julg. 28.05.2002).

Tal fato é objeto de processo crime nº 333/06, que tramitou perante 1ª

Acesso ao Sumário

Vara Criminal da Comarca de Bauru.

O laudo pericial indireto não foi conclusivo.

Consoante se extrai do depoimento da testemunha de fls. 559/560, a vítima foi atingida a poucos metros da guia, quando estava finalizando a travessia da via pública, ou seja, a vítima já havia cruzado praticamente todo o leito carroçável da via quando foi atingida pelo veículo conduzido pelo primeiro requerido. Tal fato é corroborado pelos depoimentos prestados nos autos do processo crime nº 333/2006 (fls. 519/530 e 542/549). Neste sentido, não procede a alegação dos requeridos no sentido de que a criança teria atravessado abruptamente a rua.

Afastada está também a alegação dos requeridos no sentido de que conduzia o veículo em velocidade compatível com a localização. Se o veículo estivesse sendo conduzido na velocidade permitida para o local, 30 km/h, conforme afirma o primeiro requerido, certamente seria possível a este visualizar a criança atravessando a rua evitando o seu atropelamento, vez que, como já afirmado, o impacto ocorreu após a criança ter atravessado mais da metade da via pública.

Os danos restaram comprovados diante do óbito da criança vítima do acidente, filho dos requerentes.

A doutrina e a jurisprudência são uníssonas no sentido da existência de danos morais em decorrência da perda prematura de um ente querido.

Responsabilidade civil. Acidente de Trânsito. Rodovia. Colisão entre ônibus e bicicleta. Culpa do motorista comprovada. Indenização devida. Age imprudentemente e responde pelos danos do evento o motorista que trafega sem os cuidados devidos, vindo a colidir contra ciclista que trafegava corretamente pela rodovia. Morte da vítima. Dano moral. Cabimento. Comprovado que a vítima faleceu em consequência de acidente de veículo, é devida a fixação da indenização por danos morais a favor da esposa e dos filhos, ante a dor e sofrimento pela morte violenta e prematura do seu ente querido. Pensão mensal. Cabimento. Em razão da morte daquele que sustentava a família, impõe-se a fixação da pensão mensal utilizando como base de cálculo a renda mensal que a vítima auferia na época do acidente. Sucumbência. Princípio da causalidade. Aplicabilidade. Deve suportar o ônus da sucumbência aquele que deu causa ao ajuizamento do pedido, não havendo que se falar em reciprocidade da condenação quando o autor for vencedor em sua tese, sem, no entanto, alcançar a indenização no valor pleiteado. (...) (TJSP – Apelação com Revisão: CR 937906001).

Os danos materiais estão devidamente comprovados através dos

Acesso ao Sumário

documentos de fls. 24/25.

É inquestionável, também, a presença do nexo de causalidade, pois, a morte decorreu diretamente de fato atribuído ao primeiro requerido, qual seja, condução imprudente de veículo automotor.

Entretanto, para restar configurada a responsabilidade civil é imperioso, ainda, analisar a conduta do requerido. Deve-se aferir se a conduta a ele atribuída foi culposa em sentido amplo.

Segundo Sérgio Cavalieri Filho, três são os elementos na caracterização da culpa: a conduta voluntária com resultado involuntário; a previsão ou previsibilidade; e a falta de cuidado, cautela, diligência e atenção.

Restou configurada a culpa do primeiro requerido na conduta imprudente de conduzir veículo automotor em velocidade superior à permitida.

Estando configurada a responsabilidade civil, deve-se fixar o quantum da indenização.

O art. 944, do Código Civil traz como parâmetro para a quantificação do valor da indenização a extensão do dano. Entretanto, conforme preceitua o parágrafo único, para que a responsabilidade civil cumpra sua finalidade, é indispensável que, na fixação da indenização, seja verificado o grau de culpa do causador do dano.

Art. 944. A indenização mede-se pela extensão do dano. Parágrafo único. Se houver excessiva desproporção entre a gravidade da culpa e o dano, poderá o juiz reduzir, equitativamente, a indenização.

(...)

A culpa concorrente do genitor da vítima também deve ser considerada na fixação do valor da indenização.

(...)

Com relação ao pedido de pensão mensal, consolidou no Superior Tribunal de Justiça o entendimento segundo o qual nas famílias de baixa renda se presume a contribuição do filho menor para o sustento do lar, sendo devido o pagamento de danos materiais, provenientes do ato ilícito, independentemente do exercício efetivo de atividade remunerada pela vítima.

(...)

Segundo o mesmo Tribunal Superior, o termo inicial para o pagamento da pensão é data em que a vítima completaria 14 anos de idade, devendo ser reduzida após completar 25 anos, idade provável da constituição de família e ser extinta com a morte dos alimentados ou o alcançando a da sua expectativa de vida.

(...)

A jurisprudência atual aponta como expectativa de vida em nosso país

Acesso ao Sumário

o limite de 70 anos de idade.

(...)

Reconhecida a responsabilidade do proprietário e do condutor do veículo segurado, imperioso é o reconhecimento da responsabilidade regressiva da seguradora denunciada, a qual, nos termos do art. 75, I, do Código de Processo Civil, aceitou a denunciação da lide*. (...)*" (destaquei)

Destarte, superada a matéria fática, diante do contexto probatório apresentado, restou bem evidenciada a conduta culposa do condutor do veículo.

Assim, seguramente amparada a manutenção da responsabilidade decretada em primeiro grau pelos fundamentos já transcritos, mormente a imprudência do demandado consistente no excesso de velocidade para o local, que o impediu de frear satisfatoriamente ou desviar da vítima a ponto de impedir a consequência trágica da morte de uma criança de 6 (seis) anos de idade.

Destaca-se, em tal aspecto, a prova oral colhida na instrução do presente feito (fls. 559/560) e no processo criminal em que o réu foi condenado em primeira instância com o reconhecimento da prescrição em grau de recurso (fls. 519/553), que converge, ainda, para a concorrência de culpa do autor na qualidade de genitor da vítima que, embora certamente tenha sofrido demais com o ocorrido, poderia ter evitado acaso impedisse que a criança andasse de bicicleta nas condições apuradas e no local dos fatos em que havia fluxo de veículos.

E mais, tocante a culpa do réu, ao contrário do aduzido em suas razões recursais é certo que, trafegando nas condições adequadas, surpreendido pela primeira bicicleta na qual estavam o pai e irmão da vítima automaticamente reduziria com proveito sua velocidade diante da possibilidade de outras pessoas inadvertidamente cruzarem a mesma rua. Ora, a prudência com que age o motorista cuidadoso não permite o raciocínio esposado pelo réu de que jamais poderia imaginar ser surpreendido por outra bicicleta, mas ao contrário, por reflexo, qualquer um tenderia a diminuir severamente a velocidade e emitir sinais de farol e buzina no intuito de advertir outros transeuntes.

Desta feita, o infortúnio originou-se da imprudência do condutor do veículo, caracterizada, pois, sua responsabilidade pelo ato ilícito indenizável, a teor do disposto nos artigos 186 e 927, do Código Civil.

Também a negligência do autor da demanda concorreu para os fatos por ter permitido que seu filho pequeno andasse de bicicleta no meio da rua, devendo ser mantida a consideração na fixação da indenização, a teor do disposto no parágrafo único do artigo 944 do Código Civil.

Portanto, uma vez demonstrada culpa concorrente e nexo de causalidade entre o evento e os danos suportados, deve ser ratificado o dever de indenizar imposto, restando apenas a devida análise da natureza e dos montantes fixados a

Acesso ao Sumário

título de condenação em atendimento às inconformidades deduzidas.

Inicialmente, ausente recurso das partes, merece ser mantida condenação dos réus ao pagamento dos danos materiais relativos às despesas com o funeral da vítima no importe de R$ 350,00 (trezentos e cinquenta reais), que deverão ser corrigidos desde o desembolso e acrescidos de juros de mora da mesma data nos termos das Súmulas 43 e 54 do C. STJ.

Tocante ao pensionamento, a confirmação é de rigor inclusive em prestígio ao princípio da reparação integral do dano, considerada jurisprudência do C. STJ que reconhece a presunção de contribuição dos filhos nas famílias de baixa renda como a dos autores beneficiários da gratuidade, mesmo sendo menor de idade o falecido.

Confira-se a propósito:

"***PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO. INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS E MATERIAIS. ACIDENTE EM RODOVIA FEDERAL. MÁ CONSERVAÇÃO DE RODOVIA E PRECARIEDADE DE SINALIZAÇÃO. PRESUNÇÃO DE CONTRIBUIÇÃO NO SUSTENTO DA FAMÍLIA DE BAIXA RENDA. PENSÃO PÓS-MORTE EM FAVOR DOS GENITORES DA VÍTIMA. POSSIBILIDADE.***

1. A jurisprudência desta Corte é pacífica no sentido de que é devida indenização de dano material consistente em pensionamento mensal aos genitores de menor falecido, ainda que este não exerça atividade remunerada, posto que se presume ajuda mútua entre os integrantes de famílias de baixa renda. *Precedentes: REsp 740.059/RJ, Rel. Min. Aldir Passarinho Junior, Quarta Turma, DJ 06/08/2007; REsp 1258756/RS, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, DJe 29/05/2012; REsp 427.842/RJ, Rel. Min. Eliana Calmon, Segunda Turma, DJ 04/10/2004.*

2. Agravo regimental não provido." (Primeira Turma, AgR no REsp nº 1.228.184-RS, Rel. Min. Benedito Gonçalves, j. 28/08/2012 – destaquei).

Também corretos os critérios adotados de início a partir da data em que o falecido completaria 14 (catorze) anos de idade, redução desde quando atingisse 25 (vinte e cinco) anos e extinção com a morte dos genitores ou atingimento data em que o ***de cujus*** completaria 70 (setenta) anos.

E nem mesmo prevalece inconformidade com o termo final pela pretensão de seu exaurimento na data em que o falecido completasse 25 (vinte e cinco) anos, pois na hipótese não há término da obrigação, mas mera redução do ***quantum*** já determinada na r. sentença.

Acertado, ainda, o termo final da pensão de maneira alternativa entre o falecimento dos genitores ou atingimento da data em que o falecido completaria

Acesso ao Sumário

70 (setenta) anos de idade em razão da expectativa de vida apurada pelo IBGE.

Confira-se a jurisprudência do C. STJ, ***in verbis***:

"*CIVIL E PROCESSUAL. AÇÃO INDENIZATÓRIA.* ***ATROPELAMENTO EM VIA FÉRREA. MORTE DE PEDESTRE MENOR DE IDADE.*** *DEFICIÊNCIA NO ISOLAMENTO E FISCALIZAÇÃO DA LINHA. RESPONSABILIDADE DA EMPRESA CONCESSIONÁRIA DO TRANSPORTE. DANOS MATERIAIS E MORAIS DEVIDOS. PENSÃO. JUROS MORATÓRIOS. SÚMULA N. 54-STJ. DISPENSA DA CONSTITUIÇÃO DE CAPITAL GARANTIDOR DA OBRIGAÇÃO. INCLUSÃO EM FOLHA DE PAGAMENTO DA FERROVIA.*

I. Prevalece, no Superior Tribunal de Justiça, a orientação jurisprudencial no sentido de que é civilmente responsável a concessionária do transporte ferroviário pelo falecimento de pedestre vítima de atropelamento por trem em via férrea, porquanto incumbe à empresa que explora tal atividade cercar e fiscalizar, eficazmente, a linha, de modo a impedir a sua invasão por terceiros, notadamente em locais urbanos e populosos.

II. Devido o ressarcimento a título de danos morais, pela dor sofrida com a perda do ente querido por seus pais, bem assim a ***indenização por danos materiais, no pressuposto de que, em se tratando de família humilde, a menor, atingido o piso constitucional (14 anos), iria colaborar com a manutenção do lar onde residia com sua família.***

III. ***Pensão fixada em dois terços (2/3) do salário mínimo, reduzida a 1/3 (um terço) a partir da data em que a vítima atingiria 25 anos, quando, pela presunção, constituiria nova família, até a longevidade provável prevista em tabela expedida pela Previdência Social, se até lá vivos estiverem os pais.***

IV. Os juros moratórios fluem a partir do evento danoso, em caso de responsabilidade extracontratual (Súmula n. 54-STJ).

V. Recurso conhecido e parcialmente provido." (4ª Turma, REsp 293260/SP, Rel. Min. Aldir Passarinho Junior, j. 22/03/2001 – destaquei).

E ainda:

"*CIVIL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO. ATROPELAMENTO. VÍTIMA FATAL. PENSIONAMENTO. SOBREVIDA PROVÁVEL. TABELA PREVIDENCIÁRIA E DO IBGE.*

I. A longevidade provável de vítima fatal, para efeito de fixação de tempo de pensionamento, deve ser apurada em consonância com a tabela de sobrevida adotada pela Previdência Social, de acordo com cálculos elaborados pelo IBGE. Precedentes.

II. Recurso especial conhecido e provido em parte." (4ª Turma, REsp nº

Acesso ao Sumário

268.265-SP, Rel. Min. César Asfor Rocha, j. 04/04/2002)

Em relação à reparação extrapatrimonial, desnecessário dizer que a morte de filho consiste em evento passível de indenização, posto que a dor, a angústia, a aflição física ou espiritual impostas é inimaginável, provocando até mesmo a inversão da ordem natural da vida fazendo com que os pais tivessem que enterrar o próprio filho de tenra idade.

É cediço, pois, que o dano moral se origina no agravo que produz dor psíquica, abalo do sistema nervoso, depressão, vergonha, insônia e que fere a dignidade da pessoa. É o dano interno que toda pessoa pode sofrer, mas impossível de ser revelado no processo, porque diz com o sentimento da alma.

A dor, naturalmente, não é mensurável em pecúnia, dependendo a fixação indenizatória da intensidade do sofrimento do ofendido, sua posição social e política, a natureza e repercussão do agravo, a intensidade do dolo ou a culpa do responsável e sua situação econômica.

Por outro lado, deve-se também considerar que a indenização não pode ser excessiva, nem tão miúda a retirar o condão de inibir a repetição da prática pelo lesante.

Pertinente ao tema o registro de Carlos Alberto Bittar: "*Em consonância com essa diretriz, a indenização por danos morais deve traduzir-se em montante que represente advertência ao lesante e à sociedade de que não se aceita o comportamento assumido, ou o evento lesivo advindo. Consubstancia-se, portanto, em importância compatível com o vulto dos interesses em conflito, refletindo-se, de modo expressivo, no patrimônio do lesante, a fim de que sinta, efetivamente, a resposta da ordem jurídica aos efeitos do resultado lesivo produzido. Deve, pois, ser quantia economicamente significativa, em razão das potencialidades do patrimônio do lesante*" (***in*** "Reparação Civil por Danos Morais", 3ª edição, 1997, Revista dos Tribunais, p. 233).

Destarte, embora inegável, como explicitado, a ocorrência dos danos morais, seu arbitramento deve ser proporcional ao comportamento do infrator e à pretensão, sendo certo que o ***quantum*** indenizatório tem natureza punitiva e ao mesmo tempo reparadora, devendo ser estimado com razoabilidade, pois, imposição que possa implicar enriquecimento ilícito ou aquela que não exerça função reparadora deve ser evitada, observando-se, como diretriz, a condição do agente causador do dano, a sua situação econômica privilegiada, a gravidade da repercussão, bem como a própria dignidade da pessoa humana, tutelada pelo inciso III do artigo 1º da CF.

Assim, consideradas as peculiaridades da espécie e a culpa concorrente, conforme anotado na r. sentença, o montante estabelecido no juízo de origem de R$ 50.000,00 (cinquenta mil reais) para cada um dos demandantes não merece redução, pois, condizente com a intensidade do constrangimento suportado,

Acesso ao Sumário

gravidade, natureza, repercussão da ofensa, situação social e econômica das partes, sem levar ao apontado enriquecimento indevido.

A correção monetária deverá incidir em relação aos danos morais desde a data da fixação, nos termos da Súmula 362 do C. STJ, computando-se os juros de mora a partir do evento danoso conforme a Súmula 54 do mesmo Tribunal (REsp 1.034.652-MG, Rel. Min. Raul Araújo, j. 05/06/2014).

Ultrapassada, pois, análise das inconformidades relativas à lide primária, resta apreciar os fundamentos deduzidos para a reforma do ***decisum*** na parte que cuida da denunciação da lide formulada e seus reflexos.

Primeira questão relevante sobre os limites da responsabilidade da litisdenunciada diz respeito à possibilidade de inclusão da condenação imposta a título de danos morais nos danos corporais cobertos pela apólice contratada (fls.137/138).

E neste aspecto, a jurisprudência atual do C. STJ, posterior à Súmula 402 da mesma Corte Superior, reconhece a inclusão dos danos morais nos danos corporais contratados.

Anote-se:

"*AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE REPARAÇÃO DE DANOS. SEGURADORA RESPONSÁVEL PELO PAGAMENTO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. INCLUSÃO DOS DANOS MORAIS NOS DANOS CORPORAIS. PRECEDENTES.*

1. ***O entendimento do Tribunal de origem está em harmonia com a jurisprudência desta Corte, firmada no sentido de que a previsão contratual de cobertura dos danos corporais abrange os danos morais nos contratos de seguro.*** *Precedentes.*

2. Agravo regimental a que se nega provimento com aplicação de multa." (AgRg no Agravo em Recurso Especial nº 360.772-SC, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, j. 03/09/2013 – destaquei).

E do corpo do V. Acórdão, ***in verbis***:

"*(...) A parte agravante não trouxe nenhuma argumentação capaz de modificar conclusão do decisório agravado, que merece ser mantido por seus próprios fundamentos:*

(...) ***Ora, é de conhecimento comum e pacífico na jurisprudência o entendimento de que a indenização por danos morais está embutida nos 'danos pessoais' ou 'danos corporais'****. Assim, o valor estipulado na apólice para esses danos englobam todos os infortúnios físicos e morais que tenham de ser indenizados pelo segurado.*

Neste sentido, destaca-se da jurisprudência deste Tribunal:

A apólice é o instrumento de relação contratual, devendo constar na mesma, as condições principais, dentre as quais, qualquer tipo de exclusão que possa trazer prejuízos ao segurado. Deve consignar a apólice, todos os riscos assumidos, o valor do objeto segurado, prêmio devido ou pago pela seguradora e todas as demais estipulações que forem objeto do contrato e nele ajustadas (Apelação Cível n. 2007.044618-O, de Campos Novos. Relator: o subscritor, j.11-5-2009).

E ainda:

Inquestionavelmente, os danos morais subsumem-se na classificação de danos pessoais. Prevista no contrato de seguro cobertura para os danos pessoais, os danos morais enquadram-se na responsabilidade de ressarcimento da seguradora, impondo-se, pois, ressarcidos por conta da apólice que rege as relações estabelecidas entre a responsável direta pela reparação advinda do cometimento de ilícito e a companhia de seguros denunciada à lide (Apelação Cível n. 1998.015971-7, de Biguaçú, rel. Des. Trindade dos Santos, j. 29-6-2000).

Com se sabe, as relações securitárias regem-se pelo Código de Defesa do Consumidor, especialmente em relação ao previsto no art. 47 desse Diploma, verbis: 'As cláusulas contratuais serão interpretadas de maneira mais favorável ao consumidor'.

(...)

No entanto, apesar da seguradora demonstrar que há previsão, nas cláusulas gerais do contrato, de hipótese que exclui a incidência da indenização decorrente de danos morais e estéticos (conforme item 3, x, de fls. 681), ela não obteve êxito em comprovar que o segurado teve ciência da existência desta cláusula, tampouco que concordou com a sua presença no contrato.

Portanto, resta clara a responsabilidade da seguradora em arcar com os danos morais, uma vez que se encontram embutidos nos danos pessoais e corporais (...).

***Com efeito, observa-se que o entendimento do Tribunal de origem está em perfeita harmonia com a jurisprudência desta Corte, firmada no sentido de que a previsão contratual de cobertura dos danos corporais abrange os danos morais**. (...)*". (destaquei)

Ademais, no esteio da jurisprudência citada, não há prova nos autos de que as condições gerais acostadas pela litisdenunciada (fls. 299/385) contendo exclusão de cobertura para danos morais se apliquem exatamente à apólice contratada, porquanto não há nenhum elemento de identificação ou prova de ciência por parte da segurada.

Ora, uma vez que as relações securitárias são regidas pelo Código de

Acesso ao Sumário

Defesa do Consumidor é indispensável a demonstração de que o segurado foi advertido da exclusão expressa da cobertura por danos morais, mormente pelo reconhecimento da jurisprudência de sua inclusão nos danos corporais/pessoais protegidos e, como dito, tal prova não consta dos autos.

Por sua vez, a dedução do valor recebido pelos autores a título de indenização decorrente do Seguro Obrigatório – DPVAT que segue a Súmula 246 do C. STJ deverá ocorrer em relação à cobertura prevista para danos corporais da apólice contratada junto à litisdenunciada, porquanto se trata de seguro de responsabilidade civil que visa complementar o montante já recebido.

Ademais, a própria lei de regência (6.194/74), no ***caput*** do artigo 3º, dispõe que a sua cobertura é relativa aos danos pessoais:

> "*Art. 3º* ***Os danos pessoais cobertos pelo seguro estabelecido no art. 2º desta Lei*** *compreendem as indenizações por morte, por invalidez permanente, total ou parcial, e por despesas de assistência médica e suplementares, nos valores e conforme as regras que se seguem, por pessoa vitimada: (...)*" (destaquei)

Em relação à sucumbência, uma vez que a litisdenunciada não só ofereceu contestação, como recorreu da r. sentença, demonstrando claramente resistência à lide, deverá arcar com o pagamento de honorários advocatícios ao patrono dos réus que fixo em 10% do valor do reembolso, nos moldes do § 3º, do artigo 20, do CPC.

Por fim, não há falar em sucumbência recíproca dos autores como sustentado pelos réus, posto que atendidos integralmente os pedidos, ainda que a condenação ao pagamento de indenização por dano moral tenha sido em montante inferior ao postulado (Súmula 326 do C. STJ).

Ante o exposto, dou parcial provimento aos recursos.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0000993-80.2011.8.26.0156, da Comarca de Cruzeiro, em que é apelante BANDEIRANTE ENERGIA S/A, são apelados CÉLIO VITORIANO (JUSTIÇA GRATUITA) e TAMIRES MORAIS SOARES DA SILVA VITORIANO (JUSTIÇA GRATUITA).

ACORDAM, em 11ª 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 12.756)**

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

São Paulo, 20 de agosto de 2014.

EDGARD ROSA, Relator

Ementa: DIREITO DO CONSUMIDOR – PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS – INTERRUPÇÃO NO FORNECIMENTO DE ENERGIA ELÉTRICA DURANTE A CERIMÔNIA RELIGIOSA E FESTIVIDADES DE CASAMENTO – NOIVOS PREJUDICADOS COM A FALTA DE ENERGIA ELÉTRICA QUE SE APRESENTAM COMO CONSUMIDORES EQUIPARADOS DIANTE DA CONCESSIONÁRIA PRESTADORA DO SERVIÇO PÚBLICO – HIPOSSUFICIÊNCIA TÉCNICA E VEROSSIMILHANÇA A ENSEJAR A INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA – FORNECEDORA DO SERVIÇO QUE NÃO COMPROVOU TER AGIDO COM PRESTEZA E EFICIÊNCIA, DE MODO A MINIMIZAR OS PREJUÍZOS DECORRENTES DA PARALISAÇÃO NO FORNECIMENTO DE ENERGIA – PROVA SUFICIENTE DA QUEDA DE ENERGIA NA OCASIÃO E DEMORA NO SEU RESTABELECIMENTO – EXCLUDENTES DE CULPA EXCLUSIVA DE TERCEIRO E CASO FORTUITO NÃO VERIFICADAS NA ESPÉCIE – DANO MATERIAL QUE CORRESPONDE AO VALOR COMPROVADAMENTE DESPENDIDO COM SERVIÇO CONTRATADO DE FILMAGEM E FOTOGRAFIA – DANO MORAL CONFIGURADO – INCIDENTE QUE REPERCUTIU DE MANEIRA NEGATIVA E INTENSA NOS DIREITOS DE PERSONALIDADE DOS NOIVOS – INDENIZAÇÃO CORRETAMENTE ARBITRADA NA SENTENÇA – VALOR ADEQUADO AOS CRITÉRIOS E PARÂMETROS UTILIZADOS PELA JURISPRUDÊNCIA – SENTENÇA CONFIRMADA. – Recurso desprovido.

Acesso ao Sumário

VOTO

Trata-se de tempestivo e preparado recurso de apelação (fls. 108/125), interposto contra a sentença de fls. 101/105, que julgou parcialmente procedente a ação de reparação de danos morais e materiais decorrentes da interrupção do fornecimento de energia elétrica durante cerimônia para celebração de casamento dos autores.

Irresignada, recorre a concessionária ré, alegando, em resumo, que não tem responsabilidade pela interrupção no fornecimento de energia elétrica, mas sim a igreja contratada pelos autores para celebração da cerimônia de casamento, que deveria contar com gerador próprio de energia para se prevenir em casos de queda de energia. Sustenta, outrossim, que os autores não demonstraram que as fotografias apresentadas nos autos foram captadas por equipe por eles contratada para a cobertura do casamento, sendo que atualmente fotografias e filmagem não mais dependem de energia elétrica, bastando o *flash* dos equipamentos, abastecido a partir de pilhas ou baterias próprias. Segundo argumentam, os próprios autores é que teriam deixado de buscar local para a realização do evento com segurança. Impugnam, assim, os pressupostos para caracterização de sua responsabilidade civil e a ocorrência de dano moral indenizável na espécie.

Houve resposta (fls. 128/132).

Este é o relatório.

O recurso não comporta provimento, sendo o caso de confirmação da r. sentença por seus fundamentos.

Narra a inicial que os apelados, no intuito de se unirem em matrimônio, planejaram a realização de cerimônia religiosa na Igreja Evangélica Congregacional de Cruzeiro, contratando serviços de filmagem e fotografia no valor de R$ 1.980,00 e de flores no valor de R$ 1.300,00, além da locação de trajes no valor de R$ 950,00.

Ocorre que, pouco antes do horário previsto para o início da celebração, às **20 horas**, houve súbita queda da energia elétrica no local, sem aviso prévio, e mesmo após contatada a concessionária ré reiteradas vezes para apuração da origem do problema e obtenção de estimativa do tempo necessário para o restabelecimento, o fornecimento de energia elétrica foi restabelecido somente por volta das **23,30 horas**, demora que fez com que a maioria dos convidados, cansados de esperar, fossem embora do evento.

Por fim, o casamento foi realizado com a presença de pouquíssimos convidados e sem energia elétrica, o que comprometeu a qualidade da filmagem e das fotografias no evento, que ficaram sem qualidade, sendo certo que o tempo da celebração teve de ser reduzido por estarem acabando as baterias das câmeras fotográficas e das filmadoras, em razão da constante utilização dos *flashes*. Também foi comprometido todo o repertório de música, por não haver

Acesso ao Sumário

meios de ligar os instrumentos, assim como a decoração, que também ficou sem visibilidade.

Assim, alegando os autores que a interrupção do fornecimento do serviço e a demora para seu restabelecimento constituíram ilícito ofensivo à sua dignidade, formularam pedido de ressarcimento do preço dos serviços contratados para a cerimônia, no valor de **R$ 4.230,00**, além de indenização por dano moral postulada no montante de **R$ 10.800,00**.

Em sua defesa, insiste a ré, concessionária do serviço de fornecimento de energia elétrica, em dizer que a responsabilidade pelos danos decorrentes da queda de energia caberia à Igreja contratada para a cerimônia, pois não tem relação jurídica com os autores. Sustenta, outrossim, que os autores não comprovaram a queda de energia ocorrida, além de impugnar a ocorrência de dano moral na espécie.

Em que pese ao inconformismo da ré ora apelante, a confirmação da sentença recorrida é medida de rigor.

Cumpre consignar, por proêmio, que se está diante de típica relação de consumo, incidindo as normas da Lei nº 8.078/90, com aplicação da principiologia inerente ao sistema de proteção do consumidor. Muito embora a apelante ressalte não manter contrato ou relação jurídica com os autores, o fato é que no caso em apreço eles se apresentam como consumidores equiparados, de acordo com o conceito estabelecido no art. 29 do Código de Defesa do Consumidor.

Nesse diapasão, a inversão do ônus da prova, neste âmbito, é aplicável com o arrimo de se buscar a facilitação da defesa dos direitos do consumidor, nas situações em que ficar evidenciada a hipossuficiência técnica deste e a verossimilhança de suas alegações.

É o caso dos autos, pois a prova a respeito da eficiência no restabelecimento do serviço prestado pela apelante demanda alta complexidade técnica. Ademais, a exposição fática desenvolvida na exordial se mostra verossímil, mormente porque a ré não comprova que se esforçou para solucionar o problema com brevidade ou sequer que os seus funcionários teriam apresentado ao menos uma estimativa para o restabelecimento da energia.

Conclui-se, portanto, que a ré não despendeu o esforço necessário para reduzir ao máximo o período de interrupção na prestação do serviço e seus efeitos deletérios aos consumidores.

Note-se, outrossim, que diversamente do que aduz a apelante, os autores lograram produzir prova documental e testemunhal suficiente quanto à efetiva queda de energia na ocasião da cerimônia religiosa de seu casamento e demora excessiva no seu restabelecimento. As fotografias de fls. 17/22 não deixam dúvidas de que o casamento teve de ser realmente celebrado na escuridão.

Acesso ao Sumário

Assim, não favorece a apelante a alegação de culpa exclusiva de terceiro, isto é, da Igreja onde era realizada a cerimônia, alegação que não restou comprovada, pois em princípio a responsabilidade pela interrupção cabe à prestadora do serviço de energia. Tampouco se cogita de caso fortuito, pois independentemente da causa que levou à interrupção no fornecimento de energia elétrica, cabia em primeiro lugar à apelante, e a mais ninguém, tomar as providências cabíveis visando ao restabelecimento do fornecimento de energia em tempo razoável, condizente com a eficiência com que deve atuar, por se tratar de concessionária de serviço público.

Em vista do nexo causal existente entre o evento danoso e a atividade explorada por esta última, emerge a aplicação do art. 14 do Código de Defesa do Consumidor:

> "*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 a fruição e riscos.*"

Colhe-se do dispositivo legal que a responsabilidade, no caso, é objetiva. Isso significa que a empresa fornecedora de energia elétrica, para se eximir da responsabilidade que lhe é imputada e se livrar do dever de indenizar, deveria comprovar que inexiste defeito na prestação do serviço, ou que este teria ocorrido por culpa exclusiva do consumidor ou de terceiro (§ 3º, I e II, do mesmo dispositivo legal mencionado), mas desse ônus não se desincumbiu.

Não se olvide, ainda, que o parágrafo único do art. 22 do mesmo diploma impõe a responsabilização dos órgãos públicos, por si ou suas empresas, pelo descumprimento, ainda que parcial, da obrigação de prestar serviços de maneira contínua.

Com efeito, tivesse a apelante restabelecido o fornecimento de energia elétrica com maior presteza, a cerimônia de casamento teria se realizado normalmente. Contudo, a prova produzida no curso da instrução corrobora o relato dos autores de que o problema somente foi solucionado várias horas depois, quando já encerrada a cerimônia, o que ocasionou os danos materiais reconhecidos na r. sentença profligada, consistentes nos gastos comprovadamente suportados pelos recorridos com os serviços de filmagem e fotografia, no valor de R$ 2.070,00 (fls. 15/16), que não puderam ser prestados a contento, ficando comprometidos em razão da falta de energia elétrica, por ineficiência imputada à apelante.

Diversamente do que tenta fazer crer a apelante em seu recurso, é evidente que os serviços de filmagem e fotografia dependem de energia elétrica para sua boa execução, tanto para efeito de iluminação adequada no recinto quanto para o prolongado funcionamento dos *flashes*, que consomem muita bateria,

Acesso ao Sumário

necessitando de uma fonte de energia.

O padecimento moral, outrossim, é inegável.

A cerimônia de casamento reveste-se para os noivos de especial importância. Nesse dia de festividade, tudo aquilo que foi sonhado e planejado, inclusive os serviços, é aguardado com grande expectativa.

No caso, o aludido incidente, que se prolongou por todo o tempo em que transcorreram a cerimônia e as festividades, dispensa maiores digressões, pois os apelados foram surpreendidos com a interrupção no fornecimento de energia elétrica e a inocorrência de solução do problema a tempo de garantir a realização da cerimônia da forma planejada.

As consequências são aptas a acarretar transtornos e aborrecimentos que extrapolam a simples esfera de normalidade, gerando inequívocos danos morais indenizáveis.

Cumpre consignar que no caso em apreço não se faz necessária a prova do dano, que se presume. O dever de indenizar decorre tão somente da afronta ao direito perpetrada pela recorrente, conforme a sempre lembrada lição do Prof. 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.*" *(Reparação Civil por Danos Morais, Editora Revista dos Tribunais, 2ª Ed., p. 202/204)*.

Logo, é imperioso reconhecer a responsabilidade da apelante pelo fato do serviço por ela prestado, o que inclusive já ficou assentado por esta Corte de Justiça no julgamento de casos análogos:

> "*REPARAÇÃO DE DANOS MORAIS E MATERIAIS – Interrupção no fornecimento de energia elétrica na data, horário e local onde se realizava cerimônia de casamento – Demora no restabelecimento do serviço, que apenas foi normalizado após o término da cerimônia – Inexistência de prova de caso fortuito apto a justificar a demora da Apelante – Danos morais configurados – Dever de reparar – Quantum fixado em R$ 35.000,00 reduzido para R$ 15.000,00 – Proporcionalidade e razoabilidade. Recurso parcialmente provido.*" *(Apelação nº 9105864-30.2007.8.26.0000, 12ª Câmara de Direito Privado, Rel. Des. Tasso Duarte de Melo)*.

Acesso ao Sumário

"*Prestação de serviços – Fornecimento de energia elétrica – Interrupção do serviço durante cerimônia e festa de casamento dos autores – Indenização por danos materiais e morais – Arguição da ré da ocorrência de força maior – Inexistência de prova. Cabia à ré, prestadora de serviço público, provar que os fatos, especialmente a demora em restabelecer o fornecimento de energia elétrica ao imóvel onde se realizava a festa de casamento, decorreram de caso fortuito ou de força maior – Não tendo havido a prova de que a demora no restabelecimento do serviço de energia elétrica tenha decorrido de força maior ou de caso fortuito e comprovado o dissabor de a luz elétrica não ser fornecida durante mais de três horas, quando a festa estava em plena realização, ficam claros os danos morais e materiais que disso decorreram – Os danos materiais, porém, tendo em vista que, em parte a festa se realizou, se incorporam, no caso sob exame, nos danos morais, de tal modo que estes devem ser arbitrados levando-se em consideração as despesas com a festa, sempre tendo em conta que, em parte, impossível de precisar se os gastos alcançaram seus objetivos. Apelação provida em parte.*" *(Apelação nº 992.05.111179-8, 30ª Câmara de Direito Privado, Rel. Des. Lino Machado).*

Passando-se à análise do *quantum* indenizatório, o montante arbitrado pelo MM. Juízo *a quo*, qual seja, 10 salários mínimos, isto é, R$ 6.220,00 à época, não merece redução, pois bem atende, no caso, aos critérios ressarcitório e punitivo, e não destoa dos parâmetros delineados pela jurisprudência: "*A indenização do dano moral deve ser fixada em termos razoáveis, não se justificando que a reparação venha a constituir-se em enriquecimento sem causa, com manifestos abusos e exageros, devendo o arbitramento operar-se com moderação, proporcionalmente ao grau de culpa e ao porte econômico das partes, orientando-se o juiz pelos critérios sugeridos pela doutrina e pela jurisprudência, com razoabilidade, valendo-se de sua experiência, e do bom-senso, atendo à realidade da vida e às peculiaridades de cada caso. Ademais, deve ela contribuir para desestimular o ofensor a repetir o ato, inibindo sua conduta antijurídica (RSTJ 137/486 e STJ-RT 775/211).*"

"*Na fixação da indenização por danos morais, recomendável que o arbitramento seja feito com moderação, proporcionalmente ao grau de culpa, ao nível sócio-econômico dos autores e, ainda, ao porte da empresa recorrida (RSTJ 112/216 e STJ-RF 355/201).*"

A correção monetária e os juros moratórios legais incidentes sobre a condenação serão calculados na forma estabelecida na r. sentença, ora confirmada por seus próprios e jurídicos fundamentos, ademais dos acrescidos.

Nega-se provimento ao recurso.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0001849-24.2010.8.26.0562, da Comarca de Santos, em que é apelante HAPAG-LLOYD AG, são apelados GW GERENCIAMENTO DE FRETES DO BRASIL LTDA. e LG PHILIPS DYSPLAYS BRASIL 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 12129)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores JOSÉ MARCOS MARRONE (Presidente) e J. B. FRANCO DE GODOI.

São Paulo, 27 de agosto de 2014.

SÉRGIO SHIMURA, Relator

Ementa: SOBREESTADIA - PRESCRIÇÃO - Inocorrência - Inaplicabilidade do art. 22 da Lei nº 9.611/98 - Transporte que envolveu apenas a modalidade marítima - Hipótese que não versa sobre transporte multimodal - Relação jurídica contratual, em que expressamente foi pactuada a obrigação de devolução do *container* e o valor devido em caso de descumprimento dessa obrigação - Dívida líquida constante de instrumento particular - Aplicação do art. 206, § 5°, I, do Código Civil, consoante entendimento pacificado na jurisprudência do c. STJ - Prazo prescricional de cinco anos, contado da data da devolução do *container* - PRELIMINAR REJEITADA.

COBRANÇA – SOBREESTADIA ("DEMURRAGE") - Devolução de *container* fora do prazo ajustado entre as partes - Ação julgada liminarmente improcedente, nos termos do art. 285-A do CPC - Embora a matéria discutida na presente demanda não seja exclusivamente de direito, o julgamento prescinde de dilação probatória, tendo em vista que o robusto acervo documental apresentado com a inicial é suficiente para o deslinde da controvérsia. Ademais, em contrarrazões, as rés impugnaram especificadamente os fatos e fundamentos deduzidos

Acesso ao Sumário

na inicial, possibilitando o julgamento nesta instância - Art. 515, § 3º, CPC - RECURSO PROVIDO.

COBRANÇA - SOBREESTADIA - Indenização pela devolução do *container* fora do prazo estabelecido para isenção de pagamento (free time) - Conhecimento de transporte que menciona o prazo de 10 dias de isenção - Documento comprobatório da entrega dos *containers* após dois anos da data da descarga no porto - Alegação de dificuldades no desembaraço em face da situação portuária, que não é justificativa para eximir o importador da responsabilidade pela demora na devolução do *container* - Pagamento de sobreestadia devido - Valor calculado em moeda americana, convertido para Real na data do ajuizamento da ação - Sentença de improcedência que merece reformada, julgando-se a ação procedente, com inversão do ônus da sucumbência a cargo da rés - RECURSO PROVIDO.

VOTO

Trata-se de ação de cobrança proposta por HAPAG-LLOYD AG contra LG PHILIPS DYSPLAYS BRASIL LTDA. e GW GERENCIAMENTO DE FRETES DO BRASIL LTDA. (atual denominação de TNT Gerenciamento de Fretes do Brasil Ltda.), objetivando o recebimento da quantia de R$ 293.331,00, correspondente às despesas de sobreestadia de *containers*.

Sobreveio sentença de improcedência, nos termos do art. 285-A, do CPC, cujo relatório se adota, tendo em vista que, tratando-se de cláusula penal, a autora deixou de demonstrar a culpa exclusiva das rés pela não devolução dos *containers* no prazo ajustado, sem condenação nas verbas de sucumbência (fls. 70/76).

Inconformada, a autora vem recorrer, sustentando, em resumo, que houve afronta ao art. 285-A, do CPC, tendo em vista a inexistência de precedentes; e que o entendimento majoritário na jurisprudência é de que a sobreestadia constitui-se de indenização devida pelo atraso na devolução dos *containers* (fls. 80/93).

Recurso devidamente processado, as rés foram citadas e ofereceram contrarrazões (fls. 471/480, pela GW e fls. 495/506, pela LG PHILIPS).

Certificada a irregularidade na intimação do advogado da GW Gerenciamento de Fretes do Brasil Ltda., foi decretada a nulidade dos atos processuais a partir da distribuição do recurso em segundo grau (fl. 646),

Acesso ao Sumário

impondo-se novo julgamento da apelação. **É o relatório.**

Cuida-se de ação de cobrança de sobreestadia, sob o argumento de que os *containers* foram devolvidos fora de prazo.

O fundamento esposado pelo MM. Juiz *a quo* para o decreto liminar de improcedência é o de que a sobreestadia "decorre da obrigação acessória de contrato de transporte marítimo de mercadorias, consistente na devolução em determinado prazo dos *containers* utilizados", entendendo que o não cumprimento dessa obrigação, "revela não só o seu caráter de punição, como também de fixação prévia de indenização pela privação do uso dos *containers* que, em regra, pertencem ao próprio transportador marítimo (contratado)" (fls. 71/72).

Assim, segundo o ilustre Magistrado, a culpa pelo descumprimento da obrigação deve ser provada pela autora; logo, se não houve indicação na petição inicial em que consiste a culpa das rés, inexiste justificativa para aludida cobrança.

Embora a matéria discutida na presente demanda não seja exclusivamente de direito, o julgamento prescinde de dilação probatória, tendo em vista que o robusto acervo documental apresentado com a inicial é suficiente para o deslinde da controvérsia.

Ademais, a corré GW GERENCIAMENTO DE FRETES DO BRASIL LTDA. manifestou-se no sentido de manutenção da sentença de improcedência, sob o fundamento de que compete à autora-apelante a prova da culpa pelo eventual atraso na devolução do *container*. Além disso, defendeu serem indevidos os valores cobrados, pois não reteve indevidamente os *containers*, devendo levar-se em conta a "**enorme burocracia estatal, greves de serventuários etc.**" (grifo e negrito originais). Por fim, refutou o valor cobrado, invocando o limite do art. 412 do Código Civil.

Por seu turno, a corré LG PHILIPS arguiu, como preliminares, a prescrição anual e a falta de interesse de agir, vez que a autora-apelante deveria buscar seu crédito perante o Juízo da Recuperação Judicial, em São José dos Campos. No mérito, pugnou pela manutenção da sentença, concordando com a fundamentação do MM. Juiz *a quo*, a respeito da natureza jurídica da sobreestadia e da ausência de prova da culpa.

Sendo assim, há possibilidade de julgamento nesta segunda instância, vez que as rés impugnaram especificadamente os fatos e fundamentos da inicial, conforme permissivo do art. 515, § 3º, CPC.

Prescrição. O art. 22 da Lei n° 9.611/98 estabelece que "As ações judiciais oriundas do não cumprimento das responsabilidades decorrentes do transporte multimodal deverão ser intentadas no prazo máximo de um ano, contado da data da entrega da mercadoria no ponto de destino ou, caso isso não ocorra,

Acesso ao Sumário

do nonagésimo dia após o prazo previsto para a referida entrega, sob pena de prescrição" (g/n). Outrossim o art. 2°, "*caput*", desta lei dispõe que: "Transporte Multimodal de Cargas é aquele que, regido por um único contrato, utiliza duas ou mais modalidades de transporte, desde a origem até o destino, e é executado sob a responsabilidade única de um Operador de Transporte Multimodal".

Na espécie, houve apenas o transporte marítimo das mercadorias, o que afasta a aplicação do referido dispositivo. Aliado a isso, a relação jurídica entre as partes está embasada em contrato, em que expressamente se pactuou a devolução dos *containers* e o valor devido em caso de descumprimento dessa obrigação.

Sendo assim, adotando o atual posicionamento do c. Superior Tribunal de Justiça, impõe-se a aplicação do art. 206, § 5º, inciso I, do Código Civil, que prevê o prazo prescricional de cinco anos para a pretensão de cobrança de dívida líquida constante de instrumento particular, contados da data da devolução dos *containers*.

Nesse contexto, se a devolução dos *containers* se deu entre 28/05/2009 e 24/06/2009 (fl. 60) e a ação foi proposta em 17/01/2010, não há que se cogitar de prescrição.

A questão tornou-se pacificada na jurisprudência do c. STJ, que assim tem decidido: "DIREITO COMERCIAL. RECURSO ESPECIAL. PRESCRIÇÃO. SOBRE-ESTADIA DE CONTÊINERES (DEMURRAGE). REVOGAÇÃO DO ART. 449 DO CÓDIGO COMERCIAL. TAXA PREVISTA NO CONTRATO. OBRIGAÇÃO LÍQUIDA. PRAZO PRESCRICIONAL QUINQUENAL. ARTIGO 206, §5º, I, DO CÓDIGO CIVIL. 1. 'A taxa de sobre-estadia, quando oriunda de disposição contratual - que estabelece os dados e critérios necessários ao cálculo dos valores devidos, os quais deverão ser aferidos após a devolução do contêiner, pela multiplicação dos dias de atraso em relação aos valores das diárias -, gera dívida líquida e certa, fazendo incidir o prazo prescricional quinquenal previsto no art. 206, §5º, I, do Código Civil' (REsp nº 1.35.173/SP, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, DJe 17/02/014). 2. Recurso especial provido." (REsp 1.192.847/SP, Rel. Min. RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA, j. 22/05/2014).

Destarte, **afasta-se a preliminar** arguida em contrarrazões.

Da natureza jurídica da sobreestadia. A cobrança de sobreestadia (*demurrage*) constitui indenização pelo uso do *container* fora do prazo estabelecido de isenção de pagamento (*free time*). Não se trata, assim, de mera penalidade pelo não cumprimento da obrigação na forma pactuada (cláusula penal). Mais do que isso, constitui verba que compensa perdas e danos.

Nesse contexto, leciona SÍLVIO DE SALVO VENOSA: "Na inexecução do contrato, a única coisa que compete ao credor provar é o seu descumprimento.

Acesso ao Sumário

Não está obrigado a provar a culpa do outro contratante. Sua prova é objetiva: tinha que receber e não recebeu no tempo, lugar ou modo devidos. Incumbe ao devedor provar não ter agido com culpa para se eximir da responsabilidade. Assim, incumbe ao credor provar a existência do contrato, seu descumprimento e que desse descumprimento lhe causou dano. (...) A cláusula penal é uma prefixação de indenização pelo descumprimento" ("Direito civil: teoria geral das obrigações e teoria geral dos contratos", 7ª ed., São Paulo: Atlas, 2007, v. II, n° 12.2.1, p. 299).

Nesse sentido, como bem demonstrou a apelante, é a jurisprudência majoritária deste e. Tribunal de Justiça: "COBRANÇA. Sobrestadia ou demurrage de contêineres. Natureza jurídica de indenização pré-fixada. Desnecessidade de prova de culpa do devedor. Precedentes. Sentença reformada. Apelante que comprovou o atraso na devolução dos contêineres. Apelada citada por edital. Ação contestada por negativa geral. Cobrança devida. Recurso provido" (Apelação nº 9148195-56.2009.8.26.0000, 12ª Câmara de Direito Privado, Rel. Des. Tasso Duarte de Melo, j. em 05/12/2012).

"COBRANÇA. CARGA. CONTAINER. SOBREESTADIA. NATUREZA JURÍDICA. Reconhecido que a *demurrage* não é cláusula penal, mas sim indenização por descumprimento contratual, a fim de compensar o proprietário dos contêineres por eventuais prejuízos sofridos em razão da retenção indevida destes pelo devedor, por prazo superior ao contratado, independentemente de culpa do devedor no atraso, bastando sua ocorrência - Recurso provido para declarar sem efeito a r. sentença, com determinação de retorno dos autos à Primeira Instância, para prosseguimento em seus ulteriores termos." (Apelação nº 7.229.968-0, Rel. Des. Roberto Mac Cracken, 24ª Câmara de Direito Privado, j. 29/05/2008).

"COBRANÇA. SOBRESTADIA DE CONTAINER. DEVOLUÇÃO DE PARTE DOS 'CONTEINERS' APÓS O PRAZO DE ISENÇÃO. (...). 'DEMURRAGE' NÃO É CLÁUSULA PENAL, MAS SIM INDENIZAÇÃO POR DESCUMPRIMENTO CONTRATUAL SENTENÇA MANTIDA. RECURSO IMPROVIDO." (Apelação n° 990.10.105792-1, Rel. Des. Coelho Mendes, 11ª Câmara de Direito Privado, j. 29/04/2010).

No mesmo sentido: Apelação nº 0041401-59.2011.8.26.0562, 11ª Câm. Dir. Priv., Rel. Gilberto dos Santos, j. 30.08.2012; Apelação nº 991.08.068445-0, 22ª Câm. Dir. Priv., Rel. Roberto Bedaque, j. em 10.03.2010; Apelação nº 7.083.487-0, 24ª Câm. Dir. Priv., Rel. Salles Vieira, j. 01.02.2007).

Do negócio jurídico envolvendo as partes. A relação jurídica entre as partes está demonstrada pelo "Termo de Responsabilidade por devolução de unidades de carga (contêineres)" (fls. 56/57), documento este que vincula as partes envolvidas, comprovando as taxas de sobreestadia pactuadas e o prazo

Acesso ao Sumário

de 10 (dez) dias de tolerância para a devolução dos três *containers* (*free time*).

Portanto, as rés assumiram a responsabilidade pela sobreestadia dos contêineres ao assinarem o termo de retirada e se comprometerem com o pagamento dos eventuais dias de sobreestadia, valores e demais taxas de limpeza, varredura, limpeza química, reparos de avarias, manuseios e incidentes sobre os *containers*.

Outrossim, o documento de fls. 58/59 confirma a data da descarga dos *containers* no porto (22/05/2007). Por outro lado, a declaração de fl. 60, firmada pela empresa "Interlloyd Containers Ltda." diz respeito às datas de devolução de dois cofres em 28/05/2009 e o terceiro em 24/06/2009. Apesar da impugnação expressa desse documento pela corré LG PHILIPS, deixou a apelada de trazer qualquer outro elemento capaz de infirmar seu conteúdo, sobretudo para fazer prova de que os *containers* foram devolvidos em datas anteriores às que foram ali anotadas, como acentuou em suas contrarrazões.

Sendo assim, considerando a pactuação das taxas e a prova de que os *containers* transportados não foram efetivamente devolvidos no prazo previamente assinalado no contrato, é devida a taxa de sobreestadia (*demurrage*), descontado o prazo de dias de tolerância (*free time*).

Caso fortuito ou força maior. Impende registrar que no caso fortuito ou força maior, o art. 393 do Código Civil dispõe: "O devedor não responde pelos prejuízos resultantes de caso fortuito ou força maior, se expressamente não se houver por eles responsabilizado. Parágrafo único. O caso fortuito ou de força maior verifica-se no fato necessário, cujos efeitos não era possível evitar ou impedir".

Com efeito, no momento em que os *containers* são disponibilizados, ou seja, após finalizadas as descargas, inicia-se a responsabilidade da importadora pelo desembaraço das mercadorias. Logo, ao contrário do que entendem as apeladas, eventual dificuldade no desembaraço aduaneiro não pode alterar o contrato entre as partes.

O que se nos afigura é a impossibilidade de o mau funcionamento do serviço portuário, que é previsível, ser carreado em detrimento do credor, que cumpriu integralmente a sua obrigação. Aqui cabe destacar que a alegada abusividade dos valores não restou evidenciada, bem porque lastreados em contrato escrito, além dos usos e costumes do comércio marítimo.

Nesse rumo: "COBRANÇA - CONTAINER - SOBREESTADIA - A burocracia das autoridades alfandegárias é fato corriqueiro, previsível, circunstância que impede a configuração do caso fortuito ou motivo de força maior. Comprovado documentalmente que o réu permaneceu com os containers por prazo maior do que o contratado, resta o dever de arcar com o preço da sobreestadia. Inadimplemento contratual caracterizado, que faz

Acesso ao Sumário

incidir a demurrage. Cobrança procedente. Sentença mantida. RECURSO EM PARTE NÃO CONHECIDO E, NA PARTE CONHECIDA, NÃO PROVIDO." (Apelação nº 0038648-40.2009.8.26.0000, Rel. Des. Roberto Mac Cracken, j. 16/09/2010) (g/n).

Ademais, se a responsabilidade é contratual, não há porque discutir eventual culpa dos contratantes. Nem cabe invocar a burocracia portuária como justificativa para a demora na devolução dos *containers*.

O eminente Desembargador FRANCO DE GODOI nos ensina que "ainda que restassem comprovados os problemas portuários e a **burocracia alfandegária**, tais fatos não seriam suficientes para afastar a cobrança da taxa de sobreestadia. **Esses acontecimentos não podem ser considerados como imprevisíveis a configurar a excludente de responsabilidade da ré-embargada. A situação do Porto de Santos é notória especialmente para empresas como a ré-embargada que atuam no ramo de importação e exportação de mercadorias, não podendo alegar desconhecimento do período necessário para liberação das mercadorias**. Do mesmo modo, a burocracia exigida pelas autoridades portuárias também é fato conhecido e notório, não se enquadrando no conceito de força maior" (E.I. 0036636-16.2009.8.26.0562/50000) (g/n).

Em conclusão, a sentença comporta reforma, para julgar a ação procedente, condenando as rés, solidariamente, a pagar a quantia de R$ 293.331,00, correspondente a US$ 165.600,00, convertidos ao câmbio comercial na data do ajuizamento da ação, acrescido das despesas com tradução, no importe de R$ 219,00 (fls. 63/64).

O valor da condenação deverá ser corrigido monetariamente desde o ajuizamento da ação e acrescido de juros de 1% ao mês contados da citação.

Por consequência do ora decidido, inverte-se o ônus da sucumbência, cabendo às apeladas arcarem com o pagamento das custas e despesas processuais, além dos honorários advocatícios, ora arbitrados em 10% sobre o valor da condenação.

Do exposto, pelo meu voto, **dou provimento ao recurso da autora**.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0049748-52.2009.8.26.0562, da Comarca de Santos, em que é apelante LINEA PARANA MADEIRAS LTDA., é apelado MSC MEDITERRANEAN SHIPPING COMPANY S/A.

ACORDAM, em 8ª 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 31239)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores J. B. FRANCO DE GODOI (Presidente), JACOB VALENTE e RAMON MATEO JÚNIOR.

São Paulo, 01 de outubro de 2014.

J. B. FRANCO DE GODOI, Relator

Ementa: CONTRATO - Transporte marítimo - Cobrança de sobreestadia - Cobrança de sobreestadia que não configura cláusula penal - Existência de documento assinado por preposto da ré tomando ciência dos prazos e valores da sobreestadia - Ação de cobrança procedente - Recurso improvido.

VOTO

1) Insurge-se a apelante contra r. sentença que julgou procedente a ação de cobrança movida pela apelada, alegando, em síntese que: a sobreestadia constitui cláusula penal sendo indispensável a demonstração de culpa pelo atraso; a apelada era responsável pela retirada dos contêineres; o contrato lhe foi imposto, eivado de estipulações leoninas; o valor da cláusula penal não pode ser maior que o da obrigação principal.

Efetuou-se o preparo.

Recebido o recurso, a apelada apresentou contrarrazões aduzindo que a sobreestadia não se confunde com a cláusula penal; não há que se falar em onerosidade excessiva; não possui obrigação de devolver os contêineres.

É o breve relatório.

2) Não merece acolhimento o recurso.

Depreende-se dos autos que a autora-apelada objetiva a cobrança de sobreestadias relativas ao atraso na devolução de dois "contêineres" descarregados no porto de Paranaguá/PR.

Aduz que existiu o atraso, após o *free time*, uma vez que a ré-apelante reteve os "contêineres" gerando o débito de USD 21.528,00 (vinte e um mil, quinhentos e vinte e oito dólares).

Devidamente citada a ré impugnou a petição inicial aduzindo que a sobreestadia confunde-se com a cláusula penal sendo indispensável a comprovação de culpa pelo atraso; era obrigação da autora retirar os

Acesso ao Sumário

"contêineres", tendo dado causa ao atraso.

Sobreveio a r. sentença que julgou procedente a ação de cobrança.

Não merece reforma a r. sentença.

O termo técnico-jurídico a denominar a sobreestadia é "demurrage" e, o tempo para carga e descarga é denominado de "estadias".

Não se trata de cláusula penal, mas de indenização a ser paga por descumprimento contratual com finalidade de compensar o proprietário dos "contêineres" por prejuízos sofridos com a demora na restituição destes.

Nesse sentido já decidiu este E. Tribunal de Justiça:

"*COBRANÇA - Transporte marítimo - Documentos juntados com a inicial, comprovando o transporte de mercadorias importadas ou exportadas e os fatos argüidos pela autora, ora apelada - A consignatária das mercadorias transportadas é responsável pelo pagamento da estadia e sobre-estadia dos containers locados - Solidariedade contratual da agente contratada pela destinatária - Natureza contratual do preço contratado, diversa de cláusula penal - Ação de cobrança julgada procedente - Recursos improvidos, com observação.*" **(Apel. nº 991.07.088277-5 19ª Cam. Dir. Priv. Rel. Des. RICARDO NEGRÃO j. 14.03.2 011).**

O contrato é que estabelece esse prazo (estadia), estipulando os dias e as horas dados ao carregador para realizar o embarque e o desembarque da carga, caso não seja estipulado contratualmente, há de ser aplicado o uso do porto de embarque ou desembarque.

Buscamos no **BLACK'S LAW DICTIONARY** o significado de "demurrage", a saber:

*"In maritime law, the sum which is fixed by the contract of carriage, or which is allowed, as remuneration to the owner of a ship for the detention of his vessel beyond the number of days allowed by the charter-party for loading and unloading or for sailing. Also the detention of the vessel by the freighter beyond such time...**Demurrage is extendend freight and is the amount payable for delays by receiver in loading and unloading cargo, it is stipulated damages for detention..."*** **(6ª ed. - voce demurrage - pág. 432 - S. PAUL MINN. WEST GROUP - 1998).**

Portanto, tratando-se de relação contratual, caberia à ré-apelante comprovar que o inadimplemento não ocorreu por sua culpa ou ainda que não houve atraso na devolução dos contêineres.

Os documentos que instruíram a petição inicial comprovam a responsabilidade da ré-apelante pelo pagamento da taxa de sobreestadia (fls. 42/43 e 67/113).

A ré-apelante tinha pleno conhecimento do período "*free time*" e do valor

Acesso ao Sumário

diário da denominada "sobreestadia", conforme se observa às fls. 67.

Com a detenção dos "contêineres" além do prazo de estadia, tem a transportadora direito às sobreestadias previamente pactuadas.

A alegação de que caberia à autora providenciar a retirada dos "contêineres" resta cabalmente afastada pelo "termo de compromisso, declaração de responsabilidade sobre retirada e devolução de 'contêineres'" assinado pelo representante da ré-apelante.

Por fim, a alegação de que os valores cobrados lhe foram impostos no momento da assinatura do contrato não merece acolhida. Verifica-se que a ré não pode ser classificada como hipossuficiente, já que possui capital social de R$ 58.000.000,00 (cinquenta e oito milhões de reais).

De rigor, portanto, a manutenção da r. sentença.

Ante o exposto, nega-se provimento ao recurso.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0185800-49.2010.8.26.0100, da Comarca de São Paulo, em que é apelante INTERAG AGNELLO ADMINISTRAÇÃO E INTERMEDIAÇÃO DE NEGÓCIOS LTDA., é apelado EDUARDO REICHERT.

ACORDAM, em 7ª Câmara Extraordinária de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 17228)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores COUTINHO DE ARRUDA (Presidente) e FORTES BARBOSA.

São Paulo, 26 de agosto de 2014.

MIGUEL PETRONI NETO, Relator

Ementa: Embargos de Terceiro - Penhora de bem imóvel - Improcedência - Alienação - Inexistência de registro da penhora - Ausência de prova de má-fé da embargante - Fraude à execução - Não configuração - Aplicação da Sum. 375 do STJ - Ausência de demonstração de que a ação executiva levaria à insolvência dos executados - Penhora desconstituída - Recurso provido.

Acesso ao Sumário

VOTO

1. São embargos de terceiro.

Adotado o relatório da r. sentença da lavra do Juiz Marcello do Amaral Perino, acrescenta-se que a ação foi julgada improcedente, ficando a embargante condenada a arcar com as custas, despesas e honorários de advogado arbitrados em R$ 3.000,00.

Apela a embargante com o propósito de ver reformada integralmente a r. sentença, pretendendo a procedência do pedido, alegando que a sentença colide frontalmente com as Súmulas 84 e 375 do Superior Tribunal de Justiça (fls. 67/75).

O recurso foi recebido e contrarrazoado (fls. 79 e 80/86).

É o relatório.

2. O recurso comporta provimento.

O documento de fls. 15/18, cuja falsidade não se demonstrou no curso do processo, foi firmado em 25/9/2008, ou seja, em data anterior à distribuição da ação, que se deu em 13/04/2009 (fl. 24).

A alegação de que a venda somente foi registrada em 05/05/2009 (fl. 35) por si só é frágil e não abala a presunção de boa-fé, já que é fato comum a demora do registro.

Constitui-se, portanto, fato incontroverso de que a venda do imóvel se deu sem o registro da penhora, já que o feito ainda não tramitava.

No caso, não se pode presumir pela má-fé da embargante. Aliás, como é cediço, a boa-fé se presume.

No caso dos autos, a embargante, ainda que tivesse verificado no Cartório de Registro de Imóveis, não constataria a possibilidade de constrição do imóvel que estava adquirindo, uma vez que o registro da penhora não havia sido realizado.

É certo que dispõe o art. 593, inc. II, do Código de Processo Civil:

> "Art. 593. Considera-se em fraude de execução a alienação ou oneração de bens: (...)
>
> ...
>
> II - quando, ao tempo da alienação ou oneração, corria contra o devedor demanda capaz de reduzi-lo à insolvência: (...)".

Cândido Rangel Dinamarco, *in* Instituições de Direito Processual Civil - Vol. IV, Malheiros, 2.004, p. 371/373, ensina que:

> "Fraudes do devedor são as condutas com as quais alguém, na pendência de uma obrigação insatisfeita, procura livrar um bem da responsabilidade patrimonial que pesa sobre ele; são condutas do próprio obrigado (devedor) ou, às vezes, também do mero responsável. Essa expressão, não empregada pela lei, serve para designar uma categoria

Acesso ao Sumário

ampla de condutas desse teor, na qual se incluem a fraude de execução, a fraude contra credores e a disposição de bem já constrito judicialmente (penhorado, apreendido, depositado). Todas essas três figuras consistem em atos de disposição que, mesmo sendo intrinsecamente perfeitos (válidos), não produzirão o resultado visado pelo obrigado, ou seja, não terão a eficácia de impedir que o bem venha a ser utilizado em via executiva para a satisfação do credor. Os atos fraudulentos não serão oponíveis ao credor.

(...)

A fraude de execução caracteriza-se quando a alienação ou oneração de bens é feita já na pendência de um processo, quer executivo, quer de conhecimento, monitório ou mesmo cautelar, cujo desfecho possa conduzir à imposição de medidas sobre o bem alienado ou gravado (CPC, art. 593); com essas condutas o obrigado não só quer prejudicar o titular do direito a ser satisfeito mediante o emprego do bem, como ainda rebela-se contra a autoridade exercida pelo Estado-juiz, procurando fazer com que caia no vazio tudo quanto no processo vier a ser decidido, determinado, comandado. Daí a severidade com que o direito trata a fraude de execução (...).

A fraude de execução, em caso de obrigação pecuniária, também só se caracteriza quando há insolvência criada ou agravada pelo ato do devedor, mas, como já pendia um processo em juízo, dispensa-se o concerto de intenções entre o devedor e o terceiro, podendo este desconhecer essa situação (mas é indispensável que saiba ou deva saber da existência do processo); e, como a gravidade do ato é maior porque se resolve em insubmissão à autoridade do juiz, a lei autoriza desde logo a imposição do poder sobre o bem, penhorando-o, apreendendo-o etc., sem necessidade de qualquer sentença destinada a pô-lo sob a mira das medidas executivas".

Ademais, o mero ajuizamento de ação executiva não é suficiente para configurar a fraude em execução.

Reza a Súmula nº 375, do Superior Tribunal de Justiça:

"O reconhecimento da fraude à execução depende do registro da penhora do bem alienado ou da prova de má-fé do terceiro adquirente".

Ora, não havendo nos autos provas de que a ação executiva fosse capaz de levar o devedor à insolvência, de registro de penhora incidente sobre o bem alienado e da má-fé da terceira adquirente, não há como se reconhecer a fraude em execução.

Ante o exposto, dá-se provimento ao recurso e julga-se procedente a demanda para determinar o levantamento da penhora, ficando invertida a sucumbência.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0024486-64.2009.8.26.0477, da Comarca de Praia Grande, em que é apelante MARCIO ROBERTO BATISTA DE ALMEIDA (JUSTIÇA GRATUITA), é apelado CONCESSIONÁRIA ECOVIAS DOS IMIGRANTES S/A.

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 20465)**

O julgamento teve a participação dos Exmo. Desembargadores NESTOR DUARTE (Presidente) e SOARES LEVADA.

São Paulo, 1 de setembro de 2014.

CRISTINA ZUCCHI, Relatora

Ementa: AÇÃO INDENIZATÓRIA - ROUBO EM RODOVIA - HIPÓTESE EM QUE O VEÍCULO DO AUTOR FOI OBRIGADO A PARAR EM RAZÃO DE PEDRAS COLOCADAS DENTRO DE SACOLA NA PISTA DE ROLAMENTO, HAVENDO IMEDIATA AÇÃO DE MELIANTES, SUBTRAINDO OS PERTENCES DE QUEM ESTAVA NO AUTOMÓVEL - EMBORA SEJA OBJETIVA A RESPONSABILIDADE DA CONCESSIONÁRIA, NÃO RESTOU CONFIGURADO O NEXO CAUSAL ENTRE SUA CONDUTA, DENTRO DAS ATIVIDADES QUE LHE FORAM DELEGADAS, E OS DANOS NARRADOS NA INICIAL - PRECEDENTE DESTA E. 34ª CÂMARA NO SENTIDO DE QUE NO DEVER DE SEGURANÇA NÃO SE INCLUI O POLICIAMENTO, PREVENTIVO OU OSTENSIVO, DA RODOVIA, UMA VEZ QUE O PODER DE POLÍCIA É INDELEGÁVEL - DECRETO DE IMPROCEDÊNCIA MANTIDO.

Recurso de apelação improvido.

Acesso ao Sumário

VOTO

Trata-se de apelação (fls. 148/152, sem preparo em razão da justiça gratuita - fls. 24), interposta contra a r. sentença de fls. 141/146 (da lavra do MM. Juiz Renato Zanela Pandini e Cruz Gandini), cujo relatório se adota, que julgou improcedente ação de indenização.

Alega o autor-apelante, em síntese, que em razão de falha no serviço prestado pela concessionária colidiu com obstáculo em meio à pista de rolamento, que não há provas de que as pedras colocadas na pista tenham sido colocadas pelos mesmos marginais que o assaltaram, que trafegam pelo mesmo trecho da rodovia veículos com carga de entulho e que os obstáculos foram fruto de carga mal acondicionada. Aduz que a responsabilidade da concessionária é objetiva, que ela transfere sua responsabilidade ao Estado e que o roubo somente ocorreu em razão da omissão da ré ante a existência de pedras na pista, não a mantendo em condições seguras de tráfego. Requer a reforma da r. sentença.

O recurso foi recebido em seus regulares efeitos (fls. 153). Contrarrazões às fls. 154/171.

É o relatório.

O recurso não comporta provimento.

Alega o autor na inicial que trafegava pela Rodovia Imigrantes, antes da "ponte mar pequeno", quando avistou na faixa esquerda uma sacola e, não tendo como desviar, ajustou o veículo para que a sacola ficasse entre as rodas de seu automóvel, que na sacola havia pedras e que o carro parou em razão de as pedras terem destruído parte do motor e o filtro de combustível. O autor e seus familiares foram abordados por indivíduos armados, os quais roubaram documentos pessoais, cartões de crédito, celulares, alianças, dentre outros pertences. Batendo-se pela responsabilidade da concessionária, requereu sua condenação por danos materiais (R$ 2.778,00) e morais (R$ 18.600,00).

A r. sentença, fundamentada na ausência de nexo causal entre a conduta da concessionária e os dano suportados pelo autor, julgou improcedente o pedido.

De fato, como bem indicado na r. sentença, (fls. 144) "*Não era da alçada do réu prevenir a presença de marginais ao longo da rodovia que, utilizando-se do expediente de atirar obstáculos na faixa de rolamento, provocam danos nos automóveis e a necessidade de parada dos condutores para em seguida praticarem o roubo.*".

A alegação de que a sacola com pedras teria caído de algum caminhão que carregava entulho não se sustenta diante das próprias declarações do autor, quando da elaboração do boletim de ocorrência. Afirmou que (fls. 15) "*... logo após uma passarela para travessia de pedestres, a vítima MARCIO, o qual dirigia o automóvel, passou por uma sacola com pedras, a qual estava no meio da faixa de rolamento. Informam as vítimas que devido o impacto ocorrido no*

Acesso ao Sumário

motor, o veículo apresentou problemas mecânicos, parando alguns metros à frente. Informam as vítimas que tão logo o veículo parou, surgiram cerca de seis indivíduos, os quais, mediante grave ameaça exercida com emprego de arma de fogo, que era empregada por um dos indivíduos, lograram roubar os seus pertences acima elencado. Informa as vítimas que após a subtração dos objetos e documentos os roubadores correram em direção à favela 'México 70'.".

Fica claro, portanto, que a sacola com pedras foi colocada estrategicamente no meio da pista de rolamento (perto de uma passarela), com altura suficiente para atingir a parte de baixo de veículos que passassem pelo local e, assim, serem obrigados a parar, propiciando um alvo fácil para a execução do roubo. Mostra-se evidente que o crime foi premeditado, ficando os meliantes na espreita de que algum veículo obrigatoriamente parasse para que pudessem subtrair os pertences das vítimas. Tanto assim é que, segundo o relato contido no boletim de ocorrência, "*tão logo o veículo parou, surgiram cerca de seis indivíduos*" munidos de arma de fogo para praticarem o roubo.

Desse modo, a colocação da sacola com pedras na pista e o roubo em seguida se deu por culpa exclusiva de terceiro, constituindo-se do denominado "fato de terceiro", que excluiu o nexo causal, o que implica em excludente da responsabilidade objetiva da concessionária.

Empresas que detêm a concessão de rodovias não estão obrigadas a prestar policiamento preventivo, nem ostensivo, posto que o poder de polícia é indelegável, nos termos do art. 6º, I, do Decreto Estadual nº 41.722 de 17.04.1997, segundo o qual "*São serviços não delegados, aqueles de competência exclusiva do Poder Público, não compreendidos no objeto da concessão, tais como: I - policiamento ostensivo de trânsito, preventivo e repressivo;*". O art. 13 do mesmo Decreto dispõe que "*As atividades policiais de caráter ostensivo, preventivo e repressivo e outras atribuídas por lei à Polícia Militar, serão exercidas no Sistema Rodoviário de que trata este Regulamento, pela Polícia Militar Rodoviária.*".

Não se discute que a responsabilidade da concessionária é objetiva; no entanto, sua responsabilização somente poderá se dar nos casos de descumprimento de seu dever legal, ou seja, quando for de sua obrigação obstar o evento lesivo. Há precedente desta E. 34ª Câmara, em recurso sob a relatoria do eminente Desembargador Soares Levada, no sentido de que o dever de segurança de concessionárias de rodovias consistente em mantê-las bem sinalizadas e em boas condições de dirigibilidade, manutenção das pistas e serviço de socorro aos usuários, e não em policiamento das vias:

> "**Ação regressiva proposta por seguradora contra concessionária de serviço público. Assalto em rodovia. Dever de segurança consistente em boa sinalização, condição de dirigibilidade, manutenção das pistas e serviço de socorro; e não em policiamento da via. Poder de**

polícia indelegável. Inaplicabilidade do CDC. Recurso improvido."[1]

Como bem indicado na r. sentença, (fls. 144) "*Os documentos de fls. 76/119 demonstram que houve atividade intensa do réu para manutenção de boas condições de tráfego, com inspeções regulares e constantes, nos termos e na freqüência previstos no item 5.4.3 do documento de fls. 120/124.*".

Portanto, em que pese ser objetiva a responsabilidade da ré-apelada, não era o caso de responsabilização da concessionária uma vez que não se verifica, no caso concreto, ação ou omissão de sua parte, dentro de suas atribuições delegadas, que evidenciasse o nexo causal entre sua conduta e os danos indicados na inicial.

Assim sendo, era mesmo de rigor o decreto de improcedência da ação.

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

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0002679-71.2011.8.26.0168, da Comarca de Dracena, em que é apelante CLAUDIO GABRIEL (JUSTIÇA GRATUITA), é apelado OMNI S/A CRÉDITO FINANCIAMENTO E INVESTIMENTO.

ACORDAM, em 38ª 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 10776)**

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

São Paulo, 3 de setembro de 2014.

SPENCER ALMEIDA FERREIRA, Relator

Ementa: AÇÃO REVISIONAL - Contrato de financiamento para aquisição de veículo - Sentença de improcedência.

CERCEAMENTO DE DEFESA - Inocorrência - Compete ao Juiz aferir sobre a necessidade ou não de produzir determinada prova, bem como indeferir aquelas que considerar inúteis ou protelatórias -

1 Apelação 0025772-19.2010.8.26.0000 - TJSP 34ª Câm. Dir. Privado - Rel. Des. Soares Levada - j. em 22/04/2013.

Dicção do artigo 130 do Código de Processo Civil.

CAPITALIZAÇÃO DE JUROS - Previsão Contratual - Possibilidade - Contrato celebrado após 31 de março de 2000, data da última edição da Medida Provisória nº 2170-36/2001 - Entendimento atual do STJ no sentido de que 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.

JUROS - Limitação - A súmula nº 596 do Colendo Supremo Tribunal Federal, a recente súmula nº 382, do Colendo Superior Tribunal de Justiça e a súmula vinculante nº 7 possibilitaram às instituições financeiras cobrarem juros acima do limite de 12% ao ano - Comprovação, pela parte autora, que os juros previstos na avença são superiores àqueles praticados no mercado na época da contratação - Abusividade - Verificação - Limitação - Possibilidade - Orientação no Recurso Repetitivo nº 1.112.879/PR - Sentença parcialmente reformada - Recurso parcialmente provido.

VOTO

1.- A r. sentença de fls. 144/148v, cujo relatório é adotado, julgou improcedente o pedido inicial, condenando o autor ao pagamento de despesas processuais e honorários advocatícios, fixados em R$ 600,00 (seiscentos reais), observado o disposto na Lei nº 1.060/50.

Recorre o autor a fls. 152/164, alegando, preliminarmente, cerceamento de defesa pelo julgamento antecipado da lide. Salienta que era necessária a produção de perícia contábil para comprovar a cobrança de encargos moratórios indevidos e a capitalização de juros. Quanto ao mérito, aduz ser indevida a capitalização de juros. Salienta que houve a cobrança de juros superiores à taxa média de mercado, uma vez que na época da contratação da taxa média de mercado era de 2,43%, conforme Tabela Banco Central de fls. 65.

Recurso tempestivo, isento de preparo e respondido.

É o relatório.

2.- Parcial razão assiste ao apelante.

Não se cogita de nulidade da r. sentença pelo julgamento antecipado. É que a matéria, neste caso, é exclusivamente de direito, bastando a análise da prova documental acostada ao processo para que o Juízo convença-se do

Acesso ao Sumário

resultado que deve proclamar em seu julgado. Ademais, pela dicção do artigo 130 do Código de Processo Civil[2], compete ao juiz aferir sobre a necessidade ou não de realizar determinada prova.

Nesse sentido:

> "O **julgamento antecipado** da lide, por si só, não caracteriza **cerceamento** de defesa, já que cabe ao magistrado apreciar livremente as provas dos autos, indeferindo aquelas que considere inúteis ou meramente protelatórias".[3]

É pacífico que, relativamente aos contratos firmados após 31 de março de 2000, conforme entendimento do E. Superior Tribunal de Justiça, uma vez contratada, é possível a capitalização por prazos menores:

> "Sob o ângulo infraconstitucional, a Eg. Segunda Seção deste Tribunal Superior já proclamou o entendimento de que, nos contratos firmados por instituições integrantes do Sistema Financeiro Nacional, posteriormente à edição da MP 1.963-17/2000, de 31 de março de 2000 (atualmente reeditada sob o nº. 2.170-36/2001), admite-se a capitalização mensal dos juros, desde que expressamente pactuada"[4]

No caso em estudo, verifica-se que o contrato foi celebrado em 17.07.2008 (fls. 111), portanto, em data posterior à edição da referida norma.

Em que pese a afirmativa de que não há pacto expresso acerca da capitalização de juros, verifica-se do instrumento a previsão de taxa mensal de juros no percentual de 4,57% e taxa anual de 70,96% - fls. 111.

De acordo com o recente entendimento do C. STJ, "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."[5]

Considerando-se tal entendimento, verifica-se da comparação entre os percentuais mensal e anual contratados, que houve a expressa pactuação da capitalização mensal.

Desse modo, forçoso reconhecer a possibilidade de cobrança de juros na forma capitalizada, ainda que por prazo inferior a um ano.

No que tange à taxa de juros, não se há falar em limitação, pois as

2 Art. 130. Caberá ao juiz, de ofício ou a requerimento da parte, determinar as provas necessárias à instrução do processo, indeferindo as diligências inúteis ou meramente protelatórias.

3 STJ - TERCEIRA TURMA - AgRg no Ag 1071637/RS - AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO 2008/0142906-1 - Relator Ministro SIDNEI BENETI - J. 18/08/2009 - Fonte: DJe 27/08/2009.

4 AgRg no Ag 610183/RS, Rel. o Min. JORGE SCARTEZZINI, 4ª Turma, julg. em 13.12.2005, publ. em 13.02.2006.

5 Trecho do voto proferido no AgRg no Agravo em Recurso Especial nº 87.747, 4ª T., Rel. Min. Maria Isabel Gallotti, j. em 16/08/2012, DJe 22/08/2012.

Acesso ao Sumário

Súmulas nº 596 do Colendo Supremo Tribunal Federal[6] e 382 do C. Superior Tribunal Justiça[7] permitem juros remuneratórios superiores a 12% ao ano, assim como a Súmula Vinculante nº 7 do C. Supremo Tribunal Federal[8] sedimentou a possibilidade de as instituições financeiras cobrarem juros em patamar superior àquele previsto na Constituição Federal, já que inexiste norma regulamentadora do parágrafo 3º do artigo 192 da Carta Magna, revogado pela Emenda Constitucional nº 40/2003.

Entretanto, em determinadas circunstâncias, é possível ao julgador adequar tal percentual caso se verifique abusividade. A este respeito, confira-se:

> BANCÁRIO. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO REVISIONAL DE CLÁUSULAS DE CONTRATO BANCÁRIO. INCIDENTE DE PROCESSO REPETITIVO. JUROS REMUNERATÓRIOS. CONTRATO QUE NÃO PREVÊ O PERCENTUAL DE JUROS REMUNERATÓRIOS A SER OBSERVADO.
>
> I - JULGAMENTO DAS QUESTÕES IDÊNTICAS QUE CARACTERIZAM A MULTIPLICIDADE.
>
> ORIENTAÇÃO - JUROS REMUNERATÓRIOS
>
> *1 - Nos contratos de mútuo em que a disponibilização do capital é imediata, o montante dos juros remuneratórios praticados deve ser consignado no respectivo instrumento. Ausente a fixação da taxa no contrato, o juiz deve limitar os juros à média de mercado nas operações da espécie, divulgada pelo Bacen, salvo se a taxa cobrada for mais vantajosa para o cliente.*
>
> *2 - Em qualquer hipótese, é possível a correção para a taxa média se for verificada abusividade nos juros remuneratórios praticados.*
>
> II - JULGAMENTO DO RECURSO REPRESENTATIVO
>
> *- Consignada, no acórdão recorrido, a abusividade na cobrança da taxa de juros, impõe-se a adoção da taxa média de mercado, nos termos do entendimento consolidado neste julgamento.*
>
> *- Nos contratos de mútuo bancário, celebrados após a edição da MP nº 1.963-17/00 (reeditada sob o nº 2.170-36/01), admite-se a capitalização mensal de juros, desde que expressamente pactuada.*
>
> Recurso especial parcialmente conhecido e, nessa parte, provido. Ônus

Acesso ao Sumário

6 As disposições do Decreto nº 22.626/1933 não se aplicam às taxas de juros e aos outros encargos cobrados nas operações realizadas por instituições públicas ou privadas, que integram o Sistema Financeiro Nacional.

7 A estipulação de juros remuneratórios superiores a 12% ao ano, por si só, não indica abusividade.

8 A norma do parágrafo 3º do artigo 192 da Constituição Federal, revogada pela Emenda Constitucional nº 40/2003, que limitava a taxa de juros reais a 12% ao ano, tinha sua aplicabilidade condicionada à edição de lei complementar.

sucumbenciais redistribuídos.[9]

Na hipótese dos autos, o autor fez prova a fls. 65 acerca da taxa média de mercado em operações com juros prefixados, para aquisição de veículos, onde se verifica que no mês de julho de 2008 eram praticadas taxas médias de 2,43% ao mês e 33,34% ao ano, bem inferiores àquelas fixadas na presente avença (4,57% e 70,96%, respectivamente).

Em contestação apresentada a fls. 83/104, o réu, ora apelado, não impugnou especificamente tal documento.

Merece, portanto, a sentença ser parcialmente reformada, para reduzir a taxa de juros remuneratórios à taxa média de mercado praticada no mês da contratação, documentalmente comprovada, condenando o réu a devolver os valores cobrados a maior, na forma simples, corrigidos pela Tabela Prática do TJSP a partir de seus respectivos desembolsos, acrescidos de juros de mora de 1% ao mês, a contar da citação. Ante a sucumbência experimentada, aplicando-se o Princípio da Causalidade, condena-se o réu ao pagamento de custas, despesas processuais e honorários advocatícios fixados em 15% do valor total da condenação.

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

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0003138-75.2011.8.26.0620, da Comarca de Taquarituba, em que são apelantes LUIS FERREIRA (JUSTIÇA GRATUITA), DEOLINDA FERREIRA DOS SANTOS ROCHA (JUSTIÇA GRATUITA), HONORATO FERREIRA DOS SANTOS (JUSTIÇA GRATUITA) e JOSÉ FERREIRA DOS SANTOS (JUSTIÇA GRATUITA), é apelado MAPFRE VERA CRUZ SEGURADORA S/A.

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 25386)**

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

São Paulo, 1 de setembro de 2014.

SOARES LEVADA, Relator

Ementa: Ação de cobrança de indenização securitária

9 STJ, REsp 1.112.879/PR, j. em 12.05.2010, Nancy Andrighi.

Acesso ao Sumário

veicular obrigatória - DPVAT. Apesar de o boletim de ocorrência não ser documento essencial ao recebimento da indenização, deve-se, por outros meios, demonstrar que a lesão do segurado é oriunda de acidente automobilístico, hipótese não comprovada nos autos. Ação improcedente. Apelo improvido.

VOTO

1. Apelo interposto de sentença que julgou improcedente ação de cobrança de indenização de seguro veicular obrigatório - DPVAT, em que os autores defendem a tese de que o Boletim de Ocorrência não é documento essencial à instrução de feitos como o da espécie dos autos, pugnando pela condenação da ré ao pagamento de indenização correspondente a 40 salários mínimos pela morte de Antonio Cardoso de Lima, mais os consectários legais. Recurso processado e respondido pelo desprovimento.

É o relatório.

Fundamento e decido.

2. Não procedem as razões recursais.

Esta Câmara adota o entendimento de que o boletim de ocorrência não é documento essencial ao recebimento da indenização do seguro DPVAT, desde que demonstrado o nexo causal entre o acidente automobilístico e a morte da vítima:

"*DPVAT. Acidente de trânsito ocorrido em 1986. Desnecessidade de apresentação do bilhete do seguro obrigatório e de boletim de ocorrência. Análise do conjunto probatório permite concluir que houve acidente que resultou na incapacidade permanente. Incidência da Lei 6.194/74. Possibilidade de adoção do salário mínimo como critério. Prevalência da Súmula nº 37 do extinto 1º Tribunal de Alçada Civil. Inaplicação das Leis ns. 6.205/75 e 6.423/77. Recurso provido. (Apelação n° 9270337-96.2008.8.26.0000, rel. Des. Hamid Bdine, j. 16.07.2012)*"

Em hipóteses como a dos autos, em que não é juntado com a inicial o Boletim de Ocorrência que demonstre ao menos indiciariamente o acontecimento fatídico, o interessado deve demonstrar por outros meios que os danos sofridos foram oriundos de sinistro coberto pelo seguro, o que não ocorre nos autos. Os documentos que instruíram a inicial são insuficientes à demonstração acidente, não se olvidando que os apelantes, instados a indicar as provas que ainda pretendiam produzir em juízo - e nesse ponto a prova testemunhal poderia socorrer aos autores como forma demonstrativa do acidente -, os demandantes preferiram declinar do complemento da instrução probatória e da realização da audiência do artigo 331 do CPC (fl. 72).

Acesso ao Sumário

Assim, não demonstrado suficientemente que a morte de Antonio Cardoso de Lima aconteceu em decorrência de acidente de trânsito, a improcedência da demanda se mantém pelos fundamentos expostos pelo juiz sentenciante, mais os que são agora acrescidos.

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

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0146612-78.2012.8.26.0100, da Comarca de São Paulo, em que é apelante NATANAEL E. CAMARGO, é apelado ITAÚ UNIBANCO S/A.

ACORDAM, em 34ª 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 da Relatora, que integra este acórdão. **(Voto nº 20294)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores NESTOR DUARTE (Presidente sem voto), CRISTINA ZUCCHI e SOARES LEVADA.

São Paulo, 1 de setembro de 2014.

ROSA MARIA DE ANDRADE NERY, Relatora

Ementa: Arrendamento mercantil. Revisão do contrato. Situação de fato descrita pelo autor que não se amolda à hipótese do art. 285-A do CPC. Relação de consumo. Anulação da r. sentença. Concessão das benesses da gratuidade de justiça. Recurso provido, com observação.

VOTO

Trata-se de recurso de apelação tirado contra a r. sentença de fls. 51/54, que julgou improcedente a ação, condenando o autor ao pagamento das custas e despesas processuais e honorários advocatícios, fixados em 10% do valor da causa.

O autor recorre, às fls. 58/90. Preliminarmente, postula pela concessão das benesses da gratuidade de justiça. Quanto ao mérito, diz que a relação existente entre as partes é de consumo e, por esse motivo, tem direito à revisão do contrato de arrendamento mercantil.

Contrarrazões de apelação vieram às fls. 129/155.

Acesso ao Sumário

É o relatório.

O recurso é tempestivo (fls. 56 e 58).

A matéria relativa à gratuidade da justiça foi devolvida a este grau de jurisdição, conforme se retira do v. Acórdão de fls. 117/123.

De fato, é do texto legal que se extrai que o benefício será concedido àquele que alegar não ter condições de prover as despesas processuais, sem se privar e a sua família, dos recursos necessários a sua subsistência. A Lei exige apenas a afirmação da pobreza do pretendente.

Não se pode olvidar que a intenção da lei é permitir que aqueles, que não tenham recursos suficientes para as custas processuais, possam postular seus direitos judicialmente. Contudo, aqueles que ostentam condição econômica para o custeio da lide não podem ser beneficiados por tais benesses, vez que isso redundaria em oneração, ainda maior, do serviço público, que teria que ser prestados sem fonte de custeio, com prejuízo de todos.

Nesse diapasão, é dever do Magistrado evitar que pessoas que não se encontram em situação de pobreza evidente utilizem-se de serviços colocados à disposição daqueles efetivamente necessitados dos préstimos públicos gratuitos.

A ressalva é para serviços públicos que necessitam de contraprestação cobrada de seus usuários para manterem-se ativos. Nesse caso, a justiça social se faz quando pessoas que ostentam posição econômica mais vantajosa contribuem para a prestação, reservando-se a gratuidade apenas para aqueles que enfrentam real e efetiva dificuldade econômico-financeira.

O conceito de pobre há de ser apurado em face das condições de nossa sociedade, toda ela, por assim dizer, inserida num contexto mundial do que se entende por pobreza.

In casu, há indícios de que o apelante não ostenta, no momento, condições de arcar com as custas do processo, fazendo jus à graciosidade da justiça. Contudo, nada impedirá que, no futuro, havendo prova de que a situação econômica do ora apelante permite que ele suporte o pagamento das custas processuais, seja revogado o benefício.

A questão posta nestes autos é muito delicada. Não se resolve, apenas, com a solução jurídica que o CC, o CDC e o CPC fornecem ao Julgador. Ela desafia mais. Desafia a compreensão global de uma situação alarmante de desarranjo educacional do povo, quanto ao controle de seu próprio patrimônio (e o uso do crédito que se lhe oferece, com risco de super endividamento), de prática de hábitos pouco ortodoxos por parte das entidades financeiras e insuportável fluxo de processos que tramitam em massa nas Varas e Tribunais de todo o País: cuidamos da análise da conjuntura jurídico-econômica dos contratos de arrendamento mercantil e de alienação fiduciária, que são celebrados aos milhares, diariamente, no país e são a forma de circulação de riqueza mais

Acesso ao Sumário

comum entre nós.

Todos querem comprar carros; eles são caros e inacessíveis ao bolso do brasileiro médio; os carros novos e usados são cobiçados pelo consumidor; o preço dessa mercadoria é alto e para o acesso de todos a essa mercadoria icônica a solução é a aquisição desses bens por contrapartida de prestações fracionadas.

Antes, a forma de se atender a essa pretensão comum era a utilização do contrato de compra e venda com reserva de domínio, com preço certo e ajustado e garantia do credor que se estabelecia no vínculo de propriedade da coisa adquirida em favor do vendedor, ainda não totalmente satisfeito, quanto ao preço da venda, quando da entrega da coisa ao comprador.

Agora, a forma de negociar é outra, porque os contratos de alienação fiduciária e de arrendamento mercantil não espelham o preço da coisa, que o consumidor almeja comprar, tampouco revelam ao pretendente sua real formatação jurídica. Nada disso. Esses contratos são celebrados de maneira muito intrincada, com cálculos econômicos-financeiros, que não se revelam de maneira clara ao consumidor. As próprias estruturas dos contratos de *leasing* e de alienação fiduciária, que misturam elementos de vários negócios jurídicos, sem definir-lhes um caráter singular, favorece a dificuldade de compreensão das cláusulas dessas avenças, estampadas, em regra, em formulário a ser preenchido com dados sumários, com pouquíssimas frases esclarecedoras dos termos técnicos de economia e de cálculo matemático, contábil e aritmético que neles se contém.

O resultado disso é que o consumidor não compreende os termos do negócio que celebra e, não raras vezes, não têm condições de aquilatar a simetria necessária entre o bem que julga adquirir e o desembolso de recursos a que se obrigará para cumprir o negócio jurídico que celebra, que não é de compra e venda, não tem preço correspondente à coisa - pretensamente adquirida - e que, conquanto se alardeie tratar-se de contrato oneroso e comutativo, em verdade se revela, no decorrer de sua execução, em contrato aleatório, tal a assimetria entre o que se paga e o que se julga adquirir.

Embora essas situações tenham sido corriqueiramente tratadas na Corte, com grande dificuldade, mas sem soluções alarmantes em desfavor de nenhuma das partes (analise-se a jurisprudência dos tribunais superiores e dos estaduais, quanto ao tema, e poder-se-á compreender, em toda à extensão o que se diz, que são muitas as soluções encontradas pela jurisprudência, para mitigar exageros e abusos, de parte a parte), a decisão tomada pelo STJ, em 17.12.13, no AgRgREsp 1.415.719-MA, pela E. Rel. Min. Maria Isabel Galotti, é das providências jurisprudenciais mais difíceis de aceitar, com todo o respeito.

A ementa desse julgado - proferido em ação de revisão de contrato de alienação fiduciária, em que o alienatário alegava a inserção de juros compostos

Acesso ao Sumário

no contrato que celebrou e pretendia a revisão do cálculo das contraprestações ainda devidas e das que já haviam sido pagas - foi assim grafada: "**A capitalização de juros em periodicidade inferior à anual deve vir pactuada de forma expressa e clara. A previsão no contrato bancário de taxa de juros anual superior ao duodécuplo da mensal é suficiente para permitir a cobrança da taxa efetiva contratada. Matéria de direito, que não demanda o reexame de cláusula contratual e dos elementos fáticos da lide, tampouco justifica a realização de perícia. Cumprido esse requisito e havendo coincidência de entendimento entre as instâncias judiciais, passível a matéria de julgamento, nos termos do art. 285-A**".

Quais exatamente as consequências de tal entendimento?

a) primeiro, parte-se do pressuposto de que o consumidor, ao contratar alienação fiduciária de mercadoria, em 60 x o valor Y, já foi devidamente informado sobre o custo do negócio e não pode se rebelar contra a forma como a instituição financeira chegou ao valor exigido;

b) tendo assinado, como assinou, o formulário - em regra indecifrável - de adesão, que lhe foi posto pelo estipulante, considera-se que esse fato transforma o fato eventual (cobrança de juros extorsivos e usura; desequilíbrio financeiro do contrato etc..) em matéria de direito, insusceptível de análise contábil;

c) permite ao julgador, encerrar o processo **com julgamento de mérito**, rechaçando a pretensão do autor, sem ao menos citar a entidade financeira, que sequer precisa apontar o acerto de seus cálculos.

Tal entendimento, *data venia*, enterra princípios basilares do negócio jurídico, conspurca direitos fundamentais do cidadão, transforma o contrato de adesão em instrumento de arbítrio, ofende de forma gravíssima o direito de consentimento esclarecido do consumidor; põe por terra a possibilidade de revisão dos contratos; ofende o devido processo legal, transforma o fato jurídico em questão de direito e priva o cidadão de acesso à justiça.

Considero que o julgamento da lide, com base no art. 285-A do CPC, como proferido, sem apreciação da prova técnica que a parte tem direito de produzir, causa a nulidade da sentença exarada em primeiro grau e por isso, assim a declaro, para que o trâmite do processo prossiga, com a apresentação de contestação pelo réu e o cumprimento do devido processo legal e respeito ao princípio da ampla defesa.

Diante disso, dá-se provimento ao recurso de apelação do autor para anular o processo "ab ovo", com a observação de que a ação deve ter seu curso normal e de que nesta Corte foram concedidas as benesses da gratuidade de justiça ao autor.

É o meu voto.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0117841-09.2006.8.26.0001, da Comarca de São Paulo, em que são apelantes/apelados NELSON BALLARIN e VANESSA PLINTA, são apelados/apelantes SEVERINA MARIA VALLADARES BARRETO (JUSTIÇA GRATUITA), ALINE VALLADARES BARRETO (JUSTIÇA GRATUITA), ARIANA VALLADARES BARRETO (JUSTIÇA GRATUITA) e RENE VALLADARES BARRETO (JUSTIÇA GRATUITA).

ACORDAM, em 12ª Câmara Extraordinária de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO DOS REQUERIDOS E DERAM PROVIMENTO AO ADESIVO.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 5.925)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores ARTUR MARQUES (Presidente sem voto), MARIA LÚCIA PIZZOTTI e EROS PICELI.

São Paulo, 12 de setembro de 2014.

NELSON JORGE JÚNIOR, Relator

Ementa: EXTINÇÃO DE MANDATO - Procuração *ad judicia* - Extinção - Falecimento do outorgante - Ciência dos advogados acerca da iminência da morte do mandatário - Levantamento de valores após a morte do outorgante - Restituição aos herdeiros do outorgante Necessidade: - Os valores levantados por advogado após o falecimento do mandatário devem ser restituídos aos seus herdeiros, visto que o causídico não mais ostentava tais poderes, em razão da extinção do mandato ocorrida após a morte do outorgante, da qual possuía ciência, visto o estágio terminal que se encontrava.

LITIGÂNCIA DE MÁ-FÉ - Contrato de honorários - Falsidade material - Montagem comprovada por meios de prova pericial - Alteração da verdade dos fatos - Incidência do artigo 17, inciso II, c.c. o artigo 18, "caput", ambos do CPC - Aplicação de multa de 1% sobre o valor da causa: - A alteração dos fatos, por meio da juntada de documentos comprovadamente

Acesso ao Sumário

falsos, frutos de montagem, incide na aplicação da multa de 1% sobre o valor da causa, em razão da prática do ato previsto no inciso II, do artigo 17, c.c. o art. 18, "caput", ambos do CPC.

NEGA-SE PROVIMENTO AO RECURSO DOS REQUERIDOS E DÁ-SE PROVIMENTO AO DOS AUTORES.

VOTO

Vistos, etc.

Trata-se de apelações interpostas contra a respeitável sentença de fls. 370/374, que julgou procedente o pedido formulado na ação, para condenar os réus a restituir aos autores a importância de R$ 29.886,00 atualizada pela Tabela Pratica do Tribunal de Justiça, a partir de 5 de maio de 2005, data do saque, e juros de mora de 1% ao mês a partir da citação. E para condenar os réus a pagar a cada um dos autores a importância de R$ 8.000,00, a título de danos morais, atualizada pela tabela prática do Tribunal de Justiça, a partir da publicação da sentença e juros de mora de 1% ao mês a partir da citação.

Inconformados, apelam Nelson Ballarin e Vanessa Plinta às fls. 392/401, pugnando pela reforma da sentença. Alegam preliminarmente a nulidade da sentença, entendendo que a matéria posta seria de fato, o que tornaria necessária a oitiva da procuradora Marilia Rasteli. Ressaltam que, embora tivessem requerido a produção de prova testemunhal, o juízo *a quo* julgou antecipadamente o feito causando assim o alegado cerceamento de defesa.

Sustentam que a procuração foi outorgada para Marilia Restelli por instrumento público, conferindo poderes para confessar, desistir, transigir firmar acordos e compromissos, receber e dar quitação, razão pela qual o recebimento da quantia de R$ 20.000,00 pela mandatária teria ocorrido dentro dos poderes a ela conferidos.

No que toca ao repasse do valor depositado esclarecem que se mostra irrelevante os motivos que ensejaram o repasse do valor, devendo ser considerado somente o efetivo repasse ao Sr. Diógenes, por meio de sua procuradora, conforme atesta o recibo juntado aos autos. Aduzem que a procuração outorgada pelo Sr. Diógenes estava plenamente valida quando do repasse dos valores, em 22 de abril de 2005, momento em que o *de cujus* ainda estava vivo.

Apontam que o desconto efetuado no montante total é devido, uma vez que a assinatura no contrato de prestação de serviços advocatícios é autentica, restando incontroversa a sua atuação na ação proposta pelo Sr. Diógenes em face dos bancos Itaú e Unibanco.

Rebatem a perícia realizada, alegando ser ela *ultra petita*, e, por fim,

pugnam pelo afastamento da condenação por danos morais, ou, subsidiariamente, sua redução.

De outra parte, apelam adesivamente os autores da demanda pleiteando a aplicação da pena de litigância de má-fé aos requeridos, diante da comprovada falsidade material realizada no contrato de honorários. No mais, postula a correção do *decisum* a fim de determinar a alteração do termo inicial da contagem dos juros, para que passe a incidir desde o evento danoso ocorrido em 5 de maio de 2005.

É o relatório.

I. A respeitável sentença recorrida deve ser mantida por seus próprios fundamentos, os quais ficam inteiramente adotados como razão de decidir, pelo não provimento do recurso dos réus, como autoriza o artigo 252[1] do Regimento Interno deste Tribunal.

Ressalte-se que o **Superior Tribunal de Justiça** tem prestigiado esse entendimento, quando predominantemente reconhece "a viabilidade de o órgão julgador adotar ou ratificar o juízo de valor firmado na sentença, inclusive transcrevendo-a no acórdão, sem que tal medida encerre omissão ou ausência de fundamentação no *decisum*"[2].

No mesmo sentido, *mutatis mutandis*, o **Supremo Tribunal Federal** tem afirmado que é possível sejam adotados na decisão os fundamentos de parecer do Ministério Público, assim o tendo feito recentemente, em decisão da lavra do eminente Ministro Dias Toffoli, *verbis*:

> *Acompanho na íntegra o parecer da douta Procuradoria-Geral da República, adotando-o como fundamento desta decisão, ao estilo do que é praxe na Corte, quando a qualidade das razões permitem sejam subministradas pelo relator.*[3]

Cuida-se de ação de cobrança cumulada com indenização por danos morais, onde os requerentes pleitearam o pagamento de quantia decorrente de acordo judicial em que figurou Diógenes Valladares, sendo repassado à procuradora Marillia Ribelli, em 22 de abril de 2005, apesar de sido levantado somente em 5 de maio de mesmo ano.

Inicialmente no que toca ao alegado cerceamento de defesa, imperioso esclarecer que, diversamente do quanto alegam os requeridos, não se discute no presente caso o recebimento ou não dos valores pela procuradora Marillia Ribelli,

1 Diz o referido art. 252: Nos recursos em geral, o relator poderá limitar-se a ratificar os fundamentos da decisão recorrida, quando, suficientemente, houver de mantê-la.

2 Dentre outros, REsp nº 662.272/RS, Rel. Min. João Otávio de Noronha, Segunda Turma, j. 04.09.2007; REsp nº 641.963/ES, Rel. Min. Castro Meira, Segunda Turma, j. 21.11.2005; REsp nº 265.534/DF, Rel. Min. Fernando Gonçalves, Quarta Turma, j. 01.12.2003.

3 RE nº 591.797 e RE nº 626.307, j. 26.08.2010.

Acesso ao Sumário

mas sim a validade desse repasse, pois, considerando a data constante do recibo de fls. 114 (22 de abril de 2005), conclui-se que se deu por mera liberalidade dos requeridos, uma vez que estes valores encontravam-se apenas depositados em conta judicial, sendo que naquele momento ainda não pertenciam efetivamente ao Sr. Diógenes.

Nesse sentido, não há nos autos pedido de adiantamento formalizado pelo Sr. Diógenes ou mesmo recibo dando conta da destinação desses valores. Ou seja, ainda que o valor já estivesse depositado em conta judicial, não foi apresentada justificativa relevante para proceder ao suposto adiantamento dos valores depositados à procuradora Marillia Ribelli, pois, caso realmente pretendessem que o Sr. Diógenes recebesse o dinheiro em vida, bastaria pugnar ao Juízo celeridade na confecção da guia de levantamento, fundamentando seu pedido no estado terminal em que se encontrava o seu mandante.

Portanto, a oitiva de testemunha que não foi indicada no decorrer do processo, e que, no caso concreto, nada acrescentaria de razoável e pertinente ao julgamento da causa.

II. Também não merece acolhida a tese de prova pericial *ultra petita*.

Conforme escólio de Cândido Rangel Dinamarco:

Laudo é o trabalho escrito do perito, no qual ele responde aos quesitos, desenvolve seus próprios raciocínios e conclui. As conclusões devem ser objetivas e tocar diretamente os pontos indagados, sendo também aconselhável que o perito preste outras informações pertinentes que tiver, ainda que fora do âmbito estrito dos quesitos mas sempre com pertinência à causa e nos limites de sua função auxiliar.[4]4

Nesse tocante, não se deve presumir que o perito deveria ficar adstrito somente aos quesitos elaborados, sobretudo porque os requerentes, quando da interposição do incidente de falsidade, expressamente questionaram o fato do Sr. Diógenes ter aposto sua assinatura em um contrato que previa o pagamento líquido de honorários advocatícios de 30% do montante recebido pelo outorgante.

Bem se vê que, por outra via, que não o reconhecimento da falsidade da assinatura, apurou-se que, de fato, o Sr. Diógenes não havia assinado o contrato de prestação de serviços advocatícios juntados pelos requeridos em sua contestação, forçando a convir que a prova pericial, ao fornecer elementos necessários para a elucidação da ação, cumpriu devidamente a sua função, nos estritos termos do pedido.

III. No mérito, destaca-se apenas em reforço que, conforme dispõe o inciso I do art. 265 do Código de Processo Civil, ocorrendo a morte de qualquer das partes, dar-se-á substituição pelo espólio ou sucessores, suspendendo-se o

Acesso ao Sumário

4 DINAMARCO, Cândido Rangel; Instituições de Direito Processual - Civil Volume III; 4ª ed. rev. e atual. pg.594/595; São Paulo: Malheiros.

processo. Assim, com o falecimento do Sr. Diógenes, em 25 de abril de 2005, fazia-se imperioso a constituição de novo procurador ao seu espólio, diante da extinção do mandato conferido ao procurador do *de cujus*, nos termos do que dispõe o art. 682, inc. II, do Código Civil.

De tal modo, em 5 de maio de 2005, quando do levantamento do montante depositado pelo Banco Itaú em razão do acordo judicial formalizado, os requeridos, não mais ostentavam poderes para representação *ad judicia* do Sr. Diógenes, em razão do seu falecimento ocorrido no dia 25 de abril do mesmo ano.

Nem se alegue o desconhecimento do óbito, pois os próprios requeridos justificam a antecipação do repasse à procuradora Marillia Ribelli, ao dizerem que: *em virtude do grave estado de saúde do Diógenes Valladares Barreto, haja vista estar infectado pelo vírus do HIV e manifestando diversas enfermidades, encontrando-se, inclusive, em estado terminal.*

Igualmente, uma vez comprovada a falsidade material do contrato de prestação de serviços advocatícios, este não pode ser considerado como apto a gerar efeitos, razão pela qual o montante descontado em detrimento dos serviços advocatícios deve ser restituído aos requerentes.

Conclui-se, portanto, que o comportamento dos requeridos, além de esbarrar nas normas do direito processual e material, afrontou diretamente aos mais comezinhos princípios éticos que devem permear a relação entre cliente e advogado, de modo que não devem prosperar.

E como bem salientou o Juízo *a quo*:

Entretanto, como o depósito só foi levantado pela corré Vanessa em 05 de maio de 2005, não poderia ter repassado tais valores em 22 de abril de 2005 à suposta procuradora do 'de cujos', e se o fez, foi por meio de liberalidade, e por sua conta e risco.

Ademais, cabe ressaltar que a morte é uma causa de extinção do mandato, e, portanto, não poderiam os réus ter repassado a importância de R$ 20.000,00 à Marillia Rastelli, pois, repita-se, por ocasião do levantamento dos valores. Diógenes já havia falecido, o que ocasiona a revogação da procuração e os valores não poderiam ser a ela repassados. Cabe ressaltar que ao contrário do aduzido pelos réus em contestação, com o falecimento de Diogenes, os valores poderiam ter sido consignados em juízo, a fim de se saber quem seria o real beneficiário do mesmo.

[...]

Portanto, diante das questões apresentadas pela Sra. Perita, deve ser desconsiderado o contrato de honorários advocatícios apresentados pelos réus a fls.154/157, em razão da divergência

Acesso ao Sumário

apresentada entre fl.154,155 e 156, e a folha 157, onde se encontra a assinatura do falecido.

Ademais, como efetuaram o pagamento a terceiro que não poderia receber o valor, devem restituir aos autores a integralidade dos valores levantados, por se tratarem dos sucessores do falecido.

Dispõe o artigo 308 do Código Civil que:

'O pagamento deve ser feito ao credor ou a quem de direito o represente, sob pena de só valer depois de por ele ratificado, ou tanto quanto reverter em seu proveito.'

Assim, não restou demonstrado que o valor foi revertido em favor do 'de cujus'".

IV. De outra parte, diante da conclusão do laudo pericial que atestou que *o contrato de honorários advocatícios de fls. 157/154 é produto de montagem documental* (fls. 347) não se permite outra conclusão senão o reconhecimento da litigância de má-fé dos requeridos que tentaram alterar a verdade dos fatos.

Enquadrando-se o comportamento dos requeridos no artigo 17, incisos II e V, do Código de Processo Civil deve responder pelo pagamento de multa de 1% do valor da causa, conforme dispõe o art. 18, "caput", também do Código de Processo Civil, não sendo adequada a condenação ao pagamento de indenização, ante a falta de comprovação de prejuízo sofrido pelos requeridos.

V. Merece mínimo reparo a sentença com relação ao termo inicial para a incidência dos juros sobre a condenação por danos material, devendo incidir a partir da data do ilícito, ou seja, 5 de maio de 2005.

Assim, no que toca aos juros, é devida sua incidência da data do levantamento indevido dos valores pelos requerentes, que não mais ostentavam poderes para o ato, devendo ser aplicado o entendimento esposado pela **Súmula nº 54** do **Superior Tribunal de Justiça**, pelo qual: "os juros moratórios fluem a partir do evento danoso, em caso de responsabilidade extracontratual".

VI. Ante todo o exposto, por meu voto, **nega-se provimento** ao recurso dos requeridos, e **dá-se provimento** ao recurso adesivo dos requerentes para aplicar a multa decorrente da má-fé dos requeridos, no montante de 1% do valor da ação, além de alterar o termo inicial da contagem dos juros incidentes sobre a condenação por danos materiais, para a data do evento danoso.

Do contido nos autos, verifica-se haver, em tese, a prática de crime, ante a falsidade apurada pela perícia. Assim, determino sejam extraídas as cópias das principais peças do processo e remetidas, por ofício, ao representante do Ministério Público, para conhecimento e providências que entender necessárias, nos termos do que dispõe o Código de Processo Penal.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0010435-46.2009.8.26.0510, da Comarca de Rio Claro, em que é apelante LUIS CLAUDIO NASCIMENTO (JUSTIÇA GRATUITA), é apelado ALLIANZ SEGUROS S/A.

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 9089)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores WALTER CESAR EXNER (Presidente) e EDGARD ROSA.

São Paulo, 11 de setembro de 2014.

HUGO CREPALDI, Relator

Ementa: APELAÇÃO - AÇÃO INDENIZATÓRIA - CONTRATO DE SEGURO DE VEÍCULO - Embriaguez do autor constatada por policial, e corroborada pela negativa de realização de exame de bafômetro - Nexo causal entre a embriaguez e o acidente, uma vez que o autor, sozinho, atingiu a canaleta da rodovia, e capotou o veículo - Presunção que não foi elidida por outra versão plausível - Negativa da seguradora que foi fundamentada, diante do agravamento do risco pelo segurado - Negado provimento.

VOTO

Vistos.

Trata-se de Apelação interposta por **LUIS CLAUDIO NASCIMENTO**, nos autos da ação de cobrança c.c. indenizatória que move contra **ALLIANZ SEGUROS S/A**, objetivando a reforma da sentença (fls. 284/292) proferida pelo MM. Juiz de Direito, Dr. Leandro de Paula Martins Constant, que julgou improcedente a ação, condenando o autor ao pagamento de custas, despesas processuais e honorários advocatícios fixados em R$ 2.000,00, observando-se o que dispõe a Lei nº 1.060/50.

Apela o autor (fls. 294/303), sustentando que não restou comprovado nos autos que ele estava alcoolizado quando do acidente e, ainda que assim fosse,

Acesso ao Sumário

não demonstrada que essa foi a causa do sinistro. Assim, de rigor a reforma da sentença, para acolhimento dos pedidos indenizatórios formulados.

Recebido o apelo em seu duplo efeito (fls. 304), houve contrarrazões (fls. 306/321).

É o relatório.

Pelo que consta dos autos, as partes firmaram um contrato de seguro de veículo cuja vigência é de 1º de julho de 2008 a 1º de julho de 2009 (fls. 17). Nesse período, mais especificamente em 20 de fevereiro de 2009, o autor envolveu-se em um acidente de carro, do qual resultou a perda total de seu automóvel, bem como um ferimento em sua cabeça. Assim, pleiteia indenização correspondente ao valor segurado do automóvel, bem como indenização por danos morais.

O Juízo *a quo*, por sua vez, julgou improcedente a demanda pelo fato de ter sido constatado que o autor, quando do acidente, tinha ingerido álcool, hipótese em que excluída a cobertura securitária:

> "*Em síntese, no caso dos autos, há a declaração policial no momento do acidente, acompanhada por duas testemunhas, em documento no qual é afirmado o estado de alcoolismo do autor e há sua expressa recusa, injustificada, de realizar exame de bafômetro. Além disso, não houve realização de exame de sangue para verificação do alcoolismo. A declaração firme do policial rodoviário de que o autor estava exalando cheiro de álcool pela boca somada à negativa confirmada pelo próprio autor, a se submeter a exame de bafômetro, sem justificativa, conduzem ao reconhecimento inequívoco da tese do réu e à improcedência da ação*"

E a sentença merece ser mantida, não trazendo o apelante fundamentos fático-probatórios que justifiquem a reforma.

Em primeiro lugar, e diferentemente do que sustenta o apelante, a prova testemunhal aponta para a realidade de que ele ingeriu álcool antes do acidente. E isso porque o policial *Ricardo José Domingues*, quem atendeu o autor quando da ocorrência, afirma com segurança que "*Ele aparentava embriagado. O autor estava ferido na cabeça. O autor exalava cheiro de álcool pela boca. (...) Foi perguntado a ele se pretendia fazer exame de dosagem alcoolica, o que foi negado pelo autor. (...) Não requisitei o exame de sangue no hospital*" (fls. 206).

Já as demais testemunhas apenas revelam suas impressões quanto ao estado do autor, sem que pudessem afirmar com segurança se ele estava ou não sob efeito do álcool. Por exemplo, seu amigo *Luis Félix* afirmou que o autor não aparentava embriagado, mas ele só teve contato com o apelante horas depois do acidente (fls. 202). A testemunha *Luis Ferreira* foi ouvida como mera informante e, de todo modo, não contribui para aclarar a questão da ingestão de bebida.

Acesso ao Sumário

Dessa maneira, prevalece o depoimento do policial. Além do mais o autor se negou a fazer o bafômetro que poderia provar que não havia consumido bebida alcoólica. Não poderia, dessa forma, se beneficiar dessa recusa, de acordo com o art. 231 do Código Civil, *ipsis litteris*: "*Art. 231. Aquele que se nega a submeter-se a exame médico necessário não poderá aproveitar-se de sua recusa*".

Nesse ponto, vale ressaltar que o fato de o autor ter se submetido a exame de sangue no hospital não altera essa realidade: o exame realizado não mediu qualquer índice de álcool no sangue, mas apenas a quantidade de hemoglobina e de hematócrito (fls. 28). Em outras palavras, como não foi o policial militar quem requereu o exame de sangue, e considerando que este foi realizado apenas para analisar as condições de saúde do autor, sem verificação do álcool em seu sangue, esse exame não se presta a afastar a prova de que ele estava embriagado.

É certo que o fato de o segurado estar embriagado não é motivo, *per si*, para exclusão da cobertura: é entendimento consolidado no Superior Tribunal de Justiça de que, para tanto, é preciso que a embriaguez tenha efetivamente contribuído para ocorrência do acidente:

> *REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. SEGURO DE AUTOMÓVEL. PAGAMENTO DE INDENIZAÇÃO. EXISTÊNCIA DE NEXO DE CAUSALIDADE ENTRE A EMBRIAGUEZ DO CONDUTOR DO VEÍCULO E O SINISTRO. ALTERAÇÃO DO JULGADO. NECESSIDADE DE REEXAME DAS CIRCUNSTÂNCIAS FÁTICAS DO CASO. SÚMULA 7/STJ.*
>
> ***1. A jurisprudência desta eg. Corte firmou-se no sentido de que a constatação do estado de embriaguez do condutor do veículo, mesmo nos casos em que a dosagem etílica no sangue se revela superior à permitida em lei, não é causa apta, por si só, a eximir a seguradora de pagar a indenização pactuada. Ao revés, para que tenha sua responsabilidade excluída, tem a seguradora o ônus de provar que a embriaguez foi a causa determinante para a ocorrência do sinistro.***
>
> *2. Na hipótese, o eg. Tribunal a quo, soberano no exame das circunstâncias fáticas da causa, reconheceu que a embriaguez do segurado foi a causa determinante do acidente. Portanto, mostra-se imprescindível o revolvimento do material fático-probatório dos autos, a atrair a incidência da Súmula 7 desta eg. Corte.*
>
> *3. Agravo regimental a que se nega provimento.*
>
> *(AgRg no AREsp 404.617/SP, Rel. Ministro RAUL ARAÚJO, QUARTA TURMA, julgado em 22/04/2014, DJe 19/05/2014 - destacou-se)*
>
> *AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. SEGURO. EMBRIAGUEZ DO SEGURADO. CONDIÇÃO DETERMINANTE DO ACIDENTE. OCORRÊNCIA. REEXAME*

Acesso ao Sumário

PROBATÓRIO. SÚMULAS NºS 5 E 7/STJ. PRECEDENTES.

1. "A embriaguez do segurado, por si só, não exime o segurador do pagamento de indenização prevista em contrato de seguro de vida, sendo necessária a prova de que o agravamento de risco dela decorrente influiu decisivamente na ocorrência do sinistro" *(AgRg no ARE sp 57.290/RS, Rel. Min. Nancy Andrighi, DJe 9/12/2011).*

2. Tendo as instâncias ordinárias, à luz das provas bem como de interpretação contratual, reconhecido que a causa determinante do acidente foi o estado de embriaguez do segurado, a pretensão recursal, em sentido contrário, esbarra necessariamente nos óbices das Súmulas nºs 5 e 7/STJ.

3. Agravo regimental não provido.

(AgRg no AREsp 119.122/ES, Rel. Ministro RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA, TERCEIRA TURMA, julgado em 03/09/2013, DJe 10/09/2013 - destacou-se)

AGRAVO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. ACIDENTE DE TRÂNSITO. SEGURO. RESPONSABILIDADE. EMBRIAGUEZ DO SEGURADO. AGRAVAMENTO DO RISCO POR PARTE DO SEGURADO. AFASTAMENTO.

- A embriaguez do segurado, por si só, não exime o segurador do pagamento de indenização prevista em contrato de seguro de vida, sendo necessária a prova de que o agravamento de risco dela decorrente influiu decisivamente na ocorrência do sinistro.

- Agravo não provido.

(AgRg no AREsp 57.290/RS, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 01/12/2011, DJe 09/12/2011 - destacou-se)

Contudo, do contexto do acidente, a conclusão que se extrai é que a colisão ocorreu, tão somente, por conta da situação etílica do motorista, já que foi um choque contra a canaleta de captação de águas seguida de capote, sem notícia de qualquer envolvimento de terceiros ou de condições adversas. Sendo assim, não foi apresentada nenhuma outra causa coerente para o acidente, e o cochilo alegado não deixa de ser possível consequência da ingestão de álcool.

Acesso ao Sumário

Assim, tendo em vista que a apólice securitária exclui a responsabilidade da seguradora em caso de direção sob a influência de álcool e, ainda, considerando-se o agravamento do risco pelo condutor, uma vez que a embriaguez deste foi a causa determinante para a ocorrência do sinistro, plenamente válida a recusa da seguradora ré em realizar o pagamento da indenização.

Dessa maneira, não possuindo fundamento o pedido de recebimento da indenização, acertadamente decidiu o MM. Magistrado de Primeiro Grau pela improcedência do pedido inicial.

Pelo exposto, nego provimento ao recurso.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0024488-40.2012.8.26.0053, da Comarca de São Paulo, em que é apelante FAZENDA DO ESTADO DE SÃO PAULO, é apelado RICARDO ALVES CORREA.

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 14.204)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores WALTER CESAR EXNER (Presidente), EDGARD ROSA e VANDERCI ÁLVARES.

São Paulo, 11 de setembro de 2014.

WALTER CESAR EXNER, Relator

Ementa: Indenização. Acidente de veículo. Viatura policial. Capotamento ocorrido durante perseguição a veículo suspeito. Situação de emergência constatada. Observância do artigo 29, VII, do CTB. Culpa não configurada. Ação julgada improcedente. Sentença mantida. Recurso improvido.

VOTO

Vistos.

Trata-se de ação de reparação de danos ajuizada pela Fazenda do Estado de São Paulo em face de Ricardo Alves Correa, que a respeitável sentença de fls. 246/249, cujo relatório fica fazendo parte integrante do presente, julgou improcedente.

Irresignado, apela a autora insistindo na responsabilização do réu pelo evento ora tratado, atribuindo ao condutor da viatura policial a culpa pelo acidente, pois teria agido com imprudência e imperícia ao perder o controle do conduzido, seguido de capotamento, tendo, ademais, prestado versões contraditórias durante o procedimento administrativo, distintas daquela apresentada em juízo, a qual refuta, pretendendo, assim, o ressarcimento dos danos por ele provocados no veículo oficial.

O recurso foi recebido no duplo efeito, batendo-se o apelado pelo improvimento.

O feito foi distribuído à 3ª Câmara de Direito Público que declinou da

Acesso ao Sumário

competência pelo v. acórdão de fls. 274/278, sendo depois redistribuído a este relator.

É o relatório.

Narra o autor, na inicial, que no dia dos fatos o policial dirigia a viatura oficial com imprudência, quando, no cruzamento ali descrito, bateu com a roda dianteira na guia, o que o fez perder o controle do conduzido seguido de capotamento, provocando danos na ordem de R$ 23.708,45, já atualizado, do qual pretende ser ressarcida.

Essa versão foi refutada pelo réu em contestação, oportunidade em que alegou estar em patrulhamento de rotina, quando foi comunicado por Cledivaldo Martins Silva da existência de um veículo Vectra e outro Pálio em atitude suspeita, estando um dos ocupantes do primeiro armado. Localizados, encetou perseguição, mas, ao realizar a curva no local em questão, perdeu o controle do seu conduzido em razão de uma valeta ali existente, o que provocou o capotamento da viatura oficial.

A despeito das alegações trazidas pela autora, nada existe nos autos a indicar a conduta culposa atribuída ao réu na condução da viatura policial.

Com efeito, a situação excepcional apontada na contestação ficou bem delineada nos autos, evidenciando que o acidente aconteceu durante perseguição policial a veículos suspeitos, não tendo sido demonstrada qualquer conduta que extrapolasse o razoável daquela encetada no exercício da profissão à qual o risco é inerente, como bem acentuado na r. sentença.

Ademais, não cuidou a autora de explorar eventuais contradições entre os relatos prestados pelo réu na esfera administrativa, quando de sua oitiva em juízo, não podendo, por óbvio, tais versões se sobreporem àquela prestada sob o manto do contraditório, respaldada, aliás, pelas demais provas produzidas (fls. 207/211), que corroboram não só a versão prestada pelo réu, como notadamente a existência da valeta que poderia ter contribuído para a perda do controle do carro durante aquela perseguição.

Como se vê, sendo notória a situação excepcional de emergência observada no disposto no art. 29, inciso VII, do CTB, afigura-se acertada a r. decisão de primeiro grau que isentou o réu da responsabilidade de reparar o dano reclamado pela Fazenda Pública, até porque, outro não é o entendimento jurisprudencial:

Responsabilidade civil. Acidente de trânsito. Colisão entre dois veículos oficiais (viaturas policiais) velocidade excessiva compreensível e exigível diante da situação de perigo. Impossibilidade de condenação do policial militar ao ressarcimento à Fazenda. Indenizatória improcedente. Recurso provido para esse fim (1º TAC, 16ª Câm. Rel. Raphael Salvador, RT 126/154).

Responsabilidade civil. Acidente de trânsito. Viatura policial que, em

perseguição a outro veículo, derrapa e choca-se com poste. Inocorrência de velocidade incompatível, dadas as circunstâncias. Art. 83, I, do CNT (revogado pela Lei 9503/97) Ausência de culpa do servidor. Indenizatória improcedente. Recurso desprovido. 1º TAC, 11ª Câm. Rel. Ferraz Nogueira RT 665/113).

RECURSO DE APELAÇÃO EM AÇÃO ORDINÁRIA. PRETENSÃO DE REPARAÇÃO DE DANOS. COLISÃO DE VIATURA POLICIAL CONTRA POSTE. Incontroverso que o policial militar condutor da viatura encontrava-se, no momento da colisão, em atendimento à ocorrência policial grave, em estrito cumprimento do dever legal, com os sinais de alerta, sonoros e luminosos, devidamente acionados, e não demonstrado excesso na sua conduta, de rigor a improcedência da demanda. Não há prova nos autos que demonstrem ter o agente público agido com dolo ou culpa. Sentença reformada. Recurso provido. (3ª Câmara de Direito Público Apelação nº 9059228-35.2009.8.26.0000 Relator Marcelo Berthe Acórdão de 26 de março de 2014, publicado no DJE de 1º de abril de 2014, sem grifo no original).

Civil. Ação de reparação de danos. Sentença de improcedência em relação a um dos réus. Pretensão à reforma, neste particular. Descabimento. Não se pode imputar ao policial militar responsabilidade pelos danos sofridos pela viatura que conduzia, quando, ao atender a uma ocorrência, se envolve em acidente de trânsito, mormente se o conjunto probatório indica que não foi ele o causador do sinistro. Recurso desprovido.(Rel. Mourão Neto, Apelação com revisão nº 00986-36.2012.8.26.073, 27ª Câm. Direito Privado, j.19/8/2014).

Dessa forma, não tendo a Fazenda Pública se desincumbido de demonstrar conduta culposa ou dolosa do réu na condução do veículo oficial, ocorrendo o acidente no estrito cumprimento do dever legal, outra solução não restava ao litígio senão aquela adotada pela r. sentença de primeiro grau, que fica integralmente mantida.

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

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0020460-81.2012.8.26.0068, da Comarca de Barueri, em que são apelantes JOSÉ LUIZ SALMERÃO e ALEXANDRE SALMERÃO, é apelado LEYLA ANDREA SALMERÃO DE RESENDE.

ACORDAM, em 1ª Câmara Reservada de Direito Empresarial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 23485)**

Acesso ao Sumário

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores ENIO ZULIANI (Presidente sem voto), FORTES BARBOSA e CLAUDIO GODOY.

São Paulo, 11 de setembro de 2014.

FRANCISCO LOUREIRO, Relator

Ementa: CESSÃO DE QUOTAS SOCIAIS DE ASCENDENTE A DESCENDENTE. Ausência de anuência dos demais descendentes. Alegação de que a cessão das quotas sociais ocorreu a título de doação. Negócio jurídico gratuito que não se presume. Inteligência do artigo 114 do Código Civil. Princípio que recomenda não dar interpretação ampliativa a quaisquer atos de liberalidade. Cláusula contratual que indica que o cedente das quotas sociais deu quitação ao cessionário, o que indica a natureza onerosa e bilateral do negócio. Cessão onerosa caracterizada. Anulabilidade da cessão onerosa de ascendente para descendente sem consentimento dos demais herdeiros. Artigo 496. Preceito que evita a desigualdade dos quinhões hereditários. Prazo decadencial de dois anos. Elementos que indicam o valor e a rentabilidade da empresa. Anulação da cessão das quotas sociais. Sentença mantida. Recurso desprovido.

VOTO

Cuida-se de recurso de apelação interposto contra a r. sentença de fls. 442/445, que julgou procedente ação de anulação de negócio jurídico, proposta por **LEYLA ANDREA SALMERÃO DE RESENDE** em face de **ALEXANDRE SALMERÃO E OUTROS.**

Fê-lo a r. sentença, basicamente sob o argumento de que a cessão de quotas sociais realizada pelo genitor José Luiz em favor do filho Alexandre é inválida, pois não houve o consentimento dos demais descendentes do vendedor, o que caracteriza violação ao artigo 496 do Código Civil.

O recorrente alega, preliminarmente, que houve cerceamento de defesa, uma vez que não lhe foi concedida oportunidade para provar que, ainda que se considere que houve compra e venda, o negócio não trouxe nenhum prejuízo aos demais descendentes, pois a empresa é deficitária e não gera lucros. No mérito, argumenta que a cessão das quotas sociais se deu a título gratuito, razão pela qual o artigo 496 do Código Civil é inaplicável. Sustenta, ainda, que a

Acesso ao Sumário

doação será trazida à colação para igualar as legítimas dos descendentes, em conformidade com o artigo 2.003 do Código Civil.

O recurso foi contrariado (fls. 530/539).

É o relatório.

1. A preliminar de nulidade da sentença deve ser rejeitada.

Os apelantes alegam que houve cerceamento de defesa, uma vez que não lhes foi concedida oportunidade para comprovar que não houve efetivo prejuízo aos herdeiros do alienante. Argumentam que tal fato seria comprovado por meio de oitiva de testemunhas, depoimento pessoal da autora e perícia técnica.

No entanto, é simples constatar que os autos já se encontravam adequadamente instruídos para o deslinde do feito, de forma que a realização de fase instrutória, com a colheita de depoimento pessoal e outras provas orais, além da realização de perícia, não teria maior utilidade.

Ambas as partes tiveram oportunidade para trazer aos autos os elementos de informação que reputavam adequados à demonstração da veracidade de suas alegações.

Lembre-se ainda o disposto no art. 330, I, do CPC, que autoriza o julgamento antecipado da lide mesmo sendo a questão de mérito de fato e de direito, bastando que não haja necessidade de produzir prova em audiência. Tal é justamente a hipótese verificada nos autos, razão pela qual rejeito a preliminar ora analisada.

2. No mérito, o recurso não comporta provimento.

A autora alega que seu genitor é fundador da High Lux Metalúrgica Importação e Exportação Ltda., cujo objeto social consiste na fabricação de luminárias herméticas.

Argumenta que, com o passar do tempo, ela e seus dois irmãos passaram a trabalhar na empresa, razão pela qual cada um dos filhos recebeu 33,33% das quotas sociais.

Posteriormente, porém, o genitor exigiu que os três filhos lhe devolvessem as quotas sociais. O pedido foi acatado, afinal o patriarca José Luiz era o verdadeiro fundador e proprietário de fato da empresa.

Ocorre que, tempos depois, José Luiz se separou de fato de sua esposa e, supostamente na tentativa de burlar eventual partilha de bens, transferiu 100% de suas quotas sociais para o filho Alexandre (fls. 27/31).

A autora pretende invalidar essa cessão de quotas sociais, sob o argumento de que não houve consentimento dos demais descendentes, em evidente afronta ao artigo 496 do Código Civil.

De outro lado, os réus sustentam que as quotas sociais foram transferidas a título de doação, razão pela qual será levada à colação para o fim de igualar a

Acesso ao Sumário

legítima dos herdeiros. Como não houve compra e venda, não haveria que se falar em aplicação do artigo 496 do Código Civil. Sustentam, ainda, que a empresa não gera lucros e possui inúmeras dívidas, de modo que sua administração e titularidade constituem verdadeiros encargos.

São estes, basicamente, os fatos postos a julgamento.

3. Não posso presumir a ocorrência de doação de ascendente a descendente, diante dos elementos constantes dos autos, indicativos da existência de negócio oneroso.

Dispõe o artigo 114 do Código Civil:

Art. 114. Os negócios jurídicos benéficos e a renúncia interpretam-se estritamente.

O preceito, que é reprodução do artigo 1.090 do Código Civil de 1.916, generalizou para todo o negócio jurídico o princípio que recomenda não dar interpretação ampliativa a quaisquer atos liberais (**Caio Mário da Silva Pereira, Instituições de Direito Civil, vol. I, p. 431**).

Nessa perspectiva, a doação, como negócio benéfico que é, não se presume. Ao contrário. Deve ser expressa, inequívoca e, em regra, formalizada por documento escrito, a teor do que dispõe o artigo 541 do Código Civil.

No caso dos autos, o documento que formalizou a cessão das quotas sociais contém a seguinte disposição (fls. 27):

Cláusula 3º - O sócio retirante dá plena e total quitação das quotas transferidas ao sócio admitido e de quaisquer haveres perante a sociedade.

Além disso, anterior cláusula da alteração do contrato social fixa a transferência das quotas na expressiva quantia de R$ 550.000,00.

Tal cláusula, apesar de simples, indica com clareza que a cessão das quotas sociais se deu a título oneroso. Isso porque a quitação nada mais é que a prova do pagamento. Ora, se é assim, não há motivo para se falar em quitação ao adquirente de quotas sociais no contexto de um contrato unilateral de doação pura.

Se o donatário não tinha qualquer prestação a cumprir, do que recebeu quitação?

Nessa perspectiva, o que a disposição contratual indica é que os contratantes concordam que o preço foi efetivamente pago e, em razão disso, o vendedor dá plena e total quitação. Se há preço, evidente que o negócio jurídico celebrado é oneroso, o que retira a credibilidade da tese sustentada pelo recorrente no sentido de que a cessão se deu a título de doação.

Na realidade, o negócio celebrado entre José Luiz e Alexandre tem a natureza jurídica de cessão onerosa, à qual se aplicam as regras da compra e venda, e sob esse prisma deve ser interpretado.

Acesso ao Sumário

4. É texto expresso do artigo 496 do Código Civil que é anulável a venda de ascendente a descendente, salvo se os outros descendentes e o cônjuge do alienante expressamente houverem consentido.

Sabido que o Código Civil de 2.002 consagrou de forma peremptória a tese da anulabilidade do ato, que encontrava amparo em grande parte da doutrina.

A razão de ser do preceito sempre foi o de evitar a desigualdade dos quinhões hereditários. A lei não impede a desigualdade, pois o ascendente sempre pode se valer da faculdade de dispor livremente de metade de seu patrimônio. Mas esse direito de desigualar encontra limites na proteção da legítima. Nos casos de doação, os bens doados estão sujeitos à colação, o que não ocorre com os bens objeto de compra e venda. Daí o presente dispositivo, que permite anular uma doação disfarçada em compra e venda (José Osório de Azevedo Júnior, Compra e venda/Troca ou permuta, vol. 3, p. 56).

Como não há interesse público envolvido, cabe aos prejudicados promover a anulação do contrato. De outro lado, o ato é suscetível de confirmação, bastando que os descendentes consintam em momento posterior. Em razão disso, o Código Civil de 2.002 tornou a venda meramente anulável, ao contrário do Código de 1.916, que a inquinava de nulidade.

Pacífico que a cessão de quotas sociais a título oneroso é uma espécie de venda, razão pela qual a regra do artigo 496 é plenamente aplicável (**José Osório de Azevedo Júnior, obra citada, p. 58**).

Lembre-se, ainda, que o prazo decadencial para se pleitear a anulação é de dois anos. Paira certa controvérsia em relação ao *dies a quo* do prazo bienal. Apesar de o artigo 179 mencionar a data de conclusão do ato, não parece razoável que o descendente que não tem ciência do negócio esteja impossibilitado de pleitear sua anulação, seja porque os contratantes camuflaram a compra e venda, seja por qualquer outra razão. Mais razoável que o prazo tenha início, alternativamente, (i) na data em que o prejudicado teve conhecimento do negócio; ou (ii) na data em que o prejudicado poderia tomar conhecimento do contrato, o que normalmente ocorre com o registro da transferência (Registro de Imóveis, Jucesp e Detran, dependendo do objeto da alienação).

No caso dos autos, José Luiz transferiu, a título oneroso, 100% de suas quotas sociais para o filho Alexandre em novembro de 2.011 sem o consentimento da autora, filha do vendedor, que ajuizou a presente ação aproximadamente 5 (cinco) meses após a celebração do negócio.

Sendo assim, de rigor a anulação da cessão de quotas sociais, realizada sem o consentimento da autora.

5. Não vinga o argumento do apelante no sentido de que não houve prejuízo à requerente, razão pela qual a transferência de quotas é perfeitamente válida, em consonância com o entendimento reiterado do Superior Tribunal de

Acesso ao Sumário

Justiça.

Não parece crível a alegação de que a empresa High Lux não é uma fonte de renda, constituindo um verdadeiro encargo, o qual foi aceito apenas pelo apelante Alexandre.

O balanço patrimonial juntado pelos réus demonstra que a empresa movimenta quantias expressivas, o que indica sua rentabilidade e o valor de seus bens (fls. 82).

Diga-se, aliás, que uma empresa "sem valor" jamais despertaria o interesse da autora, que não ajuizaria a presente demanda com a finalidade de anular a transferência realizada em favor de seu irmão.

Ainda que assim não fosse, era ônus do comprador Alexandre comprovar que a cessão de quotas não representou prejuízo financeiro à autora. E desse ônus o recorrente não se desincumbiu, uma vez que a prova era essencialmente documental.

Portanto, forçoso anular a cessão onerosa realizada. Aliás, a função do artigo 496 do Código Civil é exatamente a de impedir que cessões gratuitas disfarçadas de onerosas burlem as legítimas de herdeiros necessários.

Se a tese dos réus recorrentes é a de que, embora rotulado de cessão onerosa de quotas, o que ocorreu foi verdadeira doação, a fattispecie do artigo 496 está caracterizada.

Aliás, se desejam os réus a prática de negócio realmente benéfico, podem fazê-lo após o julgamento desta demanda. Nada impede que, após o julgamento definitivo desta ação, o patriarca José Luiz realize nova transferência das quotas sociais, desta vez a título gratuito, desde que respeitadas as legítimas dos herdeiros, pena de ser considerada inoficiosa.

A sentença deu correta solução à lide, não comportando o menor reparo.

Diante do exposto, pelo meu voto, nego provimento ao recurso.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 1004334-32.2014.8.26.0564, da Comarca de São Bernardo do Campo, em que é recorrente TAM TRANSPORTE AÉREO MARÍLIA, é recorrido THIAGO BATISTELA BUENO.

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 37.126)**

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

São Paulo, 15 de setembro de 2014.

SILVEIRA PAULILO, Relator

Ementa: APELAÇÃO - Ação de reparação de danos morais julgada procedente - Transporte aéreo internacional - Serviço de berço não disponibilizado a bebê de colo, cuja presença no voo foi comunicada pelos genitores no ato da reserva das passagens e durante o *check in* - Alegação de ausência de pagamento de taxa específica - Hipótese em que o consumidor não foi informado com clareza e precisão acerca dos aspectos necessários para a contratação do serviço - Deficiência do serviço caracterizada - Viagem de longa duração (oito horas ininterruptas) - Criança que, durante alguns trechos, viajou no colo dos genitores e, em outros, foi acomodada no chão da aeronave - Circunstância que extrapola o mero aborrecimento - Dano moral configurado - Prova - Desnecessidade - *Dano in re ipsa* - Responsabilidade objetiva - *Quantum* indenizatório mantido - Recurso não provido.

VOTO

Cuida-se de apelação respondida e bem processada por meio da qual quer ver a apelante reformada a r. sentença de fls. 62/66 que julgou procedente a ação de reparação de danos ajuizada por ***Thiago Batistela Bueno*** em face de **TAM - Transporte Aéreo Marília** e condenou a empresa aérea a pagar ao autor, a título de danos morais, a importância de R$ 10.000,00 (dez mil reais).

Sustenta, em síntese, que o serviço de berço deve ser requerido pelo interessado com antecedência mínima de três horas e que está sujeito à cobrança de taxa específica. Argumenta que tais medidas não foram adotadas pelo apelado, não havendo, portanto, que se falar em deficiência do serviço. Diz que os alegados danos morais não foram comprovados, devendo, portanto, ser afastada qualquer condenação a este título. Aduz que, em caso de manutenção da r. sentença, o valor da indenização deve ser reduzido.

É o relatório.

O recurso não prospera.

Acesso ao Sumário

O autor ajuizou a presente demanda visando ser reparado moralmente em razão de danos decorrentes da prestação de serviço inadequado a sua filha, de um ano e oito meses, durante os voos contratados.

O autor e sua esposa adquiriram *tickets* aéreos para os trechos São Paulo/Miami/São Paulo nos dias 28/11 e 01/12/2013. Os documentos colacionados às fls. 16/21 demonstram que a reserva foi realizada em 01/10/2013, constando expressamente dos bilhetes emitidos que os passageiros estariam acompanhados de um "bebê de colo". Afirmou o apelado que todas as taxas cobradas pela companhia aérea foram pagas, tendo ele entendido que aquela relativa ao serviço de berço estava incluída.

Com efeito, restou incontroverso que, tanto na viagem de ida, quanto na de volta, o apelado, sua esposa e sua filha foram acomodados nas cadeiras localizadas na primeira fila do avião, as quais possuem espaço para fixação de berço. Entretanto, ao contrário do esperado, o serviço não foi prestado, de modo que, durante toda a viagem, os genitores se revezaram em carregar o bebê, gerando desconfortos tanto para os pais, quanto para a criança que, em alguns trechos, foi acomodada no chão da aeronave, para que conseguisse dormir. É o que demonstram as fotografias de fls. 22/23.

Afirma a apelante que o serviço é oferecido mediante disponibilidade e que as informações necessárias estão previstas em seus canais de atendimento, devendo o consumidor observar os critérios para contratação, tais como reserva com prazo mínimo de três horas e pagamento da taxa respectiva. Diz que o apelante não pagou a taxa em questão, razão pela qual não há que se falar em falha na prestação do serviço, pois ele não foi contratado.

Sem razão, entretanto.

Conforme se observa do *print* da tela de fls. 30, "*nos voos que possuem serviço de espaço + a utilização do berço só é permitida mediante pagamento da taxa na loja do aeroporto. Por este motivo, só são aceitas reservas em voos ponto a ponto (...)*".

É certo que, ao contratar o serviço de transporte e pagar as taxas que lhe foram cobradas, o apelado comunicou a presença de "bebê de colo", entendendo que tal informação bastava para a disponibilização do serviço.

No entanto, ao embarcar para Miami e fazer o *check in* nada lhe foi informado acerca da necessidade de pagamento da referida taxa no aeroporto. Assim, como já relatado, a criança foi transportada, durante longo período, em condições desconfortáveis. Ao retornar para o Brasil, já no *check in*, o apelante, visando evitar novos transtornos, informou ao atendente acerca do ocorrido e reforçou o pedido de berço, tendo recebido a notícia de que o móvel já havia sido levado à aeronave, sem que nada lhe fosse cobrado a este título. O fato é que o serviço não foi novamente prestado, desta vez, sob o argumento de

Acesso ao Sumário

que a taxa respectiva não havia sido paga. E, novamente, o desconforto se fez presente.

Considerando-se a natureza consumerista do contrato firmado entre as partes, à apelante competia, no ato da contratação do serviço, esclarecer ao apelado que a reserva de berço demandaria prévia comunicação no aeroporto e, via de consequência, custo além do inicialmente previsto. E isto de forma a não causar surpresas após o embarque, como de fato ocorreu.

Não se pode olvidar que a própria apelante, através do seu serviço de atendimento ao consumidor, admite que houve "*falha no atendimento (...) e que esse tipo de ocorrência causa desconforto aos clientes (...)*" (fls. 22), não havendo, portanto, como afastar a responsabilidade que lhe foi carreada.

Anote-se, ademais, que o art. 14 do Código de Defesa do Consumidor dispõe expressamente que "*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*".

Diante deste quadro, a responsabilidade da companhia aérea, como prestadora de serviço, é objetiva, assim, à luz dessas considerações, porque a ela cabia informar com clareza e precisão todos os aspectos do serviço a ser realizado, e assim não agiu, deverá suportar o ônus de sua negligência.

No que concerne à possibilidade de indenização, cabe pontuar que, ao contrário do que afirma a apelante, o desconforto e a insegurança proporcionados ao apelado e aos seus familiares extrapolam o mero aborrecimento, sendo causa justificável para a reparação do dano moral experimentado, independente de provas, porquanto, em tais casos, o dano é considerado *in re ipsa*, sendo presumido e decorrente do próprio fato e da experiência comum. Ao contratar serviço de transporte se espera que o passageiro seja alvo de respeito, zelo, segurança e conforto, particularmente quando o serviço se destina a pessoas em situações peculiares, como crianças em tenra idade, idosos, deficientes físicos, etc.

E o valor da indenização foi fixado com moderação, mostrando-se compatível com a situação descrita nos autos. Cabe anotar que é possível, sim, a revisão do valor fixado, desde que ele seja abusivo, despropositado ou ínfimo, o que, sob todas as luzes, não é o caso.

A indenização de R$ 10.000,00 (dez mil reais), portanto, foi bem fixada, sendo suficiente para consolar o autor, seguindo os critérios da equidade, que levam em consideração a posição social do ofendido (educador físico), o comportamento do ofensor (negligente), a intensidade do sofrimento (desconforto e insegurança) e o caráter punitivo da indenização (sem enriquecimento sem causa).

Acesso ao Sumário

Assim sendo, a r. sentença deve ser mantida.

Diante do exposto, pelo meu voto, é negado provimento ao recurso, mantida a r. sentença tal como proferida.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0012084-13.2012.8.26.0002, da Comarca de São Paulo, em que é apelante/apelado ANTÔNIO CARLOS ROCHA COLUCCI (JUSTIÇA GRATUITA), é apelado/apelante FUNDAÇÃO CÁSPER LIBERO.

ACORDAM, em 1ª Câmara Reservada de Direito Empresarial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "por votação unânime, e para o fim mencionado, deram parcial provimento ao recurso do requerido, improvido o da autora.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 32.756)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores ENIO ZULIANI (Presidente sem voto), FRANCISCO LOUREIRO e FORTES BARBOSA.

São Paulo, 11 de setembro de 2014.

MAIA DA CUNHA, Relator

Ementa: Abstenção do uso de marca c.c. indenização. Cerceamento de defesa inexistente. Considerações acerca da proteção legal ao direito de marca. Autora, detentora da marca "São Silvestre", nome sob o qual organiza conhecida corrida de rua promovida no último dia do ano nesta Capital. Recorrido, atleta amador que, insatisfeito por mudanças no percurso da prova e na forma de premiação organizou evento denominado "São Silvestre Cover" como forma de protesto. Conjunto probatório suficiente para demonstrar a titularidade da marca e o uso abusivo pelo requerido. Oferecimento de queixa-crime pela autora pela suposta prática de crime previsto na Lei nº 9.279/76 que constitui exercício regular de direito. Abstenção de uso da marca que é de rigor. Prejuízo material, no entanto, que não é presumido. Ausência de prova do dano. Condenação por danos materiais

e lucros cessantes bem afastada. Dano moral que é presumido. Montante da indenização que, contudo, deve ser diminuído, fixando-se em R$ 10.000,00, dadas as circunstâncias do caso concreto. Litigância de má-fé não configurada. Sucumbência recíproca bem determinada. Recurso do requerido provido em parte, improvido o da autora.

VOTO

Trata-se de apelações interpostas contra a r. sentença, cujo relatório se adota, que julgou procedente em parte a ação de abstenção de uso de marca c.c. indenização e improcedente a reconvenção.

Apela o requerido/reconvinte sustentando, em suma, cerceamento de defesa e, ainda, que os fatos não constituíram usurpação de marca, mas, sim, forma de protesto em exercício do legítimo direito de livre manifestação do pensamento, garantido pelo artigo 5º, IV, da Constituição Federal. Afirma que a autora não comprovou os fatos constitutivos de seu direito, notadamente ser proprietária da marca "São Silvestre" ou que tenha organizado corrida nos moldes daquela por ela realizada. Alega o excesso da indenização por danos morais sofridos e sustenta que, em verdade, quem sofreu danos morais foi ele, ao ser acusado de delito pela autora.

Apela a autora/reconvinda, pugnando pela condenação do requerido também ao pagamento de danos materiais sofridos e às penas de litigância de má-fé. Afirma, ainda, o descabimento da sucumbência recíproca.

Este é o relatório.

Anoto minha prevenção diante da prolação de decisão monocrática no Agravo de Instrumento nº 0155122-89.2012 (VT 26764 em 27.07.2012).

O recurso do requerido merece parcial provimento, improvido o da autora.

Inexiste cerceamento de defesa.

O artigo 130 do Código de Processo Civil estabelece que o Juiz, na condição de destinatário da prova, determinará as necessárias à instrução do processo, seja para indeferir diligências inúteis ou meramente procrastinatórias, seja para determinar aquelas que julgar necessárias ao deslinde da causa.

É oportuno lembrar que "*A prova tem como objeto os fatos deduzidos pelas partes, tem como finalidade a formação da convicção em torno desses fatos e como destinatário o juiz, visto que ele é que deve ser convencido da verdade dos fatos já que ele é que vai dar solução ao litígio*" (Jurid XP, 21ª Ed, Comentário ao art. 332 do Código de Processo Civil). E é por isso que o Colendo Superior Tribunal de Justiça reiteradamente tem assentado que "*O Juiz é o destinatário da prova e a ele cabe selecionar aquelas necessárias à*

Acesso ao Sumário

formação de seu convencimento" (REsp nº 431058/MA, Rel. Min. Humberto Gomes de Barros, DJ 23.10.06).

No caso, não havia nenhuma prova a produzir em audiência, e a matéria controvertida, dependente só de prova documental e interpretação da lei, poderia mesmo ser julgada independentemente de dilação probatória.

A Constituição Federal, no capítulo dos direitos e garantias fundamentais (art. 5º, incisos XXVII e XXIX), protege a propriedade das marcas e outros signos distintivos, dando ao titular o direito de exclusividade de utilização, reprodução e publicação de suas obras. É por isso que a Lei de Propriedade Industrial (Lei nº 9.279/96), em seu artigo 129, assenta que "*a propriedade da marca adquire-se pelo registro validamente expedido, sendo assegurado ao titular seu uso exclusivo em todo o território nacional*". E, no artigo 130, assegura ao titular da marca ou ao depositante, o direito de zelar pela sua integridade material ou reputação.

No caso, a autora, detentora da marca "São Silvestre" - nome sob o qual organiza conhecida corrida de rua promovida no último dia do ano nesta Capital - procurou obstar a utilização da marca pelo requerido, em evento denominado "São Silvestre Cover". Buscou, ainda, indenização pelos danos materiais e morais alegadamente sofridos.

O requerido, afirmando que, em verdade, estava sofrendo represálias pelos eventos realizados em protesto contra as mudanças de percurso e premiação da "Corrida Internacional de São Silvestre" efetuadas pela requerida - que, inclusive ofereceu contra ele queixa-crime por suposto delito previsto na Lei nº 9.279/96 - reconviu, pretendendo também indenização por danos materiais e morais.

Pois bem.

Ao contrário do alegado, a titularidade da marca "São Silvestre" pela Fundação Cásper Líbero está suficientemente provada pelos documentos de fls. 50/51. Saliente-se, por oportuno, que esta titularidade é notória, pois a autora é a responsável pela organização da mundialmente famosa "Corrida Internacional de São Silvestre", disputada por corredores profissionais de diversos países, bem como por atletas amadores - tais qual o recorrido. Neste sentido, ainda que a finalidade de lucro não seja o escopo último da Fundação Cásper Líbero, tem ela, como detentora da marca, direito à proteção.

Acesso ao Sumário

E, abstraídos os motivos que levaram o requerido a promover os diversos eventos que indevidamente foram identificados com a marca da autora, o certo é que houve, sim, ferimento ao direito de marca. Neste sentido, a farta documentação de fls. 53/107, cabendo ressaltar que, ao contrário do alegado, a obtenção desta prova não ocorreu de modo ilícito, pois retirada de site mantido pelo próprio requerido para promover os eventos e de páginas públicas das redes

sociais.

Saliente-se que, mais uma vez ao contrário do sustentando pelo requerido, seus atos não se cingiram ao simples protesto pela modificação do percurso da prova pela requerida ou, ainda, pela entrega antecipada de premiação. Percebe-se que, em verdade, era ele o responsável pela organização de evento paralelo - como se torna evidente pelas fls. 125 e 128, onde o nome "São Silvestre" está aliado a seu sobrenome "Colucci" - com inscrições (fls. 98 e 102) e destaque nas redes sociais e páginas da internet dedicadas à corrida de rua (fls. 53/146). Ainda que a ideia destes eventos paralelos tenha surgido como uma forma de protesto, não se pode admitir que a insatisfação se externe de modo a ferir o direito alheio.

Deste modo, o oferecimento pela autora de queixa-crime contra o requerido pela prática de suposto crime previsto na Lei nº 9.279/96 não constitui ato ilícito, mas exercício regular de direito, o que afasta a pretensão à indenização carreada na reconvenção.

E, caracterizado o ferimento ao direito de marca, bem agiu o digno Magistrado de primeiro grau reconhece-lo, indeferindo, contudo, a pretensão ao pagamento de danos materiais e lucros cessantes à autora. Isso porque não se vislumbra conduta parasitária consciente e dirigida por parte do réu, circunstância que está na essência da indenização por danos materiais.

Por outro lado, não há necessidade de perquirir objetivamente se a prática da conduta ilícita contra o direito de marca da autora teve aptidão para causar o dano moral, que é presumido e se soma à ilicitude para conduzir ao caráter punitivo e dissuasório também presente no dano moral. A presunção do dano moral, em caso como o dos autos, decorre da profunda insatisfação do titular da marca, cujo prestígio se constrói ao longo de anos de dedicação e investimento, e que se vê desprotegido pela usurpação por aquele que não é o detentor do direito.

Há muitos anos, em 1996, já advertia o DESEMBARGADOR JOSÉ ROBERTO BEDRAN, que "*Afinal, o nome comercial, na sua dúplice função subjetiva e objetiva, projetando a própria identidade da empresa, influencia sobremaneira no público consumidor em geral, na medida em que a torna imediatamente conhecida, bem assim aos seus produtos e serviços, firmando a reputação, o crédito, o conceito e a fama da empresa, impondo à confiança e à preferência do consumidor os produtos que vende ou fabrica... O que a lei visa a proteger, portanto, através da proteção do nome comercial, é a própria atividade da empresa, considerada como o complexo de meios idôneos, materiais e imateriais, pelos quais o comerciante explora determinada espécie de comércio. Entre esses meios imateriais compreende-se o elemento MORAL, a que no início nos referimos, isto é, o crédito, a reputação, a preferência e o favor público, o renome do estabelecimento e a notoriedade dos produtos...*

Acesso ao Sumário

Esse complexo de elementos que formam a reputação do comerciante, do estabelecimento e dos produtos, assegurando a probabilidade de se conservar a clientela habitual e de atrair novos compradores, é obra do tempo, do esforço diligente do comerciante, da honestidade de seus métodos de comércio, da qualidade e seleção de seus produtos, e, também, do favor público, constituindo, no dizer de CARVALHO DE MENDONÇA, o índice da prosperidade e da potência do estabelecimento comercial (JOÃO DA GAMA CERQUEIRA, 'Tratado da Propriedade Industrial', vol. 2/1. 162-1. 163, n. 780, Editora Revista dos Tribunais, 2ª ed." (JTJSP 191/174-175)

O precedente do ilustre Desembargador, recentemente Presidente deste Egrégio Tribunal de Justiça mostra, de longa data, o quanto há de extrapatrimonial na proteção do nome e da marca, e, no reverso da medalha, o dano que pode acarretar quando usado indevidamente por terceiros.

Todavia, se os motivos que levaram o requerido a criar o evento paralelo não são suficientes para descaracterizar o uso indevido da marca, são adequados para balizar o valor da indenização pelos danos morais sofridos.

Neste sentido, e com a devida vênia, o arbitramento em R$ 100.000,00 é excessivo para punir o requerido, pessoa física que - apoiado por outros atletas amadores - criou o evento paralelo "São Silvestre Cover" em protesto contra a mudança de itinerário da prova promovida pela requerida, bem como entrega de premiação antes da corrida.

Óbvio que não se pretende, aqui, premiar aquele que faz uso indevido da marca. Mas as circunstâncias do caso demonstram que - em se tratando o requerido de pessoa física e beneficiário da assistência judiciária gratuita - o valor arbitrado era excessivo, podendo empobrecê-lo de forma injusta. Assim, mais adequada a fixação em R$ 10.000,00, valor adequado para não enriquecer ou empobrecer os envolvidos, mas com força suficiente para dissuadir o ofensor de novas infrações.

Daí porque de rigor o parcial provimento ao recurso do requerido para diminuir o valor dos danos morais arbitrados.

Nega-se provimento ao recurso da autora, inclusive quanto à condenação do requerido nas penas previstas para a litigância de má-fé, pois não houve a prática de quaisquer dos atos elencados no art. 17 do CPC.

A sucumbência recíproca foi bem determinada e não merece reparo.

Pelo exposto, e para o fim mencionado, é que se dá parcial provimento ao recurso do requerido, improvido o da autora.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 1001994-79.2014.8.26.0576, da Comarca de São José do Rio Preto, em que é apelante FERNANDO RODOVALHO SILVEIRA e é apelada CHUBB DO BRASIL COMPANHIA DE SEGUROS.

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 28.335)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores DIMAS RUBENS FONSECA (Presidente sem voto), BERENICE MARCONDES CESAR e MANOEL JUSTINO BEZERRA FILHO.

São Paulo, 17 de setembro de 2014.

CELSO PIMENTEL, Relator

Ementa: Além da "condição determinante para a ocorrência do sinistro", o agravamento, hoje e desde janeiro de 2003, para excluir a obrigação da seguradora, exige conduta intencional do segurado, o embriagar-se ou o entorpecer-se com o dolo, com a intenção de agravar o risco, não bastando mera culpa. Condena-se, pois, a seguradora ao pagamento da indenização prometida na apólice, mas se mantém rejeição da pretendida indenização moral, porque há mera inadimplência, sem lesão a direito de personalidade.

VOTO

Segurado apela da respeitável sentença que lhe rejeitou demanda por indenização. Reclama de cerceamento de defesa no julgamento antecipado, que o impediu de produzir prova oral, e insiste na inversão do ônus e na relação de consumo. Nega a embriaguez e impugna boletim de atendimento hospitalar, ausente exame de alcoolemia. Admite a ingestão de medicamento que provoca sonolência ao se deitar, que lhe provocou confusão mental e sonambulismo, tanto que foi encontrado com traje íntimo, cueca, depois de sair de seu apartamento, descer no elevador e ligar seu automóvel. Bate-se também pela indenização moral e busca a inversão do resultado.

Vieram preparo e resposta.

Acesso ao Sumário

É o relatório.

No sistema do Código Civil de 1916, incumbia ao segurado abster-se "de tudo quanto" pudesse "aumentar os riscos, ou" fosse "contrário aos termos do estipulado, sob pena de perder o direito ao seguro" (art. 1.454).

Na análise desse preceito e da embriaguez do segurado envolvido em acidente ao conduzir veículo, o Superior Tribunal de Justiça assentou, em dezenas de pronunciamentos, que o fato, "por si só, não enseja a exclusão da responsabilidade da seguradora prevista no contrato, ficando condicionada a perda da cobertura à efetiva constatação de que o agravamento de risco foi condição determinante para a ocorrência do sinistro".[1]

1 - "1. A simples relação entre o estado de embriaguez e a queda fatal, como única forma razoável de explicar o evento, não se mostra, por si só, suficiente para elidir a responsabilidade da seguradora, com a consequente exoneração de pagamento da indenização prevista no contrato. 2. A legitimidade de recusa ao pagamento do seguro requer a comprovação de que houve voluntário e consciente agravamento do risco por parte do segurado, revestindo-se seu ato condição determinante na configuração do sinistro, para efeito de dar ensejo à perda da cobertura securitária, porquanto não basta a presença de ajuste contratual prevendo que a embriaguez exclui a cobertura do seguro. 3. Destinando-se o seguro a cobrir os danos advindos de possíveis acidentes, geralmente oriundos de atos dos próprios segurados, nos seus normais e corriqueiros afazeres do dia-a-dia, a prova do teor alcoólico na concentração de sangue não se mostra suficiente para se situar como nexo de causalidade com o dano sofrido, notadamente por não exercer influência o álcool com idêntico grau de intensidade nos indivíduos. 4. A culpa do segurado, para efeito de caracterizar desrespeito ao contrato, com prevalecimento da cláusula liberatória da obrigação de indenizar prevista na apólice, exige a plena demonstração de intencional conduta do segurado para agravar o risco objeto do contrato, devendo o juiz, na aplicação do art. 1.454 do Código Civil de 1916, observar critérios de eqüidade, atentando-se para as reais circunstâncias que envolvem o caso (art. 1.456 do mesmo diploma)." - REsp 780.757/SP, Rel. Min. JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, 4ª T., j. 1º/12/2009, DJe 14/12/2009.

- "É firme a jurisprudência desta Corte no sentido de que a embriaguez do segurado, por si só, não enseja a exclusão da responsabilidade da seguradora prevista no contrato, ficando condicionada a perda da cobertura à efetiva constatação de que o agravamento de risco foi condição determinante para a ocorrência do sinistro." - AgRg no REsp 1024723/SP, Rel. Min. FERNANDO GONÇALVES, 4ª T., j. 18/8/2009, DJe 31/8/2009.

- "É firme a jurisprudência desta Corte no sentido de que a embriaguez do segurado, por si só, não enseja a exclusão da responsabilidade da seguradora prevista no contrato, ficando condicionada a perda da cobertura à efetiva constatação de que o agravamento de risco foi condição determinante para a ocorrência do sinistro." - AgRg no Ag 1084509/SP, Rel. Min. SIDNEI BENETI, 3ª T., j. 28/4/2009, DJe 13/5/2009.

- "1 - Este Tribunal já se manifestou no sentido de que a constatação de dosagem etílica no sangue do condutor em patamar superior ao permitido por lei, por si, não é causa apta a eximir a seguradora de pagar a indenização. 2. É de se afastar o dever de o ente segurador indenizar em ocasiões tais em que a embriaguez do segurado agrava potencialmente o risco do acidente, tendo sido, inclusive, condição determinante para a ocorrência do sinistro." - REsp 1081130/SC, Rel. Min. MASSAMI UYEDA, 3ª T., j. 2/12/2008, DJe 17/12/2008.

- "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, retratado no dito 'se beber não dirija, se dirigir não beba'. Recurso especial não conhecido." - REsp 973.725/SP, Rel. Min. ARI PARGENDLER, 3ª T., j. 26/8/2008, DJe 15/9/2008.

- "A embriaguez, por si só, não constitui causa de exclusão da cobertura securitária, sendo necessária a prova de que o agravamento de risco dela decorrente influiu decisivamente na ocorrência do sinistro." AgRg no REsp 959.472/PR, Rel. Min. MASSAMI UYEDA, 4ª T., j. 18/12/2007, DJe 17/3/2008.

- "A embriaguez do segurado, por si só, não exime o segurador do pagamento de indenização prevista em contrato de seguro de vida. Inaplicabilidade do art. 1454 do CC/1916." - AgRg no Ag 895.146/SC, Rel. Min. NANCY ANDRIGHI, 3ª T., j. 14/11/2007, DJ 26/11/2007 p. 175.

- "A embriaguez, por si só, não constitui causa de exclusão da cobertura securitária, sendo necessária a prova de que o agravamento de risco dela decorrente influiu, decisivamente, na ocorrência do sinistro." - AgRg no

Acesso ao Sumário

O Código Civil de 2002 introduziu elemento novo na disciplina do agravamento do risco, ao dispor, no art. 768, que o "segurado perderá o direito à garantia se agravar intencionalmente o risco objeto do contrato."

O agravamento que conduz à perda da cobertura é, pois, o intencional, aspecto agora explicitado na lei, com o advérbio "intencionalmente".

Assim e em resumo, além da "condição determinante para a ocorrência do sinistro", o agravamento, hoje e desde janeiro de 2003, para excluir a obrigação da seguradora, exige conduta intencional do segurado, o embriagar-se ou o ingerir substância alucinógena com dolo, com a intenção de agravar o risco, não bastando mera culpa.

No caso, não há prova convincente da embriaguez do segurado, que incumbia à seguradora produzir (CPC, art. 333, II), a que não corresponde mera impressão de médico lançada no prontuário de atendimento hospitalar, o "hálito etílico" (fls. 83/84), porque não se acompanhou de exame laboratorial.

A confessada ingestão de medicamento que causa sonolência, confusão mental e sonambulismo, com prescrição médica (fl. 97), a ponto de fazer com que o segurado saísse de seu apartamento e se dirigisse à garagem do prédio apenas de cueca, tampouco exclui a obrigação da seguradora de indenizar.

Uma e outra não a excluem, porque, não bastasse a falta de prova da primeira delas, não se traduzem em ato deliberado, de todo incompatível com o quadro, e, pois, em agravamento intencional do risco.

Então em face do sistema de ontem, como em face do sistema de hoje, obriga-se a seguradora a honrar a apólice.

Por fim, na conduta de seguradora há mera inadimplência e, portanto, de indenização moral não se cogita. Aí, tudo não passa de aborrecimento, de dissabor, sem lesão a direito de personalidade e, pois, sem ensejar direito à

REsp 637.240/SC, Rel. Min. CASTRO FILHO, 3ª T., j. 10/8/2006, DJ 11/9/2006 p. 252.

- "A embriaguez do segurado, por si só, não enseja a exclusão da responsabilidade da seguradora prevista no contrato, mas a pena da perda da cobertura está condicionada à efetiva constatação de que o agravamento de risco foi condição determinante na existência do sinistro." - REsp 599.985/SC, Rel. Min. CESAR ASFOR ROCHA, 4ª T., j. 19/2/2004, DJ 2/8/2004 p. 411.

- "O fato de o segurado dirigir ocasionalmente em estado de ebriez não constitui causa para a perda do direito ao seguro, por não configurar tal circunstância agravamento do risco." - REsp 212.725/RS, Rel. Min. BARROS MONTEIRO, 4ª T., j. 2/12/2003, DJ 19/12/2003 p. 467.

- "Para a configuração da hipótese de exclusão da cobertura securitária prevista no art. 1.454 da lei substantiva civil, exige-se que o segurado tenha diretamente agido de forma a aumentar o risco, o que não ocorre meramente pelo fato de ter sido constatado haver ingerido dose etílica superior à admitida pela legislação do trânsito, sem que tenha a ré, cuja atividade se direciona exatamente para a cobertura de eventos incertos, demonstrado, concretamente, que sem o estado mórbido o sinistro inocorreria." - REsp 341.372/MG, Rel. Min. ALDIR PASSARINHO JUNIOR, 4ª T., j. 6/2/2003, DJ 31/3/2003 p. 227.

- "A circunstância de o segurado, no momento em que aconteceu o sinistro apresentar dosagem etílica superior àquela admitida na legislação de trânsito não basta para excluir a responsabilidade da seguradora, pela indenização prevista no contrato. - Para livrar-se da obrigação securitária, a seguradora deve provar que a embriaguez causou, efetivamente, o sinistro." - REsp 685.413/BA, Rel. Min. HUMBERTO GOMES DE BARROS, 3ª T., j. 7/3/2006, DJ 26/6/2006 p. 134.

Acesso ao Sumário

reparação de tal natureza, na linha de precedentes desta Corte (cf., entre tantos outros acórdãos, Ap. 992.09.081050-2, 28ª Câmara da Seção de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, j. 15.12.2009, deste relator) e de reiterada orientação do Superior Tribunal de Justiça.[2]

Fica a seguradora condenada a pagar ao autor o custo por ele suportado com o conserto dos veículos de terceiros, não o da locação, e do reparo da parede do prédio discriminados na inicial (fl. 5, itens 1 a 4), no valor de R$ 3.029,96; o custo do conserto do veículo dele, que ela própria orçou, a esvaziar a impugnação, R$ 34.593,30 (fl. 108), e R$ 851,23 a título de despesas de locomoção (fl. 21), deduzindo-se do total a franquia de R$ 1.481,17.

Tais valores terão correção monetária segundo a tabela prática desta Corte a partir do aviso de sinistro e juros de mora sobre o líquido incidirão desde a citação.

Julga-se, pois, procedente em parte a demanda.

Arcará a ré ainda com o pagamento de sessenta por cento das custas e despesas processuais e com honorários advocatícios de sucumbência de dez por cento sobre o débito, já considerada a decadência do autor, que suportará o remanescente.

Pelas razões expostas e para os fins indicados, dá-se parcial provimento ao apelo.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0014899-58.2010.8.26.0032, da Comarca de Araçatuba, em que é apelante R.M.C.

2 - "Os dissabores e aborrecimentos decorrentes da inadimplência contratual não são suficientes a ensejar a indenização por danos morais." - REsp 746.087/RJ, Rel. MIN. ALDIR PASSARINHO JUNIOR, 4ª T., j. 18.5.2010, DJe 1º.6.2010.

- "Como regra, o descumprimento de contrato, pura e simples, não enseja reparação a título de dano moral." - AgRg no Ag 1271295/RJ, Rel. MIN. SIDNEI BENETI, 3ª T., j. 16.3.2010, DJe 29.3.2010.

- "O inadimplemento de contrato, por si só, não acarreta dano moral, que pressupõe ofensa anormal à personalidade. É certo que a inobservância de cláusulas contratuais pode gerar frustração na parte inocente, mas não se apresenta como suficiente para produzir dano na esfera íntima do indivíduo, até porque o descumprimento de obrigações contratuais não é de todo imprevisível." - REsp 876.527/RJ, rel. Min. JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, 4ª T., j. 1º.4.2008, DJe 28.4.2008.

- "O mero dissabor ocasionado por inadimplemento contratual, ao não pagar a seguradora o valor total previsto em lei, não configura, em regra, ato lesivo a ensejar a reparação de danos morais." - REsp 723729/RJ, rel. Min. NANCY ANDRIGHI, 3ª T., j. 25.9.2006, DJ 30.10.2006 p. 297.

- "Em inadimplemento contratual sem repercussão na esfera íntima do segurado, de acordo com o cenário dos autos, não é pertinente a indenização por danos morais." - REsp 702.998/PB, Rel. Min. CARLOS ALBERTO MENEZES DIREITO, 3ª T., j. 10.11.2005, DJ 1º.2.2006 p. 546. Idem, REsp 661.421/CE, mesmo relator e mesma Turma, j. 21.6.2005, DJ 26.9.2005 p. 366.

(JUSTIÇA GRATUITA), são apelados BANCO DO BRASIL S/A e MASTERCARD BRASIL SOLUÇÕES DE PAGAMENTO 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 19554)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores JOSÉ MARCOS MARRONE (Presidente), SEBASTIÃO FLÁVIO e PAULO ROBERTO DE SANTANA.

São Paulo, 24 de setembro de 2014.

JOSÉ MARCOS MARRONE, Relator

Ementa: Responsabilidade civil - Danos morais - Envio à residência do autor de cartão de débito, com função de crédito bloqueada, em nome de sua ex-esposa - Hipótese em que não ficou configurada a ilicitude na remessa do aludido cartão - Autor que era titular de conta conjunta com a sua ex-esposa, não havendo indícios de que, após a sua separação, ele tivesse providenciado, efetivamente, a exclusão desta da mencionada conta - Cartão enviado que é indispensável à movimentação da conta corrente conjunta, na qual cada correntista é titular de um cartão magnético e respectiva senha.

Responsabilidade civil - Dano moral - Desdobramentos narrados na inicial, oriundos do envio à residência do autor de cartão de débito, com função de crédito bloqueada, em nome de sua ex-esposa, tendo provocado atrito com a sua companheira e posterior separação de ambos, que não caracterizaram dano moral - Separação do autor com a sua companheira que não pode ser atribuída, exclusivamente, ao recebimento em sua residência do cartão magnético em nome de sua ex-esposa - Ausência de nexo causal entre o evento imputado aos réus e o constrangimento narrado na inicial - Improcedência da ação mantida - Apelo do autor desprovido.

VOTO

1. R.M.C. propôs ação de indenização por danos morais, de rito ordinário,

Acesso ao Sumário

em face de "Banco do Brasil S.A." e "Mastercard Brasil Soluções de Pagamento Ltda.", objetivando a condenação destes no pagamento da importância de R$ 51.000,00 (fls. 2/8).

Cada um dos réus ofereceu contestação (fls. 26/41, 119/139), havendo o autor apresentado réplica (fls. 151/159, 160/167).

Instadas as partes a especificarem as provas que pretendiam produzir (fl. 168), o autor pleiteou a realização de prova oral (fls. 169/170), ao passo que os réus manifestaram-se pela desnecessidade de dilação probatória (fls. 172, 174/178).

Proferindo julgamento antecipado da lide (fl. 181), o ilustre magistrado de primeiro grau considerou a ação improcedente (fl. 183). Condenou o autor, sucumbente, no pagamento das custas e despesas processuais, além dos honorários advocatícios fixados em 10% sobre o valor da causa (fl. 184), isto é, sobre R$ 51.000,00 (fl. 8). Determinou, porém, que, na execução das verbas de sucumbência, fosse observado o art. 12 da Lei nº 1.060, de 5.2.1950 (fl. 184).

Inconformado, o autor interpôs, tempestivamente, apelação (fl. 191), aduzindo, em síntese, o seguinte: o só envio de cartão de crédito não solicitado pelo consumidor configura prática abusiva geradora de dano moral indenizável; além de não solicitado, foi enviado para o seu endereço cartão de crédito em nome de sua ex-esposa, de quem já estava separado e que não mais integrava, em conjunto, a conta corrente mantida por ele no banco réu; isso ocasionou desconfiança e posterior separação com a sua companheira (fls. 192/196).

O recurso foi recebido no duplo efeito (fl. 197), foi respondido apenas pela corré "Mastercard Brasil Soluções de Pagamento Ltda." (fls. 199/211), não havendo sido preparado, por ser o autor beneficiário da justiça gratuita (fl. 19).

É o relatório.

2. O reclamo manifestado pelo autor não comporta acolhimento.

Explicando:

2.1. Relatou o autor, na inicial da ação, que: é titular da conta corrente nº (...), mantida na agência (...) do banco réu; até o ano de 2008, a aludida conta corrente era movimentada conjuntamente com a sua esposa; devido ao processo judicial de separação do casal, dirigiu-se ao banco réu para providenciar a retirada do nome da sua ex-esposa da conta corrente, a qual assinou os documentos pertinentes; desde então, a conta corrente passou a ser movimentada, exclusivamente, por ele; em 2010, sem qualquer solicitação, recebeu em sua residência cartão de débito e crédito em nome de sua ex-esposa, que não figurava mais como titular da conta corrente; o referido cartão foi recebido pela sua companheira; tal fato ocasionou constrangimento, desconfiança, desentendimento entre ele e a sua companheira, vindo a se separarem (fls. 2/3).

Postulou o autor a condenação dos réus, a título de indenização por danos

Acesso ao Sumário

morais, no pagamento de quantia correspondente a cinquenta salários mínimos vigentes à época do ajuizamento da ação, isto é, de R$ 51.000,00 (fl. 8).

2.2. Todavia, não assiste razão ao autor.

A sentença recorrida julgou a ação improcedente, ao abrigo da seguinte fundamentação:

> "(...) Os autos indicam que houve falha no serviço de cartão de crédito, tendo sido enviado um cartão em nome da ex-esposa do autor, que com ele não mais residia. E, de fato, o banco não comprovou que o cartão foi solicitado, tão pouco justificou seu proceder. Houve, então, uma falha do banco, que explora a bandeira de cartão de crédito de titularidade do segundo requerido.
>
> A falha, em si, acarretou descontentamento ao cliente, mas não se pode dizer que se tratasse de incidente do qual se pode deduzir existência de dano moral. Trata-se de incidente que pode ser assimilado pela maioria das pessoas; ou seja, bastava recusar o cartão e informar que a pessoa favorecida não mais residia no local.
>
> Episódio, assim, sem maiores consequências, e do qual não se pode dizer que teria o condão de provocar ofensa aos bens essenciais à pessoa" (fl. 182).

Realmente, os desdobramentos narrados na inicial, oriundos do envio à residência do autor de cartão de débito, com função de crédito bloqueada, em nome de sua ex-esposa, o que gerou atrito com a sua companheira, havendo dado ensejo à separação de ambos, não caracterizaram dano moral.

É verdade que o envio de cartão de crédito sem prévia solicitação do correntista constitui prática abusiva vedada pelo Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078, de 11.9.1990), em seu art. 39, inciso III, situação que justificaria, em princípio, como decorrência do ilícito praticado, o arbitramento de indenização pelos incômodos e dificuldades suportados, ordinariamente, pelo consumidor para o cancelamento do cartão.

Nesse rumo houve pronunciamentos do Colendo Superior Tribunal de Justiça:

> "Recurso especial. Consumidor. Ação civil pública. Envio de cartão de crédito não solicitado. Prática comercial abusiva. Abuso de direito configurado.
>
> 1. O envio do cartão de crédito, ainda que bloqueado, sem pedido pretérito e expresso do consumidor, caracteriza prática comercial abusiva, violando frontalmente o disposto no artigo 39, III, do Código de Defesa do Consumidor.
>
> 2. Doutrina e jurisprudência acerca do tema.

Acesso ao Sumário

3. Recurso especial provido." (REsp nº 1.199.117-SP, registro nº 2010/0110074-0, 3ª Turma, m.v., Rel. Min. PAULO DE TARSO SANSEVERINO, j. em 18.12.2012, DJe de 4.3.2013).

"Agravo regimental em agravo - Responsabilidade civil - Envio de cartão de crédito não solicitado - Dano moral configurado - Agravo regimental improvido." (AgRg no AREsp nº 105.445-SP, registro nº 2011/0245610-1, 3ª Turma, v.u., Turma, Rel. Min. MASSAMI UYEDA, j. em 12.6.2012, DJe de 22.6.2012).

"Recurso especial. Responsabilidade civil. Ação de indenização por danos morais. Envio de cartão de crédito não solicitado e de faturas cobrando anuidade. Dano moral configurado.

I - Para se presumir o dano moral pela simples comprovação do ato ilícito, esse ato deve ser objetivamente capaz de acarretar a dor, o sofrimento, a lesão aos sentimentos íntimos juridicamente protegidos.

II - O envio de cartão de crédito não solicitado, conduta considerada pelo Código de Defesa do Consumidor como prática abusiva (art. 39, III), adicionado aos incômodos decorrentes das providências notoriamente dificultosas para o cancelamento do cartão causam dano moral ao consumidor, mormente em se tratando de pessoa de idade avançada, próxima dos cem anos de idade à época dos fatos, circunstância que agrava o sofrimento moral. Recurso especial não conhecido." (REsp nº 1.061.500-RS, registro nº 2008/0119719-3, 3ª Turma, v.u., Rel. Min. SIDNEI BENETI, j. em 4.11.2008, DJe de 20.11.2008) (grifo não original).

Contudo, no caso em tela, não ficou caracterizada a ilicitude no envio do cartão referido na inicial.

Com efeito: o autor e sua ex-esposa mantinham conta corrente conjunta no banco réu, nº (...), agência (...) (fl. 2); o cartão enviado à sua residência no ano de 2010, em nome de sua ex-esposa, era cartão de débito, vinculado à mencionada conta corrente, com função de crédito bloqueada (fls. 15/16); não existem indícios de que, após a separação do casal, no ano de 2008, ele tivesse providenciado, efetivamente, a exclusão do nome da ex-esposa da aludida conta corrente; na conta conjunta, cada correntista é titular de um cartão magnético e da respectiva senha eletrônica; o cartão magnético é indispensável para a movimentação da conta corrente.

Ora, se a conta corrente era conjunta, se se tratava de cartão de débito, com opção de crédito, não se pode afirmar, de forma induvidosa, a inexistência de autorização para o seu envio ao endereço do autor.

2.3. Ademais, o constrangimento narrado pelo autor na inicial para justificar o dano moral pretendido, concernente à separação de sua companheira

Acesso ao Sumário

(fl. 3), não pode ser atribuído, exclusivamente, ao recebimento, em sua residência, do cartão magnético em nome de sua ex-esposa.

Consoante destacado na sentença combatida:

"(...) não se pode estabelecer ligação direta do fato ocorrido com a separação do autor com sua companheira. No estabelecimento do nexo de causalidade, devem levar-se em conta os danos que tenham relação direta com os fatos, não se podendo de uma simples remessa equivocada de cartão reputar causalidade suficiente para determinar o rompimento de uma relação amorosa. Conforme artigos 402 e 403 do Código Civil, as perdas e danos se referem ao que se pode extrair diretamente do evento.

Assim, não se pode fazer do evento como causa bastante e suficiente para o rompimento de uma relação amorosa; logicamente, a complexidade da relação afetiva exige causas outras e preexistentes. Volta-se a insistir que, levando em conta o comportamento médio das pessoas, é de se supor que incidente fosse superado, sem ofensa, então, aos bens essenciais à pessoa" (fl. 183).

Logo, inviável atribuir-se ao evento imputado aos réus causa bastante do constrangimento narrado pelo autor na inicial (fl. 3).

3. Nessas condições, nego provimento à apelação contraposta, mantendo, na íntegra, a sentença impugnada (fls. 180/184).

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 4005848-53.2013.8.26.0224, da Comarca de Guarulhos, em que é apelante/apelado BANCO FIAT S/A, é apelada/apelante VANIA PINTO SANTOS.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 24ª 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 13143)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores ERSON DE OLIVEIRA (Presidente), CLÁUDIA GRIECO TABOSA PESSOA e NELSON JORGE JÚNIOR.

São Paulo, 30 de outubro de 2014.

ERSON DE OLIVEIRA, Relator

Ementa: AÇÃO DE INDENIZAÇÃO. Danos morais. Inscrição indevida nos cadastros restritivos.

Acesso ao Sumário

Desnecessidade da comprovação dos danos morais, pois evidenciado pelas circunstâncias do próprio fato. Precedentes do STJ. Recurso do réu improvido.

-VALOR DA INDENIZAÇÃO. Inscrição indevida. Condenação ao pagamento de indenização de R$ 7.000,00. *Quantum* fixado mostra-se em consonância com os princípios de moderação e razoabilidade, limitando-se à justa reparação dos prejuízos advindos do fato danoso. Recursos improvidos.

-HONORÁRIOS DE ADVOGADO. Condenação em montante inferior ao postulado na inicial não implica sucumbência recíproca. Súmula nº 326 do STJ. Honorários fixados em 20% do valor da condenação, remuneram condignamente os patronos da autora, são compatíveis com o trabalho e o tempo exigido, não existindo abuso nem exagero em sua fixação. Recurso do réu improvido.

VOTO

Trata-se de ação de indenização por danos morais, na qual a autora aduziu que firmou contrato de financiamento de veículo com o Banco réu, pagando as prestações em dia. Disse que mesmo sem atrasar o pagamento das prestações o Banco inscreveu seu nome nos cadastros de restrição ao crédito. Assim, pleiteou a exclusão de seu nome dos cadastros restritivos, a declaração de inexigibilidade do débito e a condenação do Banco ao pagamento de indenização por danos morais de R$ 19.000,00.

A r. sentença de fls. 125/128, julgou a ação parcialmente procedente, para condenar o réu a pagar a quantia de R$ 7.000,00.

Inconformado, o réu apelou (fls. 131/150) alegando que a indenização fixada é excessiva e devem ser reduzidos. Diz que a autora não demonstrou que sofreu danos morais indenizáveis. Afirma que ante a procedência parcial os honorários devem ser repartidos entre as partes. Argumenta que os honorários fixados são excessivos e devem ser reduzidos.

A autora, por sua vez, apelou adesivamente (fls. 154/160), aduzindo que a indenização fixada deve ser majorada para 50 salários mínimos.

Os recursos foram regularmente processados, com respostas e preparos.

É o relatório.

Os recursos não merecem provimento.

Primeiro, cumpre observar que o réu discute em seu recurso de apelação

Acesso ao Sumário

apenas a existência de danos morais indenizáveis e o valor da indenização, inexistindo irresignação quanto ao reconhecimento da inscrição indevida do nome da autora nos cadastros restritivos.

Quanto à alegação de que a autora não demonstrou ter sofrido danos morais indenizáveis, o réu não tem razão.

Com efeito, a inscrição indevida nos cadastros de restrição ao crédito dispensa a comprovação da extensão dos danos, pois evidenciado pelas circunstâncias do próprio fato, não dependendo de prova prejuízo suportado. Neste sentido:

> *"Civil e processual civil. Recurso especial. Omissão. Inexistência. Danos morais. Não renovação do cheque especial. Ausência de prova. Protesto indevido. Negativação. Pessoa jurídica. Dano in re ipsa. Presunção. Desnecessidade de prova. Quantum indenizatório. Exagero. Afastamento de um dos motivos de sua fixação. Redução.*
>
> *- Para o Tribunal de origem, o envio do título a protesto de forma indevida gerou presunção de dano moral, o que tornou desnecessária a análise dos pontos questionados em embargos declaratórios;*
>
> *- A não renovação do contrato de cheque especial não pode ser imputada ao protesto indevido promovido pela recorrente. Fato não comprovado nos autos;*
>
> ***- Nos casos de protesto indevido de título ou inscrição irregular em cadastros de inadimplentes, o dano moral se configura in re ipsa, isto é, prescinde de prova, ainda que a prejudicada seja pessoa jurídica. Precedentes;***
>
> *- Os valores arbitrados a título de danos morais somente comportam modificação pelo STJ quando fixados de modo irrisório ou exagerado;*
>
> *- Na espécie, o valor mostra-se exagerado, em especial pelo afastamento da indenização pela não renovação do contrato de cheque especial.*
>
> *Recurso especial parcialmente conhecido e, nesta parte, parcialmente provido. (REsp 1059663/MS, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 02/12/2008, DJe 17/12/2008).*

Quanto ao valor da condenação imposta de R$ 7.000,00, o *quantum* fixado mostra-se em consonância com os princípios de moderação e razoabilidade, limitando-se à justa reparação dos prejuízos advindos do fato danoso. Não se acolhe, portanto, o pedido de majoração da indenização para 50 salários mínimos da autora e o pedido de redução do réu.

Quanto aos honorários advocatícios, veja-se que a Súmula nº 326 do

Acesso ao Sumário

STJ dispõe que a condenação em montante inferior ao postulado na inicial não implica sucumbência recíproca.

Quanto ao valor dos honorários, fixados em 20% dão valor da condenação, a irresignação do réu também não merece acolhida.

Com efeito, os honorários advocatícios fixados na r. sentença remuneram condignamente os patronos da autora, são compatíveis com o trabalho e o tempo exigido, não existindo abuso nem exagero em sua fixação, motivo pelo qual são mantidos.

Ante o exposto, **nega-se provimento aos recursos mantendo-se integralmente a r. sentença.**

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0000475-12.2012.8.26.0300, da Comarca de Jardinópolis, em que é apelante ADRIANA APARECIDA BRILHADORI (JUSTIÇA GRATUITA), é apelado BANCO CRUZEIRO DO SUL S/A.

ACORDAM, em 22ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso, com observação. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 18.493)**

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

São Paulo, 30 de outubro de 2014.

ROBERTO MAC CRACKEN, Relator

Ementa: APELAÇÃO - PEDIDO DE VENCIMENTO ANTECIPADO DA DÍVIDA - IMPOSSIBILIDADE JURÍDICA DO PEDIDO - Apesar da relação de consumo existente entre as partes, o que o Código de Defesa do Consumidor permite à autora é a liquidação antecipada do débito, total ou parcialmente, mediante redução proporcional dos juros e demais acréscimos (§ 2º do art. 52), e não o vencimento antecipado da dívida, que aliás, em situações específicas, é direito do credor, conforme arts. 331 e 333 do Código Civil - PROCESSO EXTINTO SEM RESOLUÇÃO DE MÉRITO (art. 267, inciso VI, CPC).

Acesso ao Sumário

RECURSO NÃO PROVIDO, COM OBSERVAÇÃO.

VOTO

Trata-se de recurso de apelação interposto em face do teor da r. sentença de fls. 124/135, que julgou improcedentes os pedidos.

Irresignado, insurge-se a autora, ora apelante, às fls. 139/142, visto que, segundo alega, "**existe um crível descompasso entre o pedido da recorrente e o deslinde da ação (sentença), sendo imperioso mencionar que o pedido foi certo e determinado, qual seja, que fosse declarado 'vencido antecipadamente o instrumento contratual formalizado entre as partes, em data de 10 de maior de 2009, fixando como saldo total da fatura o valor de R$ 3.062,24 (três mil e sessenta e dois reais e vinte e quatro centavos)', (...). Imperioso mencionar que a recorrente em momento algum foi contra os juros praticados pela recorrida ou suscitou ilegalidades das cláusulas pactuadas. Buscava apenas o vencimento da dívida, cassando os descontos efetuados mediante débito em sua folha de remuneração.**" (fls. 141).

Em contrarrazões (fls. 146/148), a Instituição Financeira ré pugna pela mantença da r. sentença.

Recurso regularmente processado e respondido.

Do essencial, é o relatório, ao qual se acresce, para todos os fins próprios, o da r. sentença recorrida.

Pelo que se verifica dos autos e de todo o processado em seu bojo tem-se, com o devido respeito, que o pedido da autora, ora recorrente, é impossível, não tendo guarida no ordenamento jurídico pátrio.

Com efeito, a autora, ora apelante, propôs a presente demanda buscando ser declarado "**(...) o vencimento antecipado da dívida, a partir de 10 de maio de 2009, (...).**" (fls. 04).

Contudo, apesar da relação de consumo existente entre as partes, o que o Código de Defesa do Consumidor permite à autora é "**(...) a liquidação antecipada do débito, total ou parcialmente, mediante redução proporcional dos juros e demais acréscimos.**" (§ 2º do art. 52 - destaque adicionado), e não o vencimento antecipado da dívida, que aliás, em situações específicas, é direito do credor, conforme arts. 331 e 333 do Código Civil:

> **"Art. 331. Salvo disposição legal em contrário, não tendo sido ajustada época para o pagamento, pode o credor exigi-lo imediatamente.**
>
> **(...)**
>
> **Art. 333. Ao credor assistirá o direito de cobrar a dívida antes de vencido o prazo estipulado no contrato ou marcado neste Código:**
>
> **I - no caso de falência do devedor, ou de concurso de credores;**

II - se os bens, hipotecados ou empenhados, forem penhorados em execução por outro credor;

III - se cessarem, ou se se tornarem insuficientes, as garantias do débito, fidejussórias, ou reais, e o devedor, intimado, se negar a reforçá-las.

Parágrafo único. Nos casos deste artigo, se houver, no débito, solidariedade passiva, não se reputará vencido quanto aos outros devedores solventes." (destaque adicionado)

Nesse sentido, destacando ser direito do credor a cobrança antecipada do débito, é possível destacar os seguintes precedentes deste Egrégio Tribunal de Justiça:

Ementa: PRESCRIÇÃO - Termo inicial – Contrato - Inadimplemento - Vencimento antecipado da dívida previsto em cláusula contratual - Imposição ao devedor, mas direito renunciável do credor - Prazo prescricional iniciado a partir do vencimento de cada uma das parcelas vincendas - Prescrição de apenas três delas - Embargos do devedor parcialmente procedentes - Apelação parcialmente provida. (Ap. 0016000-92.2010.8.26.0562, Relator(a): Ricardo Negrão, Comarca: Santos, Órgão julgador: 19ª Câmara de Direito Privado, Data do julgamento: 09/05/2011, Data de registro: 13/06/2011 - destaque adicionado)

Ementa: EMBARGOS À EXECUÇÃO - Título extrajudicial (Cédula de Crédito Rural) - O marco inicial para a contagem da prescrição é a data de vencimento estabelecido na cártula, mesmo em caso de vencimento antecipado da dívida, que é faculdade do credor - A inadimplência não por beneficiar ao próprio devedor - Prescrição afastada Embargos improcedentes - Recurso provido para esse fim. (Ap. 0002187-02.2008.8.26.0357, Relator(a): Rubens Cury, Comarca: Mirante do Paranapanema, Órgão julgador: 18ª Câmara de Direito Privado, Data do julgamento: 06/04/2011, Data de registro: 15/04/2011, Outros números: 990.10.458618-6 - destaque adicionado)

Ementa: EXECUÇÃO POR QUANTIA CERTA. Título Extrajudicial. Mútuo para financiamento

Acesso ao Sumário

imobiliário. Inadimplência verificada em 30.11.1996. Previsão contratual de vencimento antecipado da totalidade da dívida. Aplicabilidade não automática. Faculdade do credor. Reconhecimento da prescrição apenas com relação às parcelas vencidas há mais de cinco anos antes do ajuizamento, que se deu em 04.11.2010 (art. 206, § 5º, I, Código Civil). Recurso parcialmente provido. A previsão contratual de vencimento antecipado da dívida não tem aplicação automática, pois constitui mera faculdade em favor da parte credora. Justo, ademais, que o termo inicial da prescrição seja a data do vencimento certo indicado no título, pois o devedor não pode ser beneficiado com empecilho por ele mesmo criado, isto é, por sua própria inadimplência. (Ap. 0010314-34.2010.8.26.0073, Relator(a): Gilberto dos Santos, Comarca: Avaré, Órgão julgador: 11ª Câmara de Direito Privado, Data do julgamento: 31/03/2011, Data de registro: 01/04/2011 destaque adicionado)

Por sua vez, a respeito da garantia de liquidação antecipada do consumidor, explica o Ilustre Professor Rizzato Nunes: "**O § 2º previu expressamente o direito de o consumidor antecipar o pagamento de sua dívida financiada, total ou parcialmente. É uma garantia que não pode ser afastada por cláusula contratual, porquanto esta seria nula pela disposição inserta no final da primeira parte do inciso I do art. 51, bem como no inciso XV do mesmo dispositivo 948. A liquidação antecipada é um direito posto à disposição do consumidor para que dele faça uso quando entender conveniente.**"[1] (destaque adicionado)

Nessa senda, não havendo respaldo legal para o pleito formulado pela autora, ora apelante, é de rigor reconhecer a impossibilidade jurídica do pedido, extinguindo-se o processo sem resolução de mérito, nos termos do art. 267, inciso VI, do Código de Processo Civil.

Ante o exposto, nos exatos termos acima lançados, nega-se provimento ao recurso, extinguindo-se o processo sem resolução de mérito, nos termos do art. 267, inciso VI, do CPC.

Acesso ao Sumário

1 NUNES, Luiz Antonio Rizzatto. Curso de direito do consumidor. 6. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 757/758.

Conflitos de Competência

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Conflito de Competência nº 0054021-38.2014.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é suscitante 2ª CÂMARA RESERVADA DE DIREITO EMPRESARIAL, é suscitado 11ª CÂMARA DE DIREITO PRIVADO.

ACORDAM, em Grupo Especial da Seção do Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Julgaram procedente o conflito de competência, para determinar a redistribuição dos autos, de forma livre, a uma das Câmaras pertencentes à Subseção de Direito Privado I deste Egrégio Tribunal (1ª a 10ª Câmaras). V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 24.098)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores GOMES VARJÃO (Presidente), RUY COPPOLA, CORREIA LIMA, MANOEL MATTOS, LUIZ ANTONIO DE GODOY, JOÃO CARLOS SALETTI, ADEMIR BENEDITO, PAULO EDUARDO RAZUK e MELO BUENO.

São Paulo, 25 de setembro de 2014.

GOMES VARJÃO, Relator

Ementa: Conflito de competência entre a 2ª Câmara Reservada de Direito Empresarial e a 11ª Câmara de Direito Privado. Ação de cobrança de diferenças relativas a expurgos inflacionários em depósitos judiciais.

Nos termos do art. 6º da Resolução 623/13, compete às Câmaras Reservadas de Direito Empresarial julgar os recursos e ações originárias relativos a falência, recuperação judicial e extrajudicial, principais, acessórios, conexos e atraídos pelo juízo universal, envolvendo a Lei nº 11.101/2005. *In casu*, a falência da autora foi decretada em 27.05.1985, sob a égide do Decreto-Lei nº 7.661/45, o que atrai a competência das Câmaras integrantes da Subseção de Direito Privado I (art. 5º, inciso I, item I.31, da Resolução 623/13).

O julgamento de anterior recurso pela Câmara suscitada, neste processo, não impede o reconhecimento superveniente de sua incompetência.

Não se tratando de ação de cobrança de diferenças relativas a expurgos inflacionários em depósitos realizados em caderneta de poupança, mas em contas judiciais, incide o entendimento sedimentado do Col. Órgão Especial de que a competência é determinada pela natureza da ação em que os depósitos judiciais foram realizados. Hipótese em que os depósitos foram efetuados nos autos da própria falência, de modo que a competência é das Câmaras que compõem a Subseção de Direito Privado I, e não da 11ª Câmara, integrante da Subseção de Direito Privado II.

Conflito de competência procedente, para declarar competentes as Câmaras que compõem a Subseção de Direito Privado I (1ª a 10ª), a uma das quais os autos devem ser redistribuídos livremente.

VOTO

Cuida-se de conflito negativo de competência suscitado em agravo de instrumento tirado contra decisão que, em ação de cobrança de expurgos inflacionários, concedeu ao réu prazo de 15 dias para apresentar os extratos bancários necessários à elaboração dos cálculos, sob pena de aplicação do disposto no art. 359 do CPC (fl. 577).

Os autos foram distribuídos à 2ª Câmara Reservada de Direito Empresarial, ao Des. JOSÉ REYNALDO (fl. 587), que não conheceu do recurso porque a falência da empresa agravada foi decretada em 27.05.1985, anteriormente à vigência da Lei nº 11.101/05, o que afasta a competência das Câmaras Reservadas de Direito Empresarial para análise e julgamento do recurso. Ponderou que "*a Resolução nº 558/2011, ao estabelecer a unificação da Câmara Reservada à Falência e Recuperação Judicial e da Câmara Reservada de Direito Empresarial, manteve a competência estabelecida pela Resolução 207/2005 que determinou a criação da Câmara Reservada à Falência e Recuperação Judicial com competência para análise e julgamento dos recursos e ações originárias relativos à falência, recuperação judicial e extrajudicial, principais e acessórios, conexos e atraídos pelo juízo universal, envolvendo a Lei n° 11.101/05. E, nos termos do artigo 7º § 3º do Decreto-Lei nº 7.661/45 aplicável ao caso em razão da data da decretação da quebra, não se aplica o princípio da '*vis attractiva*' nos processos em que a massa falida é autora*". Acrescentou, ainda, que em se tratando de ação que versa sobre prestação de serviços bancários, a competência para análise e julgamento do recurso é da Subseção de Direito Privado II, nos termos do art. 5º, II, item II.11, da Resolução

Acesso ao Sumário

623/13 (fls. 610/613).

Como a 11ª Câmara de Direito Privado já havia declinado da competência no Agravo de Instrumento nº 0108150-61.2012.8.26.0000, julgado pela 2ª Câmara Reservada de Direito Empresarial em 25.03.2013, circunstância que, inclusive, ensejou a prevenção para o recurso ora em análise, esta última suscitou incontinenti o conflito negativo de competência perante o Col. Grupo Especial da Seção de Direito Privado, distribuído à minha relatoria (fl. 620).

É o relatório.

Cuida-se de ação em que a autora, Massa Falida de Usina Santa Olímpia Indústria de Ferro e Aço S/A, postula a condenação do banco réu ao pagamento de diferenças de correção monetária e juros expurgados de contas de depósito judicial que o banco réu manteve durante os Planos Bresser, Verão, Collor I e II (fls. 10/17).

Anteriormente, contra a decisão que determinou a suspensão do processo, interpôs a autora agravo de instrumento, distribuído livremente à 11ª Câmara de Direito Privado, ao Des. GIL COELHO, que não conheceu do recurso e declinou da competência aos seguintes fundamentos (fls. 544/546):

> Consoante a cópia da petição inicial da ação de procedimento ordinário (fls. 25/32), houve requerimento, pela Massa Falida de Usina Santa Olímpia Indústria de Ferro e Aço S.A., da adoção dos índices IPC/IBGE nos meses em que houve os expurgos impostos pelos Planos Bresser, Verão, Collor I e Collor II, aos depósitos judiciais efetuados nos autos do pedido de concordata preventiva. Informou a autora que foi negado o pedido de concordata, tendo sido decretada sua falência.
>
> A competência, assim, para o presente recurso, é de uma das Egrégias Câmaras Reservadas de Direito Empresarial, em decorrência da matéria a que se refere a r. decisão agravada. Os depósitos seriam judiciais, realizados no âmbito de processo da competência especializada em falências e concordata.

Redistribuídos os autos à 2ª Câmara Reservada de Direito Empresarial, ao Des. JOSÉ REYNALDO (fl. 550), aquele órgão colegiado julgou o recurso, dando-lhe provimento, em síntese, por reconhecer que não se confundem os pleitos de diferença de correção monetária abonados a depósitos judiciais e os que têm causa de pedir em depósitos de poupança, de modo que o caso dos autos não se amolda à hipótese em que o E. STF determinou a suspensão (fls. 567/570).

Acesso ao Sumário

Prosseguindo o feito na origem, sobreveio a decisão que concedeu ao réu prazo de 15 dias para apresentar os extratos bancários necessários à elaboração dos cálculos, sob pena de aplicação do disposto no art. 359 do CPC, contra a qual se insurgiu o réu. Por prevenção ao anterior agravo, o novo recurso também foi distribuído à 2ª Câmara Reservada de Direito Empresarial (fl. 587), a qual, desta

vez, declinou da competência e suscitou o presente conflito, sob os fundamentos já sumariados no relatório acima.

Com efeito, a Resolução 623/13, que dispõe sobre a composição do Tribunal de Justiça e fixa a competência de sua Seções, estabelece em seu art. 6º que compete às 1ª e 2ª Câmaras Reservadas de Direito Empresarial, excluídos os feitos de natureza penal, "*julgar os recursos e ações originárias relativos a falência, recuperação judicial e extrajudicial, principais, acessórios, conexos e atraídos pelo juízo universal, envolvendo a Lei nº 11.101/2005, bem como as ações principais, acessórias e conexas, relativas à matéria prevista no Livro II, Parte Especial do Código Civil (arts. 966 a 1.195) e na Lei nº 6.404/76 (Sociedades Anônimas), as que envolvam a propriedade industrial e a concorrência desleal, tratadas especialmente na Lei nº 9.279/96, e a franquia (Lei nº 8.955/94)*". (g.n.)

Ocorre que, no caso vertente, a falência da autora foi decretada em 27.05.1985, conforme sentença de fls. 33/39, ou seja, sob a égide do Decreto-Lei 7.661/45, não da Lei 11.101/05.

Assim, de fato não se justifica a distribuição do recurso ao órgão suscitante. Em verdade, incumbe à Subseção de Direito Privado I julgar falências, concordatas e seus incidentes, quando regidos pelo Decreto-Lei n º 7.661/45 (art. 5º, I, item I.31, da Resolução 623/13).

A propósito dessa divisão, como bem observado pelo Des. RENATO NALINI no julgamento do Conflito de Competência nº 9032162-80.2009.8.26.0000 (j. 28.04.2010), *"ao criar a Câmara Especial de Falências e de Recuperações Judiciais, o Tribunal de Justiça de São Paulo teve por objetivo propiciar a possível tendência à uniformização jurisprudencial a partir de novo tratamento conferido à matéria, pois profundamente modificado o sistema do longevo Decreto- lei 7.661, de 21.6.1945, expressamente revogado pela Lei Federal nº 11.101, de 9.2.2005. Não se pretendeu a remessa de todos os feitos de falência e concordata à nova Câmara Especial, sob pena de convertê-la em experiência sufocada pelo acúmulo de processos"*.

Sobre o tema, confiram-se outros precedentes:

> Conflito de competência. Ação de restituição de bens promovida contra massa falida. Dúvida suscitada pela 2ª Câmara Reservada de Direito Empresarial, em face da rejeição de competência manifestada pela 5ª Câmara de Direito Público. 1. A apreciação dos feitos relacionados à falência decretada sob a égide do anterior Decreto-lei 7661/45 compete à Primeira Subseção de Direito Privado (1ª a 10ª Câmaras), nos termos do disposto no subitem I.31, do inciso I, do artigo 5º, da Resolução nº 623/2013, o que vem reforçado pelos ditames de seu artigo 6º, caput, destinando às Câmaras Reservadas de Direito Empresarial a apreciação daqueles pertinentes à nova lei de falências, nº 11.101/2005. 2. Tratando

Acesso ao Sumário

o caso presente de ação de restituição de bens em face de processo falimentar orientado pelo Decreto-lei já revogado, o conflito deve ser acolhido em parte, não para declarar competente a suscitada, por se tratar de uma Câmara de Direito Público (5ª Câmara), mas para determinar a remessa dos autos ao setor de distribuição da Seção de Direito Privado, para o fim de ser providenciada a sua redistribuição à Egrégia 9ª Câmara de Direito Privado, em virtude do fenômeno da prevenção. 3. Acolheram, em parte, o conflito, nos termos constantes do acórdão.

(Órgão Especial, Conflito de Competência nº 0008100-56.2014.8.26.0000, Rel. Des. VANDERCI ÁLVARES, j. 12.03.2014)

Conflito de competência - ação monitória ajuizada por empresa falida - a competência para conhecimento e julgamento é da câmara comum de Direito Privado e não da câmara especializada quando: 1. a falência é anterior à lei 11.101, de 9 de novembro de 2005; 2. a massa falida é credora na ação, e não devedora, o que afasta o juízo universal; 3. ocorre prevenção da câmara comum por julgamento anterior de apelação - conflito procedente para declarar a competência da 14ª Câmara de Direito Privado e não da 2ª Câmara Reservada de Direito Empresarial.

(Grupo Especial da Seção de Direito Privado, Conflito de Competência nº 0202019-78.2012.8.26.0000, Rel. Des. EROS PICELI, j. 06.12.2012)

Anote-se, por oportuno, que o julgamento pela Câmara suscitante de anterior agravo de instrumento não impede que a incompetência seja reconhecida a qualquer momento, rompendo a prevenção. O Col. ÓRGÃO ESPECIAL já assentou o entendimento de que "*não há que se falar em prevenção para o julgamento do apelo nos autos principais posto que a aplicação do art. 102,* caput*, do Regimento Interno deste E. Tribunal, que trata da prevenção, se restringe às hipóteses em que o primeiro órgão que conheceu do recurso seja competente ratione materiae para julgá-lo, o que não ocorreu*, in casu". (Conflito de Competência nº 0079720-02.2012.8.26.0000, Rel. Des. CORRÊA VIANNA, j. 27.06.2012). No mesmo sentido: Conflito de Competência nº 0079320-85.2012.8.26.0000, Rel. Des. ARTUR MARQUES, j. 13.06.2012; Conflito de Competência nº 0472209-53.2010.8.26.0000, Rel. Des. JOSÉ DAMIÃO PINHEIRO MACHADO COGAN, j. 09.02.2011; Conflito de Competência nº 0512295-66.2010.8.26.0000, Rel. Des. ROBERTO MAC CRACKEN, j. 13.04.2011; Conflito de Competência nº 0334678-22.2010.8.26.0000, Rel. Des. Des. JOSÉ SANTANA, j. 06.10.2010.

Acesso ao Sumário

A competência, portanto, não é da Câmara suscitante, mas também não é da suscitada, que integra a Subseção de Direito Privado II desta E. Corte. Isso porque não se trata de ação de cobrança de diferenças relativas a expurgos inflacionários em depósitos realizados em caderneta de poupança, mas em contas judiciais. Em tais casos, o Col. Órgão Especial sedimentou o entendimento de que a competência é determinada pela natureza da ação em que os depósitos

foram realizados. Confira-se:

> CONFLITO DE COMPETÊNCIA - RECURSO DE APELAÇÃO E AGRAVO RETIDO - AÇÃO DE COBRANÇA - EXPURGOS INFLACIONARIOS DE VALORES DEPOSITADOS EM JUÍZO DESDE 1961 - DEPÓSITO JUDICIAL DECORRENTE DE AÇÃO DE ACIDENTE DO TRABALHO - Ação de cobrança cuja petição inicial reporta que o depósito judicial efetivado em agosto de 1961, cuja correção monetária não teria sido feito corretamente, é originário de ação acidentária - Matéria de competência originária do Extinto Segundo Tribunal de Alçada Civil - Resolução TJSP 194/2004 que a atribuiu à esfera jurisdicional das Câmaras numeradas da 25ª à 36ª da Seção de Direito Privado - Inexistência de mutação da competência atribuída - Conflito de competência procedente - COMPETÊNCIA DE UMA DAS CÂMARAS DA 25ª À 36ª DE DIREITO PRIVADO.
>
> (Órgão Especial, Conflito de Competência nº 0090528-32.2013.8.26.0000, Rel. Des. AMADO DE FARIA, j. 21.08.2013)
>
> Dúvida de Competência. Ação autônoma de depositante, para buscar do depositário judicial o pagamento de expurgos inflacionários. Depósitos realizados no curso de ação de natureza tributária (ICMS), a versar matéria de Direito Público. Demanda acessória da primitiva, de que originada e cuja natureza define a competência recursal. Precedentes do Grupo Especial e do Órgão Especial.
>
> (Órgão Especial, Conflito de Competência nº 0230994-18.2009.8.26.0000, Rel. Des. JOSÉ ROBERTO BEDRAN, j. 17.03.2010)
>
> DÚVIDA DE COMPETÊNCIA. Ação declaratória cumulada com condenatória intentada por Marcilio Zanoni contra o Banco Santander Banespa S/A, em que o autor da demanda pretende receber do réu diferenças decorrentes de expurgos inflacionários havidos entre a data de depósito judicial efetuado em razão de indenização em ação de desapropriação e a data do efetivo resgate do valor. Arguição em apelação interposta contra decisão que julgou extinto o processo sem julgamento do mérito, com fundamento no artigo 267, VI, do Código de Processo Civil. Demanda acessória que versa relação jurídica situada no âmbito do direito público, posto que o depósito em comento não tem caráter de ato contratual e sim de ato judicial. Súmula nº 271 do Colendo Superior Tribunal de Justiça. Precedentes desta Corte. Dúvida julgada procedente e competente a suscitante, colenda 13a Câmara de Direito Público deste Tribunal de Justiça.
>
> (Órgão Especial, Conflito de Competência nº 9025535-60.2009.8.26.0000, Rel. Des. MÁRIO DEVIENNE FERRAZ, j. 20.05.2009)
>
> Dúvida de competência. Ação ajuizada por depositante e buscando as diferenças de correção monetária devidas pelos expurgos impostos pelos planos econômicos. Depósito judicial. Distinção entre este depósito feito em auxiliar do juízo e o depósito contratual. Competência para dirimir a

Acesso ao Sumário

controvérsia que deve ser feita perante o juízo que ordenou o depósito, quer nos próprios autos, quer em ação própria. Competência recursal do órgão fracionário competente para os recursos interpostos na ação em que o depósito foi ordenado. Ação visando obter sentença autorizando crédito de ICMS sobre matéria prima importada. Competência recursal de uma das Câmaras da Seção de Direito Público. Orientação do extinto Grupo Especial das Seções Civis. Dúvida procedente, competente a Câmara suscitante (5a Câmara de Direito Público). No depósito judicial, as controvérsias a respeito de diferenças de correção monetária são dirimidas pelo Juízo que ordenou o depósito, e, em grau recursal, pelo órgão fracionário competente para a matéria discutida na ação respectiva, quer a decisão ocorra nos próprios autos, quer em ação própria.

(Órgão Especial, Conflito de Competência nº 9056364-58.2008.8.26.0000, Rel. Des. BORIS KAUFFMANN, j. 11.03.2009)

Nesta toada, como a insurgência da autora diz respeito a depósitos judiciais realizados em seu favor nos autos da própria falência, consoante narrativa da inicial (fl. 11), a competência, segundo dispõe o já citado art. 5º, inciso I, item I.31, da Resolução 623/13, é das Câmaras que compõem a Subseção de Direito Privado I desta E. Corte.

Ante o exposto, julgo procedente o conflito de competência, para determinar a redistribuição dos autos, de forma livre, a uma das Câmaras pertencentes à Subseção de Direito Privado I deste Egrégio Tribunal (1ª a 10ª Câmaras), às quais compete julgar o recurso.

É meu voto.

Embargos de Declaração

ACÓRDÃO

Acesso ao Sumário

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Embargos de Declaração nº 2060343-74.2013.8.26.0000/50000, da Comarca de São Paulo, em que são embargantes/embargados RICARDO MACIEL DE GOUVEIA ROLDÃO e ROLDÃO AUTO SERVIÇO COMÉRCIO DE ALIMENTOS LTDA., é embargado/embargante BANCO ITAÚ BBA S/A.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 38ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Conheceram dos embargos e deram provimento em parte, sem efeito modificativo. V.U.", de conformidade com o voto do relator, que integra este

acórdão. **(Voto nº 13.244)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores SPENCER ALMEIDA FERREIRA (Presidente sem voto), EDUARDO SIQUEIRA e FERNANDO SASTRE REDONDO.

São Paulo, 2 de setembro de 2014.

MAURY BOTTESINI, Relator

Ementa: EMBARGOS DE DECLARAÇÃO - Contradição - Erro material na formatação do Voto e na tira de julgamento - Embargos conhecidos e Providos em parte.

VOTO

Vistos.

São embargos de declaração opostos pelos agravantes RICARDO MACIEL DE GOUVEIA ROLDÃO e ROLDÃO AUTO SERVIÇO COMÉRCIO DE ALIMENTOS LTDA. ao V. Acórdão fls. 331/335, que negou provimento ao recurso e manteve a decisão monocrática. Alega a embargante, fls. 01/05, que há contradição no julgado, porque a sociedade ROLDÃO não obteve recuperação judicial, que o resultado do julgamento transcrito na tira de julgamento não condiz com o aresto e que há fato novo a ser considerado, diante da lavratura do auto de penhora do imóvel oferecido em garantia à execução.

Embargos tempestivos.

É o relatório.

Acolho os embargos declaratórios porque tempestivos, e os conheço. Na parte conhecida, **DOU PROVIMENTO EM PARTE** a eles porque há erro material na formatação do Voto quando, nos fundamentos, estabelece: "***2. Não houve novação da dívida de responsabilidade do coobrigado RICARDO MACIEL DE GOUVEIA ROLDÃO pela aprovação do plano de recuperação judicial da devedora principal ROLDÃO AUTO SERVIÇO COMÉRCIO DE ALIMENTOS LTDA. A recuperanda é que se beneficia do sobrestar na Execução individual, porque o crédito exequendo se submete à execução coletiva concursal, denominada recuperação da empresa. A decisão ordinatória do processamento da recuperação judicial não produz mutação objetiva nem subjetiva nas obrigações do garante, que não tem legitimidade para requerer e obter um 'regime de recuperação judicial'.***".

Com o **PROVIMENTO** dos Embargos de Declaração passa a constar do V. Acórdão o que se segue: "***2. Não houve novação da dívida de responsabilidade do coobrigado RICARDO MACIEL DE GOUVEIA***

ROLDÃO pela aprovação do plano de recuperação judicial da devedora principal LATÍCINIOS SILVESTRE LTDA. A recuperanda é que se beneficia do sobrestar na Execução individual, porque o crédito exequendo se submete à execução coletiva concursal, denominada recuperação da empresa. A decisão ordinatória do processamento da recuperação judicial não produz mutação objetiva nem subjetiva nas obrigações do garante, que não tem legitimidade para requerer e obter um 'regime de recuperação judicial'.".

Também, merece **PROVIMENTO** os Embargos de Declaração para a correção da Tira de Julgamento e a Folha de Rosto do V. Acórdão, que passa a constar: "***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***", fl. 331, e determino que a Secretaria retifique-as.

Tocante ao fato novo suscitado pelos embargantes, concernente à lavratura do auto de penhora do imóvel na origem, tem-se que, no momento da interposição do recurso, restava pendente a aceitação da referida indicação, razão pela qual a posterior lavratura da penhora não tem o condão de alterar o acórdão já fulminado pelo julgamento pretérito. Diante disso, o requerimento de cancelamento da inscrição no cadastro de inadimplentes deve ser objeto de nova apreciação na origem.

O Voto **CONHECE** e **DÁ PROVIMENTO EM PARTE** aos Embargos Declaratórios, sem efeito modificativo, e apenas para sanar o erro material constante do V. Acórdão, corrigindo-se os fundamentos e a tira de julgamento nos termos acima especificados.

Acesso ao Sumário

SEÇÃO DE DIREITO PÚBLICO

Agravos de Instrumento

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2106093-65.2014.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é agravante WALMART BRASIL LTDA., é agravado FUNDAÇÃO DE PROTEÇÃO E DEFESA DO CONSUMIDOR – PROCON/SP.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 8ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 14918)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores JOÃO CARLOS GARCIA (Presidente) e CRISTINA COTROFE.

São Paulo, 4 de agosto de 2014.

RUBENS RIHL, Relator

Ementa: AGRAVO DE INSTRUMENTO – AÇÃO ANULATÓRIA DE ATO ADMINISTRATIVO – Insurgência contra decisão de Primeiro Grau que indeferiu o pedido de tutela antecipada pelo qual a autora objetivava a suspensão da exigibilidade de crédito tributário consubstanciado em Auto de Infração lavrado pelo Procon/SP – Decisão que merece ser mantida – Descumprimento de anúncio publicitário pelo qual a agravante se obrigara a cobrir ofertas de empresas concorrentes – Ofensa aos artigos 30 e 37, § 1º do Código de Defesa do Consumidor – Tutela antecipada que, ademais, é faculdade atribuída ao magistrado, prendendo-se ao seu prudente arbítrio e livre convencimento, dependendo a concessão de prova inequívoca e convencimento da verossimilhança da alegação e dos requisitos elencados nos incisos I e II, do artigo 273 do Código de Processo Civil – Revisão pelo juízo de segundo grau de deferimento ou indeferimento antecipatório da tutela adstrito às

hipóteses de decisões ilegais, irregulares, teratológicas ou eivadas de nulidade insanável – Hipóteses não configuradas – Recurso desprovido.

VOTO

Trata-se de agravo de instrumento interposto por WALMART BRASIL LTDA. contra a r. decisão trasladada às fls. 222/224 que, nos autos de ação anulatória de ato administrativo ajuizada contra a FUNDAÇÃO DE PROTEÇÃO E DEFESA DO CONSUMIDOR – PROCON/SP, indeferiu tutela antecipada pela qual a autora objetivava a suspensão da exigibilidade de crédito tributário.

Esclarece a agravante, em síntese, que o Auto de Infração nº 6867d7, lavrado em 21/11/2011 pelo agravado, tem por fundamento o descumprimento de publicidade por ela anunciada, qual seja, a cobertura de ofertas veiculadas por empresas concorrentes, em ofensa aos dispositivos da Lei Federal nº 8.078/90 (Código de Defesa do Consumidor), notadamente o art. 37, § 1º.

Narra que a autuação ocorreu diante de representação do consumidor Osmar Zanardi, visto que este apresentara oferta da concorrência (Mercadinho Paraná Ltda.) solicitando a cobertura do preço, a saber, R$ 0,09 pela unidade de alface crespa. No entanto, houve negativa pela Walmart em virtude do valor irrisório praticado pela empresa concorrente, ou mesmo em razão de erro na impressão da oferta paradigma. Defende, ainda, que as condições de sua promoção foram informadas de maneira clara e precisa aos potenciais consumidores. Assim, argumenta que inexiste propaganda enganosa ou abusividade na negativa de cobertura, pelo que entende ser ilegal a autuação e imposição de multa pelo agravado.

Requer, então, a concessão de efeito ativo a fim de conceder-lhe a tutela antecipada e, ao final, o provimento do recurso.

Não houve oposição ao julgamento virtual.

É o breve relatório.

Examinadas as questões postas em juízo, vê-se que a irresignação recursal não comporta provimento.

Com efeito, esta Colenda Câmara de Direito Público tem reiteradamente decidido que a antecipação da tutela é faculdade atribuída ao magistrado, prendendo-se ao seu prudente arbítrio e livre convencimento, dependendo a concessão de prova inequívoca e convencimento da verossimilhança da alegação e ainda dos requisitos elencados nos incisos I e II, do artigo 273 do Código de Processo Civil.

Como destaca Cândido R. Dinamarco:

"***Ficam ao critério discricionário do juiz, que ele exercerá prudente***

e motivadamente em cada caso, a outorga da tutela antecipada total ou parcial...".

Acrescentando o renomado processualista mais adiante que:

"***A exigência de prova inequívoca significa que a mera aparência não basta e que a verossimilhança exigida é mais do que o* fumus boni juris *exigido para a cautelar***" (A Reforma do Código de Processo Civil, págs. 141 e 143).

Em compasso, este Egrégio Tribunal de Justiça também já teve oportunidade de deixar assentado que:

"***desaconselhável bulir nas decisões de primeiro grau de jurisdição que concedam ou neguem a antecipação da tutela, salvo quando ilegais, irregulares, teratológicas ou eivadas de nulidade insanável. Caso contrário, não é prudente que a jurisdição de segundo grau se imiscua no entendimento do Juízo Monocrático, especialmente quando o desfecho a ser dado ao pleito de tutela antecipada está ligado por modo indisfarçável e previsto em lei a influições de ordem subjetiva, na medida em que a concessão depende da verificação de dois fatores inafastáveis, a saber: a existência da prova inequívoca e o convencimento da verossimilhança da alegação (art. 273 do Código de Processo Civil), além da ocorrência dos demais requisitos previstos nos incisos e parágrafos desse dispositivo da lei formal***".

"***É óbvio que se o Juiz, por mercê dos elementos de convicção que objetivamente lhe sejam presentes, além da valoração personalíssima que forçosamente o incline a entender verossímil o pedido, concluir ser o caso de antecipar a tutela jurisdicional, ele o fará; se não, não***".

"***Sendo assim, parece desaconselhável que a segunda instância, exceto nas hipóteses especiais já acenadas, esteja a rever o deferimento ou indeferimento antecipatório da tutela, o que decerto poderá turbar o julgamento final da causa, graças à perplexidade que provavelmente resultará da decisão que, em sede de agravo, infirme o desfecho positivo ou negativo a que chegou o Juiz Monocrático, a quem caberá sentenciar o feito***" (Agravo de Instrumento nº 104.781.4/6-SP, Rel. Ricardo Brancato).

De se convir, pois, que ao conceder a tutela pleiteada, por vislumbrar a presença dos requisitos legais, agiu o ilustre Magistrado *a quo* dentro de seu prudente arbítrio, inexistindo qualquer abusividade ou ilegalidade na decisão hostilizada a permitir a sua reforma.

Ressalte-se, que, não estão presentes os requisitos do art. 273 do CPC, notadamente a verossimilhança da alegação e o dano irreparável ou de difícil reparação.

Com efeito, a própria agravante reconhece expressamente que a cobertura

Acesso ao Sumário

de preços da concorrência faz parte de sua prática comercial e de sua estratégia para atrair clientela.

Inadmissível o argumento da agravante no sentido de que a oferta concorrente se deu por "erro de impressão", sem nada comprovar neste sentido.

O Código de Defesa do Consumidor é claro ao prever que:

"***Art. 30. Toda informação ou publicidade, suficientemente precisa, veiculada por qualquer forma ou meio de comunicação com relação a produtos e serviços oferecidos ou apresentados, obriga o fornecedor que a fizer veicular ou dela se utilizar e integra o contrato que vier a ser celebrado.***

Art. 37. É proibida toda publicidade enganosa ou abusiva.

§ 1° É enganosa qualquer modalidade de informação ou comunicação de caráter publicitário, inteira ou parcialmente falsa, ou, por qualquer outro modo, mesmo por omissão, capaz de induzir em erro o consumidor a respeito da natureza, características, qualidade, quantidade, propriedades, origem, preço e quaisquer outros dados sobre produtos e serviços."

A análise da oferta concorrente reproduzida à fl. 77 não permite concluir pela existência de vícios ou deturpações em seu conteúdo. Ademais, observa-se que a publicidade paradigma guarda correlação com as condições descritas no programa da rede Walmart (fl. 206), ao menos numa análise perfunctória inerente a este recurso.

Por outro lado, também não se verifica dano irreparável ou de difícil reparação de sorte a autorizar a concessão da tutela antecipatória. A rigor, a multa aplicada pelo agravado no valor de R$ 57.360,00, justificado diante do caráter coletivo do dano bem como em razão de reincidência, não tem qualquer potencial de prejudicar as atividades comerciais da agravante, considerado o capital social declarado em R$ 4.674.755.169,00 (mais de quatro bilhões de reais), conforme consta no contrato social à fl. 103. Também não há notícia de que o fisco tenha ajuizado a respectiva execução fiscal.

Acesso ao Sumário

Por fim, em relação à alegada omissão do juízo *a quo* acerca do pedido subsidiário para depósito do valor integral do débito a fim de suspender a exigibilidade do crédito tributário, forçoso convir que a recorrente deveria manejar o remédio cabível para tal hipótese processual. Inviável o conhecimento de tal matéria por esse Tribunal, sob pena de supressão de um grau de jurisdição. De todo modo, impende observar que a faculdade de garantir o juízo decorre expressamente da lei (art. 151, inciso II, do Código Tributário Nacional).

De se convir, pois, que ao indeferir o pleito de tutela antecipada, agiu o magistrado dentro de seu prudente arbítrio, inexistindo qualquer abusividade ou ilegalidade da decisão hostilizada a permitir a sua reforma, razão pela qual, por mais esse motivo, a manutenção da r. decisão agravada é medida de rigor.

Ressalto, em remate, que o presente acórdão enfocou as matérias necessárias à motivação do julgamento, tornando claras as razões pelas quais chegou resultado. A leitura do acórdão permite ver cristalinamente o porquê do *decisum*, sendo, pois, o que basta para o respeito às normas de garantia do Estado de Direito, entre elas a do dever de motivação (CF, art. 93, IX).

De qualquer modo, para viabilizar eventual acesso às vias extraordinária e especial, considero prequestionada toda matéria infraconstitucional e constitucional, observando o pacífico entendimento do Superior Tribunal de Justiça no sentido de que, tratando-se de prequestionamento, é desnecessária a citação numérica dos dispositivos legais, bastando que a questão posta tenha sido decidida (EDROMS 18205/SP, Ministro FELIX FISCHER, DJ 08.05.2006 p. 240).

Daí porque, em tais termos, nega-se provimento ao recurso.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2117917-21.2014.8.26.0000, da Comarca de Guarulhos, em que é agravante DEPARTAMENTO DE ESTRADAS DE RODAGEM DO ESTADO DE SÃO PAULO – DER/SP, são agravados GRAZIELA CHACUR, LUCILA DE TOLEDO FARIA, AYRTON DE TOLEDO FARIA, ODÉCIO RONDON E SILVA, EDUARDO CHACUR, RICARDO CHACUR, VERA LÚCIA CEFALONI CHACUR e SILVIA CHACUR RONDON E SILVA.

ACORDAM, em 7ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Recurso provido, com observação. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 20213)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores MAGALHÃES COELHO (Presidente sem voto), LUIZ SERGIO FERNANDES DE SOUZA e COIMBRA SCHMIDT.

São Paulo, 1 de setembro de 2014.

EDUARDO GOUVÊA, Relator

Ementa: Agravo de Instrumento – Desapropriação – Interposição de recurso contra decisão que determinou à expropriante o depósito do complemento da oferta inicial, ou seja, de R$ 25.225.908,00, a título de indenização prévia – Laudo provisório retificado –

Acesso ao Sumário

Disparidade dos valores – Perito judicial avaliou a área inicialmente no montante de R$ 2.204.958,36 – Princípios constitucionais da razoabilidade e da justa indenização – Poder geral de cautela – Reforma da decisão – Determinação de substituição do perito, com o devido pagamento pelos serviços prestados a expensas da Expropriante – Novo perito deve pertencer ao quadro da CAJUFA (Centro de Apoio aos Juízes da Fazenda Pública).

Recurso Provido, com observação.

VOTO

Trata-se de Agravo de Instrumento, com pedido de efeito suspensivo, interposto pelo Departamento de Estradas de Rodagem do Estado de São Paulo – DER/SP contra decisão do Juízo da 1ª Vara da Fazenda Pública da Comarca de Guarulhos que, nos autos da ação de desapropriação, determinou à expropriante que depositasse o complemento da oferta inicial, ou seja, R$ 25.225.908,00, a título de indenização prévia.

Inconformada alega a Agravante, que inicialmente foi ofertado pelo terreno de 38.683,48 m² o valor de R$ 3.823.000,00, baseado no laudo pericial tecnicamente fundamentado, valor já depositado pela Agravante a fim de imissão na posse. Em sede de laudo pericial provisório o perito judicial avaliou a área no montante de R$ 2.204.958,36, utilizando-se o método involutivo e chegando ao valor R$ 57,00/m².

O perito assistente do expropriado, então, apresentou parecer técnico divergente e concluiu que o valor da indenização deveria ser de R$ 16.365.000,00/ setembro de 2013.

Posteriormente, em esclarecimentos periciais, o perito judicial retificou seu laudo e majorou o valor provisório para o montante de R$ 27.431.000,00/ março de 2014 para a área total de 76.196,85 m², já que a área remanescente ficaria encravada e passou a utilizar-se do método comparativo, chegando ao valor de R$ 360,00/m².

Diante da enorme discrepância de valores, requer a agravante a concessão do efeito suspensivo da decisão e que o perito judicial seja afastado do feito. Por fim, argui para que seja nomeado outro perito para elaboração do laudo definitivo e que nenhum numerário depositado a título de complementação, seja levantado até o julgamento definitivo da demanda.

Deferido o pedido de efeito suspensivo (fl. 488/489).

Contraminuta apresentada às fls. 282/303.

É o breve relatório.

Acesso ao Sumário

Analisando o pedido, entendo que a r. decisão do Juízo *a quo* merece reforma.

Observa-se nos autos, que inicialmente foi ofertado pelo terreno de 38.683,48 m² o valor de R$ 3.823.000,00. E em sede de laudo pericial provisório o perito judicial avaliou a área no montante de R$ 2.204.958,36.

Posteriormente, o perito assistente do expropriado apresentou parecer técnico divergente e concluiu que o valor da indenização deveria ser de R$ 16.365.000,00. E, em esclarecimentos periciais, o perito judicial retificou seu laudo e majorou o valor provisório para o montante de R$ 27.431.000,00, observando-se que a área total a ser desapropriada seria de 76.196,85 m², já que a área remanescente ficaria encravada. O MM. Juízo *a quo* determinou, então, à expropriante que depositasse o complemento da oferta inicial, ou seja, R$ 25.225.908,00, a título de indenização prévia.

Alega a Agravante, que diante da vultosa discrepância de valores apresentados pelo perito judicial deve ser este substituído a fins de realização do laudo pericial definitivo.

O MM Juiz *a quo* em informações demonstrou que os autos estão suspensos até decisão desta C. Câmara (fls. 505/506).

Considerando-se a grande oscilação entre os valores fixados pelo perito judicial a título de indenização prévia, ou seja, de R$ 2.204.958,36 para R$ 27.431.000,00, entendo que este recurso merece acolhimento.

Assim, contrariamente ao decidido pelo Juízo *a quo*, como medida acautelatória, entendo ser necessária a nomeação de um terceiro perito diante da vultosa divergência de valores do metro quadrado encontrados nos laudos periciais apresentados. Ressalvo, todavia, que dever ser feito primeiramente um novo laudo provisório para se fixar um montante indenizatório que esteja em conformidade com os princípios constitucionais da razoabilidade e da justa indenização.

Saliento, ainda, que ante a realização do laudo pericial apresentado pelo perito judicial deve seu trabalho ser devidamente pago pela autora-expropriante, bem como os trabalhos que vierem a ser realizados pelo perito a ser nomeado.

Saliento ainda que o novo perito a ser nomeado para a realização do laudo provisório deve pertencer à CAJUFA (Centro de Apoio aos Juízes da Fazenda Pública).

Por fim, para se apurar o valor da justa e devida indenização prévia, o valor deverá vir a ser fixado pelo Juízo de primeira instância, após a apresentação do laudo a ser produzido pelo novo perito nomeado.

Ante o exposto, **dá-se provimento ao recurso, com observação**.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2136607-98.2014.8.26.0000, da Comarca de Caraguatatuba, em que é agravante FAZENDA DO ESTADO DE SÃO PAULO, é agravada DAVINA RAIFF COLOMBO E OUTROS.

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 23.708)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores LUÍS FRANCISCO AGUILAR CORTEZ (Presidente) e ALIENDE RIBEIRO.

São Paulo, 23 de setembro de 2014.

DANILO PANIZZA, Relator

Ementa: AGRAVO DE INSTRUMENTO – AÇÃO DE DESAPROPRIAÇÃO – EXECUÇÃO DE SENTENÇA – QUESTIONAMENTO A RESPEITO DE PRECATÓRIO – EXISTÊNCIA DE DOIS PRECATÓRIOS – SITUAÇÃO DECORRENTE DE INCIDENTE PROCESSUAL DE MAIS DE DUAS DÉCADAS – SEGUNDO PRECATÓRIO PENDENTE DE PAGAMENTO – NÃO OCORRÊNCIA DE VÍCIO AOS PRECEITOS DECORRENTES DO ART. 100 E § 8º, DA CF – ADMISSIBILIDADE – RECURSOS ÀS CORTES SUPERIORES NÃO ADMITIDOS – DEFERIMENTO DE LEVANTAMENTOS – VALORES ANTERIORES MANTIDOS – REVOGADA A SUSPENSIVIDADE – DECISÃO MANTIDA – RECURSO NEGADO.

Acesso ao Sumário

VOTO

Vistos.

Fazenda do Estado interpôs agravo de instrumento contra r. decisão do Juízo da 2ª Vara Cível da Comarca de Caraguatatuba, na ação de desapropriação movida contra Mathias Raiff e Outros, que indeferiu pedido de cancelamento do precatório; argumenta razões de direito no sentido de necessidade do cancelamento do precatório, alegando violação de ordem cronológica de

pagamentos e grave dano de difícil ou incerta reparação; refere fundamento constitucional; cita jurisprudência e conclui pela concessão do efeito suspensivo, para obstar o levantamento do depósito de precatório autorizado pelo juízo singular e o cancelamento do precatório EP 7031/2011, determinando que os valores depositados retornem à conta vinculada ao Tribunal de Justiça e que novo precatório deverá ser expedido após o trânsito em julgado da decisão nos autos de embargos à execução.

Foi deferido o efeito suspensivo.

Houve apresentação de contraminuta e informações do Juízo.

É o relatório.

Como havia sido salientado no despacho inicial, ao apreciar a questão preliminar, a aparência do pleiteado "não denota suficiente respaldo o objetivo da agravante – Fazenda do Estado –, considerando que o feito percorreu longo trâmite e está em fase final de execução, já que até o incidente recursal encontra-se superado ...".

Esta colocação é o reflexo do detalhado r. despacho agravado.

A ação de desapropriação, da qual tem origem o presente incidente recursal, teve propositura no remoto ano de 1976, vindo agora ocorrer a regularidade dominial da área expropriada, permitindo o levantamento da indenização a ser rateada pelos demandados.

É pertinente destacar que o MM. Juiz considerou da providência retificatória de área, corrigindo as respectivas matrículas 29.051 e 34.680. Em seguida, salientou do sentenciamento da ação de retificação e frisou da notícia do trânsito em julgado da decisão que não conheceu o Agravo em Recurso Especial.

Em decorrência de tal constatação, veio a deferir o levantamento de valor correspondente à indenização pela desapropriação em questão.

Dos autos é possível apurar que não se trata de um único precatório, uma vez que os valores objeto do recurso estão voltados para o precatório EP-7031/2011, nada externando propriamente a respeito do anterior – EP-2756/1987 que, pelo consignado dos autos é de onde vieram a ser extraídas as guias de levantamento, já que decorrentes dos nove depósitos que a executada efetuou.

O mais recente precatório revela consistir de valores diversos dos que já se encontram depositados, desde a década de 1990.

O mencionado segundo precatório – EP-7031/2011, demonstra estar relacionado às diferenças de correção monetária e dos juros de mora (atraso no pagamento normal das parcelas), não havendo suficiente demonstração de que ainda penda recurso questionando referidas verbas, como também não há demonstração de ofensa à ordem cronológica dos precatórios.

Acesso ao Sumário

Aliás, o quadro elucidativo constante de fls. 126, deixa evidente as diferentes situações entre ambos os precatórios acima reportados, inclusive a respeito do segundo, quanto a não caracterizar o alegado pela agravante, sem qualquer interferência viciosa ao disposto no art. 100, § 8º, da CF, tendo em consideração que todo o questionamento a respeito já foi objeto de apreciação, consoante implicitamente referido pelo próprio Magistrado em seu r. despacho, ao autorizar o levantamento de valores precedentemente depositados e que estão em termos para tanto, havendo disto respaldo nas decisões do Recurso Especial e do Recurso Extraordinário interpostos e inadmitidos, pela r. decisão do Presidente da Seção de Direito Público, em 30.04.14, respectivamente.

Ademais, mesmo que houvesse eventual pendência recursal a partir desta anotação, o que não consta demonstrado suficientemente, não haveria efeito suspensivo à execução do julgado, na esteira do art. 497, do CPC.

Com isto, **nega-se** provimento ao recurso, revogando-se a suspensividade deferida.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2006789-93.2014.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é agravante SÃO PAULO OBRAS – SP OBRAS, é agravado CORTES PARTICIPAÇÃO E ADMINISTRAÇÃO LTDA..

ACORDAM, em 3ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 33.161)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores ANTONIO CARLOS MALHEIROS (Presidente), JOSÉ LUIZ GAVIÃO DE ALMEIDA e MARREY UINT.

São Paulo, 16 de setembro de 2014.

ANTONIO CARLOS MALHEIROS, Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: AGRAVO DE INSTRUMENTO – Ação de desapropriação – Ilegitimidade ativa da empresa pública municipal SP Obras – Inadmissibilidade – Inconstitucionalidade da Lei Municipal nº 15.419/11 e do Decreto Municipal nº 52.778/11 – Inocorrência – Art. 3º do Decreto-Lei nº 3.365/41 autoriza a delegação dos atos materiais da desapropriação, o que inclui o

ajuizamento de ação judicial – Decisão reformada – Recurso provido.

VOTO

Trata-se de agravo de instrumento interposto em ação de desapropriação contra a decisão que, declarando incidentalmente a inconstitucionalidade de norma municipal que permite a substituição processual do Município pela empresa SP Obras, julgou extinta a ação sem julgamento de mérito por reconhecer a ilegitimidade da coautora São Paulo Obras – SP Obras –, nos termos do art. 267, VI, do CPC.

Sustenta a agravante ser empresa prestadora de serviço público e ter legitimidade ativa para o ajuizamento de ação de desapropriação, conforme previsão da Lei Municipal nº 15.056/09, além de existir expressa delegação municipal para a realização de obra pública, nos termos do art. 3º, 1º, II, da Lei Municipal nº 15.419/11 e do Decreto Municipal nº 52.778/11.

O recurso foi recebido com efeito suspensivo (fl. 185). Não houve resposta da agravada.

É o relatório do essencial.

O caso em tela versa sobre ação de desapropriação movida pela agravante SP Obras e pela Municipalidade de São Paulo, visando à execução de obra pública denominada "Operação Urbana Água Espraiada – Prolongamento da Av. Chucri Zaidan até a Av. João Dias".

A decisão recorrida julgou extinta a ação sem julgamento de mérito, por ilegitimidade ativa da coautora SP Obras, nos termos do art. 267, VI do CPC, sob os seguintes fundamentos:

> "*(...) Conforme se observa, a legitimação extraordinária pressupõe a existência de lei que autorize expressamente o substituto a agir em nome próprio na defesa dos interesses do substituído.*
>
> *Assim, pautado em uma interpretação conforme das normas, a SP Obras somente tem legitimidade para ajuizar ações de desapropriação em nome próprio quando seu próprio capital for utilizado para a expropriação, o que não é o caso dos presentes autos cujo patrimônio utilizado é Municipal.*
>
> *Em outras palavras, considerando o processo legislativo específico para a alteração da LOMSP, inconstitucional se mostra a substituição processual pretendida pela autora, com a possibilidade de o Município ser representado pela SP Obras em detrimento da Procuradoria Geral do Município, decorrente da Lei Municipal nº 15.416/2011.*
>
> *Sendo assim, reconhecida incidentalmente a inconstitucionalidade,*

Acesso ao Sumário

ainda que em parte, da norma que permite a substituição processual do Município pela SP Obras, carece de legitimidade ativa a autora, visto que a lei não lhe confere (de forma constitucional decorrente da alteração da LOMSP), legitimação extraordinária para pleitear direito alheio (do Município) em nome próprio". (fls. 24-29).

Pois bem.

A decisão agravada não merece subsistir.

Não se trata de substituição processual, visto que não foi dada à SP Obras autorização para litigar em nome do Município, mas, sim, de delegação por meio de lei dos atos materiais da desapropriação, o que inclui o ajuizamento de ação judicial específica em nome próprio.

Ademais, o Decreto-Lei nº 3.365/41, que regula o tema da desapropriação no território nacional, dispõe em seu art. 3º: "*Os concessionários de serviços públicos e os estabelecimentos de caráter público ou que exerçam funções delegadas de poder público poderão promover desapropriações mediante autorização expressa, constante de lei ou contrato*" (grifo não constante do original).

Dessa forma, ante a expressa previsão normativa, não se vislumbra a alegada inconstitucionalidade da Lei Municipal nº 15.419/11 e do Decreto Municipal nº 52.778/11.

Por conseguinte, não há que se falar em ilegitimidade ativa da empresa agravante, por esta estar devidamente autorizada, mediante lei editada pelo Município expropriante, a propor a referida ação de desapropriação.

Nesse sentido, confira-se a jurisprudência deste Tribunal de Justiça:

"*AGRAVO DE INSTRUMENTO – Ação de desapropriação – Legitimidade ativa – SP-Obras – Poderes específicos delegados por leis municipais – Compatibilidade com normas constitucionais e legais – RECURSO PROVIDO.*

De acordo com as Leis Municipais nº 15.056/2009 e 15.416/2011, que mantêm íntegras as respectivas presunções de constitucionalidade, a SP-Obras tem legitimidade ativa para ajuizar ações de desapropriação nos limites de seu objeto legal." (Agravo de Instrumento nº 0125719-41.2013.8.26.0000, 1ª Câmara de Direito Público, Rel. Des. Vicente de Abreu Amadei, j. 10.09.13).

"*EXTINÇÃO PROCESSUAL – DESAPROPRIAÇÃO – Ação ajuizada pela SP-Obras – Empresa pública Municipal de São Paulo com base nas Leis Municipais nºs 13.260/01 e 15.416/2011 – Decreto de extinção por ilegitimidade ativa (art. 267, VI, do CPC) que merece ser cassado – Competência constitucional do Município para legislar sobre assuntos inerentes à Habitação e Urbanismo – Inteligência do art. 30, I e II da CF/88 – Inconstitucionalidade das leis municipais afastada – Possibilidade da SP-Obras promover ação de expropriação após competente declaração de utilidade pública pelo Poder*

Executivo (art. 3º, do Decreto-Lei nº 3.365/41) – Precedentes – Legitimidade ativa configurada – Decreto de extinção afastado – Recurso provido." (Apelação n.º 0043030-43.2011.8.26.0053, 4ª Câmara de Direito Público, Relª. Desª. Ana Luiza Liarte, j. 19.08.13).

"*APELAÇÃO CÍVEL. Ação de desapropriação. SÃO PAULO OBRAS SP-OBRAS. Legitimidade ativa demonstrada. Empresa criada pela Lei Municipal n.º 15.056/2009, com personalidade jurídica própria e com capacidade postulatória atribuída por lei, cujo contrato social foi aprovado pelo Decreto Municipal n.º 51.415/2010. Sequer o parâmetro supostamente violado (norma ou princípio da Constituição) foi referido na decisão monocrática, sendo clara a constitucionalidade da norma. Sentença cassada. Recurso provido.*" (Apelação n.º 0042846-87.2011.8.26.0053, 10ª Câmara de Direito Público, Rel. Des. Antonio Carlos Villen, j. 18.02.13).

"*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.*" (Apelação n.º 0042888-39.2011.8.26.0053, 8ª Câmara de Direito Público, Rel. Des. João Carlos Garcia, j. 12.06.2013).

Nesse diapasão, reforma-se a decisão recorrida para manter a empresa-agravante no polo ativo da ação de desapropriação, devendo ser dado seguimento ao processo em primeiro grau.

Isto posto, dá-se provimento ao recurso.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2138844-08.2014.8.26.0000, da Comarca de Guarulhos, em que é agravante CONSTRUTORA TENDA S.A., é agravado MUNICÍPIO DE GUARULHOS.

ACORDAM, em 1ª Câmara Reservada ao Meio Ambiente do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Não conheceram do recurso por falta de peça obrigatória. V.U.", de conformidade com o voto da Relatora, que integra este acórdão. **(Voto nº 26.242)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores RUY ALBERTO LEME CAVALHEIRO (Presidente) e TORRES DE CARVALHO.

São Paulo, 2 de outubro de 2014.

ZÉLIA MARIA ANTUNES ALVES, Relatora

Acesso ao Sumário

Ementa: Agravo de Instrumento – Ação de obrigação de fazer – Execução de decisão judicial transitada em julgado – Aplicação à empresa-ré de pena de multa, fixada em 1% do valor da causa, por litigância de má-fé, com base no art. 17, IV, do CPC – Ausência de juntada de cópia da procuração outorgada ao patrono da empresa-ré – Peça obrigatória – Infringência do art. 525, I, do CPC – Recurso não conhecido.

VOTO

Vistos.

1 – Agravo de instrumento, com pedido de efeito suspensivo, interposto, no prazo legal, por **CONSTRUTORA TENDA S/A**, nos autos da ação de obrigação de fazer, ora em fase de execução, que lhe é movida pelo **MUNICÍPIO DE GUARULHOS**, contra o r. despacho que lhe aplicou pena de multa, fixada em 1% do valor da causa, por litigância de má-fé, por violação, com base no **art. 17, IV, do CPC.** (fls. 487).

A empresa-agravante assevera, em síntese, que não opôs resistência injustificada ao andamento do processo; que, em cumprimento ao comando da sentença, efetuou, de imediato, o pagamento, do valor definido pela municipalidade-autora, no TCA, atualizado; que os pareceres técnicos apresentados pela CETESB demonstram a inviabilidade da reparação do dano ambiental, devido a contaminação do solo, autorizando a reparação dos danos em pecúnia e que deve ser afastada a pena por litigância de má-fé, aplicada com fundamento no **art. 17, IV, do CPC.** (fls. 01/12).

É o relatório.

2 – O recurso não merece prosperar, pois não passa, sequer, pelo Juízo de admissibilidade.

Com o advento da **Lei nº. 9.139, de 30/11/95**, que deu nova redação aos **arts. 522/529, do CPC**, o agravo de instrumento passou a ser dirigido, diretamente, ao Tribunal competente.

Em razão de o recurso tramitar fora do Juízo de origem, o agravante deve cumprir, rigorosamente, o disposto nos **arts. 524, 525 e 526, do CPC**, nos prazos especificados, pena de inviabilizar o seu conhecimento.

Assim, indispensável a instrução da petição do recurso, com as peças obrigatórias, elencadas no **art. 525, inciso I, do CPC**, e com outras, facultativas, mas, úteis para a boa apreensão do ponto objeto de questionamento, como estabelece o **inciso II.**

Acesso ao Sumário

No caso em exame, embora o recurso deva chegar ao relator, regularmente, instruído, a empresa-ré, ora agravante, ignorando, por completo, as disposições dos **incisos I e II, do art. 525, do CPC**, não apresentou cópias da **procuração outorgada ao seu próprio advogado**.

A procuração é peça obrigatória, com relação ao agravante, para comprovar que o advogado subscritor do recurso foi, regularmente, constituído, com a finalidade de representá-lo nos autos, e, com relação ao agravado, para que seja intimado e, se lhe aprouver, responda e junte cópias das peças do processo que reputar convenientes (**art. 527, III, CPC**).

Anota-se, por oportuno, que a empresa-ré, ora agravante, carreou para os autos, apenas, cópia de substabelecimento, documento que, isoladamente, sem a procuração, de nada vale, considerando-se que não se sabe se a pessoa que o firmou, de fato, é detentora de poderes para fazê-lo (fls. 298).

Em suma, diante da insuficiência absoluta de instrução, não há como ser dado seguimento ao recurso, na medida em que a lei não previu a hipótese de concessão de prazo para a juntada de cópia das peças obrigatórias do processo.

Deste modo, por não ter a empresa-ré, ora agravante, observado as exigências do **art. 525, I, do CPC**, inviável o seu processamento.

3 – Ante o exposto, **não se conhece do recurso.**

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2055048-22.2014.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é agravante FRANCISCO DE ASSIS ARAUJO CAMELO – EMPRESA INDIVIDUAL, é agravada COMPANHIA DO METROPOLITANO DE SÃO PAULO – METRÔ.

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 858)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores LUCIANA BRESCIANI (Presidente sem voto), VERA ANGRISANI e RENATO DELBIANCO.

São Paulo, 10 de outubro de 2014.

CARLOS VIOLANTE, Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: Agravo de instrumento. Ação ordinária. Reintegração de posse determinada na r. sentença

de espaços ocupados pela agravante em estações de metrô. Tutela antecipada deferida determinando a reintegração na posse. Presença dos requisitos ensejadores da medida. Recurso de apelação recebido apenas no efeito devolutivo. Decisão mantida. Recurso não provido.

VOTO

Trata-se de agravo de instrumento interposto contra a r. decisão de lavra da eminente Magistrada **Dra. Maria Gabriella Pavlopoulos Spaolonzi**, proferida nos autos da ação de manutenção de posse proposta pela agravante que concedeu a antecipação dos efeitos da tutela (fls. 80/81) após a prolação da r. sentença, afastando o efeito suspensivo do recurso de apelação interposto pela autora.

Alega a agravante a impossibilidade de inovar no feito após a entrega da prestação jurisdicional, nos termos dos arts. 463 e 521 do CPC, inexistindo previsão legal para o recebimento do recurso de apelação apenas no efeito devolutivo.

O pretendido efeito suspensivo ou antecipação dos efeitos da tutela recursal foi deferido (fls. 89/90).

A agravada apresentou contraminuta ao recurso (fls. 95/99), pleiteando a manutenção da r. decisão recorrida.

É o Relatório.

Trata-se de recurso tirado contra decisão que deferiu a antecipação dos efeitos da tutela para determinar a imediata reintegração de posse nos espaços ocupados pela agravante nas estações do metrô, na pendência de recurso de apelação antes recebido em ambos os efeitos.

Observe-se que a matéria aqui tratada restringe-se somente à análise da presença ou não dos requisitos ensejadores da medida antecipatória da tutela, sem adentrar no mérito da causa.

Acesso ao Sumário

Para a antecipação da tutela necessário o convencimento da verossimilhança das alegações, prova inequívoca, além de fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação (CPC, art. 273, I).

A verossimilhança das alegações está presente, especialmente pela r. sentença já proferida que determinou a reintegração da agravada nos espaços ocupados pela agravante.

E o dano irreparável ou de difícil reparação também, pois já reconhecido pela r. sentença o direito da agravada em ser reintegrada na posse dos espaços que a agravante ocupa dentro das estações metroviárias, mantê-la na posse

até o julgamento em segunda instância é impor à agravada ônus descabido, impedindo-a de explorar os espaços de acordo com o interesse público predominante.

Ademais, não há óbice a que o recurso de apelação interposto pela agravante tenha sido recebido, em retificação, apenas no efeito devolutivo, havendo previsão legal para tal (CPC, art. 520, VII).

Por fim, é sabido que a medida antecipatória dos efeitos da tutela pode ser concedida a qualquer tempo, desde o início da ação por decisão inicial, durante o tramitar processual, e até na prolatação da sentença, não existindo impedimento legal para que ela seja concedida na fase processual atual, e sem que isso implique em modificação da prestação jurisdicional entregue pela r. sentença.

Presentes, pois, os requisitos ensejadores da medida antecipatória, impõe-se o não provimento ao agravo.

Para fins de acesso às Instâncias Superiores, considero prequestionada toda a matéria debatida, relativa à Constituição e à Lei Federal, desnecessária a menção específica a cada um dos dispositivos constitucionais e infraconstitucionais invocados e pertinentes aos temas em discussão.

Ante o exposto, pelo meu voto, NEGO PROVIMENTO ao recurso, revogando o efeito suspensivo antes deferido neste agravo (fls. 89/90), mantendo, na íntegra, a r. decisão agravada.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2069518-58.2014.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que são agravantes MADALENA DE OLIVEIRA, ADILSON FERREIRA SANTOS, ALINE APARECIDA DOS SANTOS DE OLIVEIRA, AMANDA FERREIRA ALVES, ANA SODRE DE FRANCA MOREIRA, ANTONIO JOAO CORTIJO COSTA, ANTONIO LUIZ DE SOUZA, CELSO ZLOCHEVSKY, CLAUDEMIR MIGUEL BUZZO, DAIANE DE OLIVEIRA TOALHARES, DEBORA DA SILVA BARROS, DENISE SILVA MATTIOLI D'ALESSANDRO, EDINEIA SIMEAO, ELI TERRA GUTIERRE BALOTTE, ELIANA CLAUDINO DE LIMA, ELIANA REGINA MARQUES ZLOCHEVSKY, FRANCIMARY NASCIMENTO FERREIRA COSTA, GISELLI TAVERNA, HELENA YOSHIE MORIKAWA ISHIKAWA, ITAMAR BATISTA DE SOUZA, LEONORA DE ARAUJO PORFIRIO, LUCI DE PAULA CAVALCANTE, MARIA DE LURDES DA SILVA SOARES, MARIA LUISA ZANIN DA SILVA, MARIA ZILDETH ALENCAR, MARIO FERNANDES DE CAMPOS LIMA, PAULA

Acesso ao Sumário

REGINA AMARAL, SELMA DA CUNHA CORREA, SILVIA FUKUGAVA e WANILDA DA SILVA DE ASSIS, é agravada PREFEITURA DO MUNICÍPIO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em 4ª 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 25.632)**

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

Ementa: ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA – ELEMENTOS DOS AUTOS QUE NÃO AFASTAM A POSSIBILIDADE DE QUE O PAGAMENTO DAS CUSTAS E DESPESAS PROCESSUAIS IMPLIQUE EM PREJUÍZO PARA O SUSTENTO DOS AUTORES E RESPECTIVAS FAMÍLIAS – INDEFERIMENTO – AGRAVO DE INSTRUMENTO PROVIDO.

VOTO

Cuida-se de agravo de instrumento interposto por Madalena de Oliveira e outros contra a r. decisão copiada a fls. 171 que, nos autos da ação ordinária que movem contra a Municipalidade de São Paulo, indeferiu os benefícios da justiça gratuita.

Os agravantes buscam reforma, sustentando em suma que não possuem condições de pagar as custas processuais sem prejuízo do próprio sustento, sendo que para a obtenção do benefício basta a simples alegação da parte.

Deferida, em antecipação de tutela, a pretensão recursal (fls. 176), o juiz da causa prestou as informações de fls. 180/181.

Acesso ao Sumário

É o relatório.

O inconformismo merece acolhida.

É verdade que o fato do art. 4º, "caput", da Lei nº 1.060/50, dispor que para o gozo da justiça gratuita basta simples afirmação da parte, não significa que o juiz esteja dispensado, em cada caso concreto, de verificar, à luz dos elementos dos autos, o preenchimento dos requisitos exigidos para obtenção do benefício, até porque a presunção de pobreza estabelecida pelo parágrafo 1º é relativa.

Na espécie, porém, demonstrado que quase todos os autores são servidores públicos municipais com modestas remunerações, não existe nenhum elemento

apto a afastar a possibilidade de que o pagamento das custas e despesas possa implicar em prejuízo para o sustento dos mesmos e respectivas famílias, não havendo amparo legal para a recusa adotada em primeira instância.

Em tais condições, dá-se provimento ao recurso, para deferir aos agravantes o benefício da assistência judiciária.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2045555-55.2013.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é agravante MUNICÍPIO DE SÃO PAULO, é agravado MINISTÉRIO PÚBLICO ESTADUAL.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 5ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 15617)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores FERMINO MAGNANI FILHO (Presidente), FRANCISCO BIANCO e NOGUEIRA DIEFENTHALER.

São Paulo, 19 de setembro de 2014.

FERMINO MAGNANI FILHO, Relator

Ementa: AÇÃO CIVIL PÚBLICA – Concessão de liminar – Admissibilidade – Dever de o Município assegurar moradia emergencial a cerca de 300 famílias ocupantes de imóvel particular, objeto de ação de reintegração de posse – Determinação de cadastro e inscrição em programas habitacionais – Arrimo constitucional do direito a moradia e assistência aos desamparados – Presença dos requisitos autorizadores para a concessão da medida extrema – Recurso não provido.

MULTA COMINATÓRIA – Legitimidade da imposição de astreintes à Fazenda Pública – Caráter de sanção da multa cominatória, cujo objetivo é desestimular a recalcitrância do devedor – Possibilidade, ainda, de fixação *ex officio* no curso da ação judicial – Precedentes jurisprudenciais.

Acesso ao Sumário

VOTO

Vistos.

Agravo de instrumento interposto pela Municipalidade de São Paulo contra r. decisão proferida pelo digno Juízo da 12ª Vara da Fazenda Pública da Capital (traslado de fls 51) – em ação civil pública ajuizada pelo Ministério Público Estadual – que, em essência, concedeu liminar para obrigar essa Prefeitura a prestar assistência e alojar emergencialmente as cerca de 300 famílias ocupantes de imóvel particular situado na Travessa Bochimanos, altura do nº 65, Jardim Magdalena, Subprefeitura do M'Boi Mirim, objeto de ação de reintegração de posse, bem como cadastrá-las e inscrevê-las em programas habitacionais de moradia.

Pedido de reforma sumariado na inconveniência da imposição dessa medida a parte agravante (fls 1/24).

Processamento sem liminar suspensiva (fls 118/119).

Não foram requisitadas informações ao digno Juízo *a quo*.

Agravo respondido (fls 125/144).

Manifestação da douta Procuradoria de Justiça pelo não provimento do recurso (fls 149/155).

É o relatório.

1- Ação civil ajuizada pelo Ministério Público Estadual contra o Município de São Paulo, com a finalidade de garantir moradia emergencial a cerca de 300 famílias ocupantes de gleba invadida à Travessa Bochimanos, altura do nº 65, Jardim Magdalena, Subprefeitura do M'Boi Mirim, objeto de ação de reintegração de posse. Pede-se mais, além do alojamento, sejam elas cadastradas em programas habitacionais, observadas a ordem e fila existentes.

O magistrado deferiu a liminar. Esta a decisão agravada.

Decisão que merece prevalecer.

2- O direto à moradia e a assistência aos desamparados tem arrimo no artigo 6º, *caput*, da Constituição Federal, o que afasta qualquer discussão acerca da inexistência do *fumus boni iuris.* E no campo do *periculum in mora*, vale a transcrição deste trecho da r. decisão agravada: *o cumprimento da liminar concedida pelo Juízo da 3ª Vara da Fazenda Pública para reintegrar os proprietários na supracitada área acarretará, por consequência, o desalojamento de centenas de pessoas que ficarão sem rumo, preambulando* (sic) *pelo centro da cidade, em estado de marginalização* (fls 51).

Enfim, a liminar ora guerreada não cria obrigação nova ao Munícipio, e nem sequer deveria surpreendê-lo, pois condiz com propostas eleitoreiras alardeadas com grande pompa, qualquer que seja a legenda do Poder. A

Acesso ao Sumário

promessa de moradia para todos foi um dos pilares da atual gestão municipal, e das anteriores, será das futuras, sempre. Não passa despercebida ao cidadão que tenha o mínimo de memória.

3- Uma cautela há de ser acrescentada pela Turma Julgadora. Refiro-me à imposição *ex officio* de multa cominatória à Prefeitura da Capital, para o caso de desobediência à liminar de pronto atendimento aos favelados.

É juridicamente possível a imposição de astreintes – ou multa cominatória – contra a Fazenda Pública, inclusive nas ações mandamentais.

As astreintes têm caráter de sanção, objetivo de desestimular a eventual recalcitrância do vencido. E o ordenamento jurídico não exime expressamente sua cominação a entes públicos, quer da Administração Direta ou Indireta. Consequência imediata do princípio constitucional da isonomia, é que todos respondam pela execução dos comandos judiciais. E muito especialmente o Estado, litigante teimoso, contumaz.

Aliás, elas podem mesmo ser cominadas de ofício pelo juiz. Este é o entendimento pacífico do Eg. Superior Tribunal de Justiça: REsp nº 201.378-SP, relator Ministro Fernando Gonçalves, j. 01/06/1999; REsp nº 451.109-RS, relator Ministro Fernando Gonçalves, j. 22/10/2002; Ag REsp nº 440.686-RS, relator Ministro Felix Fischer, j. 07/11/2001; AgA nº 476.719-RS, relator Ministro Paulo Medina, j. 13/05/2003.

Ainda sobre o cabimento de astreintes contra a Fazenda Pública, consultem-se na jurisprudência do Eg. Tribunal de Justiça de São Paulo os seguintes arestos: Agravo de Instrumento nº 209.502-5, 3ª Câmara de Direito Público, relator Desembargador Rui Stoco; Apelação Cível nº 194.969-5/1, 8ª Câmara de Direito Público, relator Desembargador Caetano Lagrasta. Todos estes Venerandos Acórdãos contêm referências a dezenas de outros.

Importante ressaltar, no que se refere ao valor da multa cominatória, é a sua compatibilização financeira co'a obrigação imposta ao poder público. Assim decidiu o Eg. Superior Tribunal de Justiça: *Ao contrário do Código de 39, a lei vigente não estabelece limitação para o valor da multa cominada na sentença, que tem o objetivo de induzir ao cumprimento da obrigação e não o de ressarcir. Nem se justifica tolerância com o devedor recalcitrante que, podendo fazê-lo, se abstém de cumprir a sentença* (REsp nº 141.559-RJ, 3ª Turma, relator Ministro Eduardo Ribeiro, j. 17/03/1998).

O Ministério Público, com modicidade, sugeriu o arbitramento de R$ 700,00 diários por família (item VI de fls 26). Não há abuso nisso.

Arbitradas as astreintes nesse valor, pontuo que a eficácia da decisão agravada não inibe a pronta execução da medida liminar de reintegração de posse. Qualquer demora nessa diligência somente penalizará o proprietário das terras invadidas – e o direito também constitucional de propriedade –, fazendo

Acesso ao Sumário

engrossar a turba invasora, de modo a tornar irreversível sua retomada.

Por meu voto, arbitrada de ofício a multa cominatória diária de R$ 700,00 (setecentos reais) por núcleo familiar, exigível a partir do primeiro dia seguinte ao término da execução da liminar de reintegração de posse, nego provimento ao agravo da Municipalidade Paulistana.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2158256-22.2014.8.26.0000, da Comarca de São Bernardo do Campo, em que é agravante FAZENDA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO, é agravada SIXTEC EQUIPAMENTOS INDUSTRIAIS LTDA..

ACORDAM, em 6ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 19050)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores REINALDO MILUZZI (Presidente), MARIA OLÍVIA ALVES e EVARISTO DOS SANTOS.

São Paulo, 20 de outubro de 2014.

REINALDO MILUZZI, Relator

Ementa: AGRAVO DE INSTRUMENTO – ICMS – Insurgência contra decisão que acolheu em parte a exceção de pré-executividade para afastar a incidência da Lei Estadual nº 13.918/2009 – Pretensão de reforma – Impossibilidade – Incidente de Inconstitucionalidade nº 0170909-61.2012.8.26.0000 parcialmente acolhido pelo Colendo Órgão Especial deste Eg. Tribunal – Compatibilidade da lei paulista com a CF, desde que a taxa de juros adotada (que na atualidade engloba a correção monetária), seja igual ou inferior à utilizada pela União para o mesmo fim – Recurso não provido.

Acesso ao Sumário

VOTO

RELATÓRIO

Trata-se de agravo de instrumento tirado contra a r. decisão reproduzida a

fls. 19/20 que, nos autos da execução fiscal movida pela FESP contra a agravada, acolheu parcialmente exceção de pré-executividade arguida pela executada, concedendo o prazo de 30 dias para que a exequente proceda ao aditamento das CDAs com adoção da Taxa Selic.

Sustenta a recorrente, em síntese, que a correção monetária é aplicável independente da mora ou da prática de qualquer ilícito pelo devedor, ao passo que os juros incidem apenas quando a obrigação é descumprida. Alega que o CTN não fixou a taxa de 1% como um teto a ser observado pelos Estados e Municípios, mas sim que seja este o percentual a ser aplicado, caso não haja lei dispondo de modo diverso. Argumenta que, dada a competência que lhe foi atribuída pelo art. 24 e §§ da Constituição Federal, o Estado de São Paulo editou uma lei dispondo de modo diverso. Aduz que não procede a alegação de que a aplicação da nova regra a fato gerador, anterior à sua vigência, viola o princípio da anterioridade, porquanto a norma em questão disciplina os juros moratórios, os quais não compõem a relação jurídico-tributária. Por fim, pede o reconhecimento da legalidade e constitucionalidade da aplicação da Lei nº 13.918/2009.

Recurso tempestivo e isento de preparo.

Intimada, a agravada apresentou contraminuta.

FUNDAMENTOS

De início, observo que há claro equívoco com relação ao nome da agravada constante da contraminuta, uma vez que figurou pessoa jurídica diversa da empresa Sixtec Equipamentos Industriais Ltda..

Não deve prosperar o recurso da FESP.

A r. decisão agravada está assim redigida:

"*Vistos.*

Como cediço, a denominada 'exceção de pré-executividade' se destina a argüir no bojo da execução a ocorrência das objeções processuais, as quais envolvem matéria de ordem pública.

Todavia, seu acolhimento depende de exposição de fatos que possam ser compreendidos de plano, sem maior produção probatória. Toda a matéria que demandar produção probatória, contudo, deve ser remetida para via ordinária dos embargos, com ampla instrução.

No caso dos autos, a matéria suscitada pela executada não depende de produção probatória, podendo ser analisada com as provas documentais acostadas.

Não há dúvida de que a competência da União e dos Estados é concorrente no que se refere à matéria tributária e financeira, nos termos do artigo 24, I, da CF.

Há, pois, possibilidade de o Estado membro legislar sobre o índice de correção monetária e de juros incidentes sobre os impostos de sua competência.

Acesso ao Sumário

Ocorre, no entanto, que a taxa criada pelo artigo 96, parágrafo 1º, da Lei n. 6.374/89, com a redação dada pela Lei n. 13.918/09, é superior à Taxa Selic utilizada pela União para o mesmo fim, o que não pode prevalecer, sob pena de afronta ao parágrafo 4º, do artigo 21, da CF.

Neste sentido é a decisão do C. STF no julgamento da ADI 442.

Deve, assim, ser reconhecido o excesso de execução, de modo a ser adotada a Taxa Selic para cálculo da correção monetária e dos juros de mora.

Relativamente ao início da contagem dos juros moratórios, tem-se como acertada a contagem a partir do fato gerador, já que ausente comprovação que tenha sido requerida a compensação por via administrativa.

Ressalte-se que o reconhecimento do excesso de execução não implica na nulidade da CDA ou da própria execução, sendo caso de emenda da inicial.

Ante o exposto, ***ACOLHO*** *parcialmente a exceção de pré-executividade, nos termos da fundamentação, concedendo o prazo de trinta dias para que a exequente proceda ao aditamento das CDAs com adoção da Taxa Selic.*

Em razão da sucumbência recíproca, cada parte arcará com os honorários advocatícios de seus respectivos patronos.

Int."

Por conseguinte, tal determinação está de acordo com o que foi decidido pelo Órgão Especial desta Colenda Corte, por ocasião do julgamento da Arguição de Inconstitucionalidade nº. 0170909-61.2012.8.26.0000, realizado em 27/02/2013, por meio de v. acórdão publicado em 26/03/2013, da lavra do Eminente Des. Paulo Dimas Mascaretti, assim ementado:

"*INCIDENTE DE INCONSTITUCIONALIDADE – Arts. 85 e 96 da Lei Estadual nº 6.374/89, com a redação dada pela Lei Estadual nº 13.918/09 – Nova sistemática de composição dos juros da mora para os tributos e multas estaduais (englobando a correção monetária) que estabeleceu taxa de 0,13% ao dia, podendo ser reduzida por ato do Secretário da Fazenda, resguardado o patamar mínimo da taxa SELIC – Juros moratórios e correção monetária dos créditos fiscais que são, desenganadamente, institutos de Direito Financeiro e/ou de Direito Tributário – Ambos os ramos do Direito que estão previstos em conjunto no art. 24, inciso I, da CF, em que se situa a competência concorrente da União, dos Estados e do DF – §§ 1º a 4º do referido preceito constitucional que trazem a disciplina normativa de correlação entre normas gerais e suplementares, pelos quais a União produz normas gerais sobre Direito Financeiro e Tributário, enquanto aos Estados e ao Distrito Federal compete suplementar, no âmbito do interesse local, aquelas normas – STF que, nessa linha, em oportunidades anteriores, firmou o entendimento de que os Estados-membros não podem fixar índices de correção monetária superiores aos fixados pela União para o mesmo fim (v. RE nº 183.907-4/SP e ADI nº 442) – CTN que, ao estabelecer normas gerais de Direito Tributário, com repercussão nas finanças*

Acesso ao Sumário

públicas, impõe o cômputo de juros de mora ao crédito não integralmente pago no vencimento, anotando a incidência da taxa de 1% ao mês, 'se a lei não dispuser de modo diverso' – Lei voltada à regulamentação de modo diverso da taxa de juros no âmbito dos tributos federais que, destarte, também se insere no plano das normas gerais de Direito Tributário/Financeiro, balizando, no particular, a atuação legislativa dos Estados e do DF – Padrão da taxa SELIC que veio a ser adotado para a recomposição dos créditos tributários da União a partir da edição da Lei nº 9.250/95, não podendo então ser extrapolado pelo legislador estadual – Taxa SELIC que, por sinal, já se presta a impedir que o contribuinte inadimplente possa ser beneficiado com vantagens na aplicação dos valores retidos em seu poder no mercado financeiro, bem como compensar o custo do dinheiro eventualmente captado pelo ente público para cumprir suas funções – Fixação originária de 0,13% ao dia que, de outro lado, contraria a razoabilidade e a proporcionalidade, a caracterizar abuso de natureza confiscatória, não podendo o Poder Público em sede de tributação agir imoderadamente – Possibilidade, contudo, de acolhimento parcial da arguição, para conferir interpretação conforme a Constituição, em consonância com o julgado precedente do Egrégio STF na ADI nº 442 – Legislação paulista questionada que pode ser considerada compatível com a CF, desde que a taxa de juros adotada (que na atualidade engloba a correção monetária), seja igual ou inferior à utilizada pela União para o mesmo fim – Tem lugar, portanto, a declaração de inconstitucionalidade da interpretação e aplicação que vêm sendo dada pelo Estado às normas em causa, sem alterá-las gramaticalmente, de modo que seu alcance valorativo fique adequado à Carta Magna (art. 24, inciso I e § 2º) – Procedência parcial da arguição."

É o que basta para a manutenção da r. decisão guerreada.

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

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2161427-84.2014.8.26.0000, da Comarca de Igarapava, em que é agravante FAZENDA DO ESTADO DE SÃO PAULO, é agravada LORRANE SEHARA.

ACORDAM, em 9ª 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 19.182)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores MOREIRA DE CARVALHO (Presidente sem voto), REBOUÇAS DE

Acesso ao Sumário

CARVALHO e DÉCIO NOTARANGELI.

São Paulo, 22 de outubro de 2014.

CARLOS EDUARDO PACHI, Relator

Ementa: AGRAVO DE INSTRUMENTO – Ação de obrigação de fazer – Fornecimento de "moradia" provisória por tempo indeterminando visando à realização de transplante pulmonar para portadora de Fibrose Fística (CID 10-E84.0) – Recurso tirado contra decisão que deferiu a tutela antecipatória – Possibilidade – Casuística a revelar a gravidade do estado clínico da paciente e a necessidade de residir a menos de duas horas da Instituição Hospitalar responsável pelo tratamento/transplante – Cabível a antecipação da tutela ante a presença dos requisitos do artigo 273 do Código de Processo Civil e o que dispõe o artigo 196 da Constituição Federal.

Recurso improvido.

VOTO

Vistos.

Trata-se de agravo de instrumento tirado contra a r. decisão copiada a fls. 09/11 que, em ação de obrigação de fazer, deferiu parcialmente a tutela antecipatória determinando à Agravante que proveja moradia à Agravada e seu cuidador, na cidade de São Paulo ou outra cidade próxima, observando-se a distância de no máximo duas horas entre o local da residência e o hospital onde se realizará a cirurgia, por prazo indeterminado, enquanto permanecer na fila de espera para a realização do transplante pulmonar de que necessita.

Sustenta, em apertada síntese, ausência do requisito da verossimilhança da alegação, além do que o pedido não está relacionado ao direito à saúde, mas à moradia, não sendo abrangido pelo artigo 196 da CF/88 (fls. 02/06).

Indeferido o efeito suspensivo pleiteado, foram dispensadas informações e manifestação da Agravada (fls. 64).

É o relatório.

Colhe-se do instrumento que a Agravada é portadora de Fibrose Fística (CID 10-E84), possuindo apenas 25% de sua capacidade respiratória total (fls. 13) necessitando urgentemente de transplante de pulmão conforme relatório médico e exames copiados a fls. 43/47.

A decisão hostilizada, como se vê a fls. 09/11, acolheu os argumentos da

inicial e concedeu parcialmente a tutela antecipada pretendida.

Dado a natureza do provimento jurisdicional que se busca com o presente recurso, inviável qualquer discussão acerca do mérito da causa, limitada à manutenção, ou não, da tutela antecipatória concedida.

Verifica-se que o MM. Juiz de Direito entendeu estarem presentes os requisitos da almejada tutela antecipada, deferindo-a pelas razões expostas na decisão agravada. Vale dizer, o Juízo *a quo* entendeu demonstrados os requisitos legais autorizadores da tutela antecipada, já que exige a norma do artigo 273 do CPC a *prova inequívoca da existência da verossimilhança da alegação.*

Como destaca Cândido R. Dinamarco: "*Ficam ao critério discricionário do juiz, que ele exercerá prudente e motivadamente em cada caso, a outorga da tutela antecipada total ou parcial...*" e mais adiante acrescenta que: "*A exigência de prova inequívoca significa que a mera aparência não basta e que a verossimilhança exigida é mais do que o fumus boni juris exigido para a cautelar*" ("A Reforma do Código de Processo Civil", págs. 141 e 143).

E como vem sendo decidido por esta Câmara:

"*Preambularmente, é preciso ressaltar que o deferimento ou não da tutela antecipada requerida é faculdade atribuída ao magistrado, prendendo-se ao seu prudente arbítrio e livre convencimento, dependendo a concessão de prova inequívoca e convencimento da verossimilhança da alegação e ainda dos requisitos elencados nos incisos I e II, do artigo 273, do Código de Processo Civil.*

[...]

Nesse sentido, já decidiu este Egrégio Tribunal de Justiça:

'*Desaconselhável bulir nas decisões de primeiro grau de jurisdição que concedam ou neguem a antecipação da tutela, salvo quando ilegais, irregulares, teratológicas ou eivadas de nulidade insanável. Caso contrário, não é prudente que a jurisdição de segundo grau se imiscua no entendimento do Juízo Monocrático, especialmente quando o desfecho a ser dado ao pleito de tutela antecipada está ligado por modo indisfarçável e previsto em lei a influições de ordem subjetiva, na medida em que a concessão depende da verificação de dois fatores inafastáveis, a saber: a existência da prova inequívoca e o convencimento da verossimilhança da alegação (art. 273 do Código de Processo Civil), além da ocorrência dos demais requisitos previstos nos incisos e parágrafos desse dispositivo da lei formal*'.

'*É óbvio que se o Juiz, por mercê dos elementos de convicção que objetivamente lhe sejam presentes, além da valoração personalíssima que forçosamente o incline a entender verossímil o pedido, concluir ser o caso de antecipar a tutela jurisdicional, ele o fará; se não, não*'.

'*Sendo assim, parece desaconselhável que a segunda instância, exceto nas hipóteses especiais já acenadas, esteja a rever o deferimento ou indeferimento antecipatório da tutela, o que decerto poderá turbar o julgamento*

final da causa, graças à perplexidade que provavelmente resultará da decisão que, em sede de agravo, infirme o desfecho positivo ou negativo a que chegou o Juiz Monocrático, a quem caberá sentenciar o feito' *(agravo de instrumento nº 104.781.4/6-SP, rel. Ricardo Brancato).*" (AI nº 0168811-06.2012.8.26.0000, Relator Rebouças de Carvalho, j. 19.09.2012, v.u.).

Consoante o exame de todo o processado, verifica-se que a decisão atacada não se mostra ilegal ou tirada com abuso de poder e se insere no exercício do livre convencimento do Magistrado, insuscetível de substituição em Segundo Grau.

Aliás, é forçoso reconhecer que Juízo *a quo*, sensível ao dramático quadro social observado no caso em tela, divisou o concurso dos requisitos autorizadores da medida, sobretudo da concreta ameaça de dano irreparável à Agravada caso a medida não fosse deferida a tempo, uma vez que o transplante só é realizado em pessoas que residam a menos de duas horas da instituição hospitalar.

E, sem dúvida alguma, o risco de dano irreparável é iminente, uma vez que a proximidade da Autora ao local em que se dará o transplante é condição indispensável à realização da cirurgia (fls. 43).

De fato, o pleito tem guarida no art. 196 da Carta Constitucional, não subsistindo as alegações em contrário apresentadas pela Fazenda Estadual, até porque o pedido se insere nas responsabilidades das pessoas jurídicas de direito público interno.

Na verdade, o pedido de moradia não é isolado e está intimamente ligado ao quadro de saúde da agravada e seu deferimento possibilitará o pleno atendimento do problema que apresenta e sua solução.

De resto, remanesce a discussão de mérito, que deverá ser apreciada quando do julgamento em Primeiro Grau, da ação principal.

Assim, só à luz do contraditório e com os argumentos deduzidos pelas partes, é que a matéria será analisada de forma apropriada.

Ante o exposto, **NEGO PROVIMENTO** ao agravo de instrumento.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2122165-30.2014.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é agravante FAZENDA DO ESTADO DE SÃO PAULO, é agravado LUCIANO SANTOS FILHO.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 12ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão:

"Negaram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 18.871)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores EDSON FERREIRA (Presidente) e J. M. RIBEIRO DE PAULA.

São Paulo, 15 de outubro de 2014.

VENICIO SALLES, Relator

Ementa: Agravo de Instrumento – condenação da Fazenda Estadual por litigância de má-fé – retardamento injustificado do andamento do feito de execução de sentença – demora quanto a comprovação do cumprimento da obrigação e em prestar esclarecimento sobre memória de cálculo – multa de 1% e indenização de 10% do valor da causa em favor do exequente – decisão confirmada.

Recurso improvido.

VOTO

1. Cuida-se de agravo de instrumento tirado contra a r. decisão copiada a fls. 199 destes autos digitais, pela qual o juízo de primeiro grau, nos autos de execução de sentença em favor de servidor público, aplicou multa de 1% do valor da causa e condenou a Fazenda Estadual a indenizar o exequente em 10% do valor da causa, em virtude do cometimento de litigância de má-fé caracterizada pelo retardamento injustificado do andamento do feito. A executada opôs embargos declaratórios, mas o juiz singular os rejeitou (fls. 207).

O recurso comporta julgamento antecipado, independente de ulteriores providências, visto que não provocará gravame à parte contrária.

É o relatório.

2. O agravo não merece guarida.

A Fazenda Pública, indubitavelmente, deixou de atender à determinação do juízo da origem quanto a prestar esclarecimentos sobre memória de cálculo e documentos pertinentes à comprovação do cumprimento da obrigação, sobre o que pendia dissídio por parte do exequente.

A devedora foi intimada a cumprir a obrigação no prazo de 30 dias em 01/10/2012 (fls. 159) e a comprovar o integral cumprimento da obrigação em 28/02/2013 (fls. 161).

A devedora juntou documentos alegadamente comprobatórios do adimplemento em 08/03/2013 (fls. 164).

Entretanto, o exequente discordou dos valores lançados pela devedora,

Acesso ao Sumário

reclamando de drástica redução no valor da parcela mensal da verba em questão, a sexta-parte, que baixou de R$ 657,79 para apenas R$ 176,01. Além disso, apontou para a deficiência de comprovação quanto ao cumprimento da obrigação (fls. 174/175).

O juízo determinou que a exequente apresentasse esclarecimentos em 12/08/2013 (fls. 176).

A Fazenda Estadual requereu, então, dilação de prazo para o atendimento da ordem não inferior a 60 dias (fls. 180).

Esse prazo se esgotou e em 12/11/2013 o juiz singular intimou novamente a devedora a atender o requerido pelo exequente (fls. 181).

Outra dilação de prazo, também de 60 dias, foi postulada (fls. 184) e deferida.

Em 18/03/2014, o exequente, em razão da espera, manifestou sua insatisfação e requereu que a questão fosse solucionada em um prazo de 10 dias (fls. 196/197).

Diante da inércia da devedora, o juízo houve, então, por aplicar a multa de 1% do valor da causa e condenar a Fazenda do Estado no pagamento de indenização, em favor do exequente, equivalente a 10% do valor da causa, nos termos do art. 18, § 2º, do CPC, em virtude da convicção de que o comportamento da agravante, ao retardar de modo injustificado o andamento do feito, era característico de má-fé, consoante art. 17, IV, do CPC.

A r. decisão não merece censura.

A devedora não apresentara cópias de demonstrativos de pagamento pertinentes à perfeita e completa apuração do cumprimento da obrigação, nem prestou esclarecimentos sobre a memória de cálculo.

A Fazenda Pública alega que a ausência de prejuízo para a parte contrária afasta a litigância de má-fé.

Contudo, resta evidente o prejuízo do exequente, patenteado pelas constantes reclamações no curso da execução quanto a demora na solução da contenda por inércia da devedora.

A Fazenda, ao invés de promover o deslinde do litígio, mesmo depois da r. decisão ora guerreada, emitida em 14/05/2014, protelou a solução da contenda com a oposição de embargos de declaração, os quais o juízo monocrático rejeitou de pronto em 27/06/2014 (fls. 207), buscando não corrigir eventual omissão, mas, sim, modificar o decidido.

Quanto ao argumento de a Procuradoria da Fazenda enfrentar dificuldade relacionada à falta de pessoal suficiente para o atendimento da demanda, cumpre salientar que o juízo não desprezou essa provável situação, mas ponderou, acertadamente, que essa condição não teria o condão de elidir a responsabilidade

pelo prejuízo causado ao exequente, que amarga desde outubro de 2012 a espera pela execução do crédito que lhe foi reconhecido em decisão judicial.

Destarte, a r. decisão é de ser confirmada.

3. Assim, pelos motivos expendidos, nega-se provimento ao recurso.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2140490-53.2014.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é agravante OPERADORA E AGÊNCIA DE VIAGENS CVC TUR LTDA., é agravada FUNDAÇÃO DE PROTEÇÃO E DEFESA DO CONSUMIDOR – PROCON – DA CIDADE DE SÃO PAULO/SP.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 8ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto da relatora, que integra este acórdão. **(Voto nº 17172)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores JOÃO CARLOS GARCIA (Presidente sem voto), PAULO DIMAS MASCARETTI e JARBAS GOMES.

São Paulo, 28 de outubro de 2014.

CRISTINA COTROFE, Relatora

Ementa: AGRAVO DE INSTRUMENTO – TUTELA ANTECIPADA – Desconstituição do auto de infração imposto pelo Procon – Tutela antecipada indeferida – Admissibilidade – Necessidade de dilação probatória – Inexistência de prova inequívoca do direito pleiteado – Presunção da legitimidade do processo administrativo. Recurso desprovido.

VOTO

Trata-se de agravo de instrumento interposto pela ***Operadora e Agência de Viagens CVC Tur Ltda.*** contra a respeitável decisão de fls. 12, que, nos autos da ação ordinária proposta em face da ***Fundação de Proteção e Defesa do Consumidor de São Paulo – Procon/SP***, indeferiu a tutela antecipada que visava à suspensão da exigibilidade do Auto de Infração nº 5475, Série D7.

A agravante sustenta, em síntese, que não praticou qualquer ato que pudesse justificar a multa em questão. Aduz que os artigos 39, 51, inciso I, 54,

parágrafos 3º e 4º são norteamentos básicos da legislação consumerista, que não trazem qualquer obrigação expressa sobre o que deve constar no contrato. Afirma, ainda, que as infrações aos artigos 30, 37, parágrafo 1º e artigo 48 do Código do Consumidor tratam-se de casos isolados em que o cumprimento da oferta depende de outros fornecedores.

Regularmente processado o recurso, sem outorga do efeito suspensivo, foram dispensadas informações do MM. Juízo *a quo*.

Intimada, a agravada apresentou contraminuta.

É o relatório.

O recurso não comporta provimento.

O deferimento da antecipação dos efeitos da tutela, de acordo com o artigo 273, do Código de Processo Civil, está condicionado à demonstração da verossimilhança das alegações (*fumus boni juris*) e do fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação (*periculum in mora*).

Ademais, a concessão da medida constitui faculdade atribuída ao Magistrado, prendendo-se ao seu prudente arbítrio e livre convencimento, dependendo o deferimento da relevância do fundamento do pedido e do risco da ineficácia da medida, na hipótese de se aguardar a providência final. Tendo em vista que tal juízo está intimamente ligado à apreciação do conjunto probatório até então produzido, submete-se ao princípio do livre convencimento racional.

Tratando das decisões que antecipam os efeitos da tutela, já se decidiu que:

> "*Ressalta-se desaconselhável modificar as decisões de primeiro grau de jurisdição que concedem ou neguem antecipação da tutela, salvo quando ilegais, irregulares, teratológicas ou eivadas de nulidade insanável, o que não é o caso dos autos, cabendo, ao Juiz de primeira instância, por mercê dos elementos de convicção que objetivamente lhe sejam presentes, além da valoração personalíssima que forçosamente o incline a entender verossímil o pedido, concluir ser o caso de antecipar a tutela jurisdicional ou não*".[1]

Acesso ao Sumário

No caso em comento, conquanto relevantes os fundamentos alinhavados pela agravante, não se entrevê qualquer ilegalidade ou abuso que possa macular a decisão atacada.

Extrai-se dos autos que a recorrente foi autuada por seis infrações ao Código do Consumidor, quais sejam, redigir cláusulas contratuais de prestação de serviços com letras diminutas e de difícil leitura (artigo 54, § 3º), eximir-se de qualquer responsabilidade quanto aos serviços turísticos de terceiros contratos através dele (artigo 51, I), deixar de redigir cláusula limitante de direito do consumidor com destaque para fácil e imediata compreensão (artigo 54, § 4º),

1 TJSP, Ag. Inst. n. 525.901-4/5-00, rel. Des. JUSTINO MAGNO ARAÚJO.

cobrar multa contratual indevida (artigo 39, *caput*), omitir dado essencial de promoção em material publicitário (artigo 37, § 1º) e descumprir oferta (art. 30, *caput*).

Com efeito, através da documentação juntada com a inicial do agravo, não se verifica a existência da verossimilhança nas alegações, razão pela qual, sob o prisma do artigo 273 do Código de Processo Civil, a tutela não deve ser concedida.

Isto porque, não há quaisquer elementos concretos que possam afastar a legitimidade e legalidade do auto de infração impugnado, mostrando-se necessária a dilação probatória, a qual é inoportuna nesse momento processual, por não condizer com o estreito ambiente de cognição do presente incidente processual.

Tampouco, verifica-se ofensa aos princípios do contraditório e da ampla defesa que pudesse culminar na nulidade do processo administrativo instaurada para a apuração das infrações.

No mais, cumpre assinalar que maiores digressões sobre o aventado direito da agravante nesta fase recursal não são convenientes, visto que decerto causará interferência no exame de mérito da ação proposta, podendo ser interpretado como antecipação do julgamento.

Assim, ao menos em sede de análise perfunctória dos elementos constantes destes autos, não se verifica que o indeferimento da tutela antecipada tenha consubstanciado uma decisão ilegal, irregular, teratológica ou eivada de nulidade insanável, motivo pelo qual deve ser mantida.

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).

Ante o exposto, pelo meu voto, ***nega-se provimento*** ao recurso.

Acesso ao Sumário

Apelações

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0013784-

42.2009.8.26.0224, da Comarca de Guarulhos, em que é apelante FAZENDA DO ESTADO DE SÃO PAULO, é apelado ALMIR CARDOSO DOS SANTOS (ME).

ACORDAM, em 3ª 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 29367)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores ANTONIO CARLOS MALHEIROS (Presidente sem voto), MARREY UINT e CAMARGO PEREIRA.

São Paulo, 19 de agosto de 2014.

JOSÉ LUIZ GAVIÃO DE ALMEIDA, Relator

Ementa: Ação anulatória de débito tributário – É preciso que se deem às leis que temos interpretação no sentido de que elas servem à população em geral, não a certos espertalhões que buscam garantir-se em entendimentos de proteção a irregularidades – Não é possível continuar a proteger quem procura fazer o incorreto e lesar terceiro ou toda a população, mesmo que por via do Estado – A fiscalização, através de levantamento fiscal, apurou diferença decorrente de operações de saída de mercadorias tributadas, com base nos valores de receitas informadas pelas administradoras de cartões de crédito – A presunção de legitimidade e legalidade do ato administrativo, conforme arts. 1º e 37 da CF e art. 334, IV do CPC, por outro lado, garantem a manutenção do ato que se quer invalidar – Recurso provido.

Acesso ao Sumário

VOTO

Trata-se de ação ajuizada por **Almir Cardoso dos Santos – ME** contra **Fazenda do Estado de São Paulo**. Diz a inicial que deve ser anulada multa imposta através de auto de imposição e infração que constatou divergências entre as operações representativas de fatos geradores de ICMS não recolhido realizados junto à Administração de Cartões de Crédito e as declarações do contribuinte ao Fisco. Sustenta serem as provas insuficientes e que deixou pequenos comércios vizinhos utilizarem suas máquinas de débito e crédito.

Citada, a requerida contestou (fls. 86).

Réplica a fls. 190.

A ação foi julgada procedente (fls. 202) pelo Juiz *José Roberto Leme Alves de Oliveira*.

Insatisfeita, apela a Fazenda do Estado de São Paulo.

Recurso tempestivo e contrariado a fls. 224.

É o relatório.

Trata-se de apelação contra decisão que julgou procedente o pedido, declarando nulo o auto de infração e imposição da multa mencionada na inicial. Arbitrou honorários em R$ 1.500,00.

Houve recurso administrativo, mas mantida a validade de legalidade do auto de infração e imposição de multa. O douto juízo administrativo julgou procedente a AIIM tanto em primeira quanto segunda instância. Irresignada com a decisão apresentou ação anulatória de crédito tributário, a qual versam esses autos.

Para o presente caso, importante ressaltar julgado do E. STF:

> SIGILO DE DADOS – AFASTAMENTO. Conforme disposto no inciso XII do artigo 5º da Constituição Federal, a regra é a privacidade quanto à correspondência, às comunicações telegráficas, aos dados e às comunicações, ficando a exceção a quebra do sigilo submetida ao crivo de órgão equidistante o Judiciário e, mesmo assim, para efeito de investigação criminal ou instrução processual penal.
>
> SIGILO DE DADOS BANCÁRIOS – RECEITA FEDERAL. Conflita com a Carta da República norma legal atribuindo à Receita Federal parte na relação jurídico-tributária o afastamento do sigilo de dados relativos ao contribuinte. (RE 389808, Relator: Min. MARCO AURÉLIO, Tribunal Pleno, julgado em 15/12/2010, DJe-086 DIVULG 09-05-2011 PUBLIC 10-05-2011 EMENT VOL-02518-01 PP-00218)

O entendimento do Supremo Tribunal Federal, inclusive por seu plenário, parece ser dominante no sentido da impossibilidade de utilização pela Receita de dados do contribuinte nas instituições bancárias, os quais se assemelham a dados das administradoras de cartões de crédito que, embora não sejam instituições financeiras, a estas correspondem no tocante aos registros de débitos e créditos.

Com todo respeito ao entendimento acima esposado, não se pode entender irregular a atuação do fisco paulista, ora combatida.

Primeiro porque os dados constantes nos cartões de crédito são comerciais e, portanto, abertos.

O dispositivo constitucional citado garante, em primeiro lugar, direitos das pessoas físicas não das jurídicas. A esse entendimento leva, de início, o *caput* do artigo que fala em proteção a brasileiros e estrangeiros residentes no país. Residência é conceito ligado à pessoa física, não jurídica. As pessoas

Acesso ao Sumário

jurídicas podem ter domicílio, mas não têm residência.

Depois, basta uma leitura nos direitos elencados pelo dispositivo para verificar que o alvo de proteção foi o homem, não a pessoa moral, que, quando citada, é meio de proteção do cidadão, não objeto de proteção em si mesma.

Ainda assim não fosse, quando o legislador fala em proteção de dados quer garantir o sigilo de informações que possam constranger ou por em risco a pessoa física. É forma de garantir a privacidade de quem não quer se expor. De garantir a segurança de quem, sendo identificado por situação que lhe é peculiar, corra risco.

Garante-se proteção de silencia tanto ao verdadeiro nome do artista como ao tamanho da fortuna do empresário; tanto ao endereço do jogador de futebol quanto à idade da mulher que, posto vaidosa, queira esconder a sua idade.

Mas não é possível proteger com sigilo aquilo que demanda divulgação. A fotografia e as características do assassino que se quer prender são passíveis de propagação, por mais que tenha ele interesse em escondê-las. O mesmo se pode dizer da situação financeira do falido.

Não pode ter tratamento diverso, máxime para o fisco, os dados referentes à movimentação comercial realizada por um estabelecimento comercial, pela via de cartões de crédito. Primeiro porque está esse estabelecimento obrigado a informar essa movimentação ao fisco. Se não o faz espontaneamente, a descoberta dessa movimentação por via diversa não pode ser considerada irregular.

Depois, essa transação comercial é pública, tanto que divulgada entre o comerciante, a empresa portadora do cartão, o consumidor e, em geral, outra empresa que faz a formalização da relação jurídica. Além do fisco que deve ser cientificado, ao menos do valor das transações efetivadas.

É preciso que se deem às leis que temos interpretação no sentido de que elas servem à população em geral, não a certos espertalhões que buscam garantir-se em entendimentos garantidores de proteção a irregularidades. Não é possível continuar a proteger quem procura fazer o incorreto e lesar terceiro ou toda a população, mesmo que por via do Estado.

Acesso ao Sumário

O débito foi apurado por meio de levantamento fiscal realizado com fundamento no artigo 509 do RICMS/00, embasado nas informações prestadas pelas operadoras de cartões de crédito e débito:

> "Artigo 509 – O movimento real tributável realizado pelo estabelecimento em determinado período poderá ser apurado por meio de levantamento fiscal, em que deverão ser considerados os valores das mercadorias entradas, das mercadorias saídas, dos estoques inicial e final, dos serviços recebidos e dos prestados, das despesas, dos outros encargos, do lucro do estabelecimento e de outros elementos informativos (Lei 6.374/89, art. 74).

§ 1º – No levantamento fiscal poderá ser utilizado qualquer meio indiciário, bem como aplicado coeficiente médio de lucro bruto, de valor acrescido ou de preço unitário, consideradas a atividade econômica, a localização e a categoria do estabelecimento.

§ 2º – O levantamento fiscal poderá ser renovado sempre que forem apurados dados não levados em conta quando de sua elaboração.

§ 3º – A diferença apurada por meio de levantamento fiscal será considerada como decorrente de operação ou prestação tributada.

§ 4º – O imposto devido sobre a diferença apurada em levantamento fiscal será calculado mediante aplicação da maior alíquota vigente no período a que se referir o levantamento".

A fiscalização, através de levantamento fiscal, apurou diferença decorrente de operações de saída de mercadorias tributadas, com base nos valores de receitas informadas pelas administradoras de cartões de crédito.

Tal diferença se deu pela existência de venda não contabilizada de mercadorias, o que levou a fiscalização a presumir que houve saída de mercadorias sem documentação fiscal, sobre as quais o imposto não foi recolhido.

Se levam à presunção de que se tratam de operações realizadas, compete ao contribuinte afastar tal presunção provando que as operações questionadas não existiram.

O artigo 509, parágrafo 3º, do Regulamento do ICMS estabelece que as diferenças apuradas por meio de levantamento fiscal serão consideradas como decorrentes de operações tributadas. Portanto, observou o lançamento o artigo 142 do CTN.

Não havendo decreto de inconstitucionalidade da Lei Estadual 12.186/2006, não se pode considerar a atuação do fisco como ilegal ou irregular.

A presunção de legitimidade e legalidade do ato administrativo, conforme arts. 1º e 37 da CF e art. 334, IV do CPC, por outro lado, garantem a manutenção do ato que se quer invalidar.

Dessarte dá-se provimento ao recurso.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 1004781-35.2013.8.26.0053, da Comarca de São Paulo, em que é apelante OMAR CAMPOS JUNIOR, são apelados DIRETOR EXECUTIVO DO DEPARTAMENTO DO SISTEMA VIÁRIO (DSV), DELEGADO DIRETOR EXECUTIVO DO DEPARTAMENTO ESTADUAL DE TRÂNSITO DE SÃO PAULO – DETRAN/SP e PREFEITURA MUNICIPAL 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 20.589)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores LUCIANA BRESCIANI (Presidente) e CARLOS VIOLANTE.

São Paulo, 8 de setembro de 2014.

JOSÉ LUIZ GERMANO, Relator

Ementa: APELAÇÃO. MANDADO DE SEGURANÇA. MULTA DE TRÂNSITO.

Alegação de irregularidade do auto de infração por ausência de informação sobre a cor do veículo. Desnecessidade. Requisito não previsto como indispensável no art. 280, III do Código de Trânsito Brasileiro para fins de lavratura do auto. Ato administrativo que goza de presunção de legitimidade e veracidade. Demais informações corretamente descritas. Sentença mantida.

RECURSO DE APELAÇÃO NÃO PROVIDO.

VOTO

Trata-se de recurso de apelação interposto por Omar Campos Junior contra a sentença de fls. 77/81, posteriormente integrada pela decisão (fls. 95/96) que rejeitou os embargos de declaração, cujo relatório se adota, que, nos autos do mandado de segurança impetrado em face de ato praticado pelo Diretor do Departamento de Operação do Sistema Viário – DSV e outro, julgou improcedente a ação, denegando a ordem pleiteada.

Inconformado, recorre o impetrante (fls. 101/104) pugnando pela reforma do decisório, alegando, em síntese, que do auto de infração de trânsito de fls. 63 não constam as principais características do veículo tido como infrator, devendo ser considerado nulo.

Acesso ao Sumário

O recurso de apelação foi recebido nos efeitos regulares e devidamente processado (fls. 106).

As contrarrazões foram apresentadas às fls. 108/110.

A D. Procuradoria deixou de oferecer parecer (fl. 116).

As partes foram intimadas acerca de eventual oposição ao julgamento virtual e se quedaram inertes (fls. 118 e 120).

É o relatório.

O recurso de apelação não deve ser provido.

A questão deve ser analisada sob a ótica do artigo 280 do CTB que trata da lavratura do auto de infração e os requisitos necessários à sua elaboração, bem como pela Portaria DENATRAN nº 59/07, estabelecendo os campos indispensáveis e facultativos de informações que deverão constar do Auto de Infração para fins de uniformização em todo o território nacional.

Pois bem. Dispõe o artigo 280 do CTB:

Art. 280. Ocorrendo infração prevista na legislação de trânsito, lavrar-se-á auto de infração, do qual constará:

I – tipificação da infração;

II – local, data e hora do cometimento da infração;

III – caracteres da placa de identificação do veículo, sua marca e espécie, e outros elementos julgados necessários à sua identificação;

IV – o prontuário do condutor, sempre que possível;

V – identificação do órgão ou entidade e da autoridade ou agente autuador ou equipamento que comprovar a infração;

VI – assinatura do infrator, sempre que possível, valendo esta como notificação do cometimento da infração.

§ 1º (VETADO)

§ 2º A infração deverá ser comprovada por declaração da autoridade ou do agente da autoridade de trânsito, por aparelho eletrônico ou por equipamento audiovisual, reações químicas ou qualquer outro meio tecnologicamente disponível, previamente regulamentado pelo CONTRAN.

§ 3º Não sendo possível a autuação em flagrante, o agente de trânsito relatará o fato à autoridade no próprio auto de infração, informando os dados a respeito do veículo, além dos constantes nos incisos I, II e III, para o procedimento previsto no artigo seguinte. (grifos nossos)

Da mesma forma, dispõe os anexos I e II da referida Portaria:

"ANEXO I

CAMPOS DO AUTO DE INFRAÇÃO

ANEXO II

PREENCHIMENTO DOS CAMPOS DO AUTO DE INFRAÇÃO

BLOCO 2 – IDENTIFICAÇÃO DO VEÍCULO

CAMPO 1 – 'PLACA'

Campo obrigatório.

CAMPO 2 – 'MARCA'

Campo obrigatório.

CAMPO 3 – 'ESPÉCIE'

Campo obrigatório.

Acesso ao Sumário

CAMPO 4 – 'PAÍS'

Campo facultativo."

Depreende-se das normas em comento que não há qualquer previsão compelindo o administrador a especificar a cor do veículo para fins de lavratura do auto de infração.

E tal ausência legal é lógica: a cor do veículo para fins de autuação não é essencial, tanto assim que as fotos obtidas de radares espalhados pelo país não são coloridas. Não obstante, as multas lavradas com auxílio desses aparelhos são plenamente válidas.

Destarte, não há que se falar em irregularidade formal do Auto de Infração por ausência de denominação da cor do veículo, uma vez que tal requisito não se encontra previsto no rol do art. 280 do Código de Trânsito Brasileiro ("CTB"), bem como dos anexos da Portaria DENATRAN nº 59/07.

E, como se sabe, a administração pública se pauta pelo princípio da legalidade estrita, isto é, submete-se sempre à lei e só age quando e como ela autoriza. E a lei, mais especificamente o inciso III do art. 280 do CTB apenas elenca como caracteres essenciais a placa de identificação do veículo, sua marca e espécie, sendo que os "outros elementos julgados necessários à sua identificação" ficam a critério da administração, de forma discricionária e conforme conveniência e oportunidade.

No caso concreto, a notificação de penalidade de multa de fl. 10 já comprova que o auto de infração foi corretamente descrito, uma vez que identificou a placa, a marca do veículo e a espécie, cumprindo estritamente o que a lei determinava.

Não se pode olvidar, também, que o auto de infração goza de presunção de legitimidade e veracidade conferida a todos os atos administrativos, sendo que o autor não logrou êxito em sua empreitada de elidi-lo, apenas afirmando sem qualquer comprovação de que "*tem certeza que sinalizou com seta de luz quando passou pelo lugar*" ou de que "*se algum agente de trânsito havia naquela via ele estava escondido (...)*" (fl. 3). Trata-se de mera irresignação sem qualquer fundamentação mínima.

Acesso ao Sumário

Conclui-se, então, que o auto de infração foi corretamente lavrado, ausente de qualquer irregularidade formal.

A jurisprudência deste E. Tribunal Bandeirante tem seguindo o mesmo entendimento:

MULTA DE TRÂNSITO – Mandado de Segurança – Anulação de multas de trânsito – Sentença de improcedência – Apelo do impetrante – Alegação de irregularidade do ato ante a ausência de informação sobre a cor do veículo, bem como se a omissão do uso de cinto de segurança foi cometida pelo motorista ou passageiro – Descabimento

– Característica que não é expressamente exigida para a autuação (art. 280, III do CTB) – Demais elementos corretamente anotados e suficientes para caracterizar o veículo – Desnecessidade de diferenciação entre motorista e passageiro quanto à falta de uso do cinto de segurança – Apelo desprovido. (Apelação Cível nº 9193061-86.2008.8.26.0000, Rel. João Carlos Garcia, 8ª Câmara, j. 13.06.2012)

APELAÇÃO. Cobrança. Multas de trânsito. Autos de infração corretamente lavrados. Desnecessidade de abordagem do condutor no momento da infração se não for possível. Irrelevância da ausência de indicação da cor do veículo no auto de infração. Alegação de que a ré não possui carteira de habilitação irrelevante. Correção monetária sobre o valor das multas devida. Mera atualização do valor da moeda. Aplicação dos arts. 280, III, VI e § 3º; 282, § 3º e 284, parágrafo único, do Código Brasileiro de Trânsito. Recurso do autor provido. Negado provimento ao recurso da ré. (Apelação Cível nº 994.06.066561-4, Rel. Oswaldo Luiz Palu, 9ª Câmara, j. 09.06.2010)

Dessa maneira, de rigor a manutenção da sentença.

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.

Ante o exposto, é negado provimento ao recurso de apelação, mantendo-se a sentença por suas próprias e jurídicas razões.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0001241-69.2014.8.26.0664, da Comarca de Votuporanga, em que é apelante MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO, é apelado O JUÍZO.

ACORDAM, em 3ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 24.571)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores ANTONIO CARLOS MALHEIROS (Presidente) e CAMARGO PEREIRA.

São Paulo, 2 de setembro de 2014.

MARREY UINT, Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: Alvará judicial – Sentença que não autorizou

a realização laqueadura tubária – Requisitos do art. 10 da Lei 9.263/96 cumpridos – Inteligência dos artigos 196 e 226, § 7º da Constituição Federal – Sentença reformada – Recurso provido.

VOTO

Trata-se de alvará judicial requerido por Márcia Maria da Conceição, neste ato assistida pelo Ministério Público do Estado de São Paulo, para o fim de que o Serviço Público de Saúde possa efetuar a cirurgia de laqueadura tubária voluntária na Requerente, durante o parto de seu filho.

A r. sentença (fls. 14/15), prolatada pelo MM. Juiz de Direito Sergio Martins Barbatto Júnior, julgou extinto o feito sem julgamento de mérito, nos termos do art. 267, VI do CPC.

A Requerente, assistida pelo Ministério Público do Estado de São Paulo apelou da r. sentença (fls. 17/36), alegando, em síntese que a Requerente é mãe de dois filhos, desprovida de recursos financeiros, tomou conhecimento dos demais métodos contraceptivos e, concluiu de forma madura, que a laqueadura tubária junto à realização do parto de seu terceiro filho é o que lhe interessa. Para realização da cirurgia teve apoio de seu esposo. Requer, ao final, a preferência para o julgamento deste feito, tendo em vista o caráter de urgência.

A Procuradoria Geral de Justiça opinou pela procedência do pedido (fls. 43/46).

É o relatório.

A presente demanda versa sobre pedido de alvará judicial para que o serviço público realize cirurgia de laqueadura tubária voluntária na Apelante.

Da análise da petição inicial dos autos depreende-se que a Requerente possui 24 anos de idade, comprovou ser mãe de dois filhos menores e não tem condições financeiras, tampouco interesse de ter outros filhos.

A Apelante assinou Termo de Declarações (fls. 05) na qual declarou ter ciência de outros métodos contraceptivos, sendo de sua livre vontade submeter-se a esterilização cirúrgica, por meio da laqueadura tubária, mas não tem condições de arcar com os custos dessa cirurgia.

Acesso ao Sumário

Desta forma, observa-se que foram preenchidos todos os requisitos legais do artigo 10 da Lei Federal nº 9.263/96 que trata do Planejamento Familiar, que assim dispõe:

> Art. 10. Somente é permitida a esterilização voluntária nas seguintes situações: (Artigo vetado e mantido pelo Congresso Nacional – Mensagem nº 928, de 19.8.1997)
>
> I – em homens e mulheres com capacidade civil plena e maiores de vinte e cinco anos de idade ou, pelo menos, com dois filhos vivos, desde

que observado o prazo mínimo de sessenta dias entre a manifestação da vontade e o ato cirúrgico, período no qual será propiciado à pessoa interessada acesso a serviço de regulação da fecundidade, incluindo aconselhamento por equipe multidisciplinar, visando desencorajar a esterilização precoce;

II – risco à vida ou à saúde da mulher ou do futuro concepto, testemunhado em relatório escrito e assinado por dois médicos.

§ 1º É condição para que se realize a esterilização o registro de expressa manifestação da vontade em documento escrito e firmado, após a informação a respeito dos riscos da cirurgia, possíveis efeitos colaterais, dificuldades de sua reversão e opções de contracepção reversíveis existentes.

§ 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.

§ 3º Não será considerada a manifestação de vontade, na forma do § 1º, expressa durante ocorrência de alterações na capacidade de discernimento por influência de álcool, drogas, estados emocionais alterados ou incapacidade mental temporária ou permanente.

§ 4º A esterilização cirúrgica como método contraceptivo somente será executada através da laqueadura tubária, vasectomia ou de outro método cientificamente aceito, sendo vedada através da histerectomia e ooforectomia.

§ 5º Na vigência de sociedade conjugal, a esterilização depende do consentimento expresso de ambos os cônjuges.

§ 6º A esterilização cirúrgica em pessoas absolutamente incapazes somente poderá ocorrer mediante autorização judicial, regulamentada na forma da Lei.

Nos termos da referida legislação, o planejamento familiar é o conjunto de ações de atenção à mulher, ao homem ou ao casal, para regulação da fecundidade que garanta direitos iguais de constituição, limitação ou aumento da prole, dentro de uma visão de atendimento global e integral à saúde.

Acrescente-se, ainda, que, o artigo 226, *caput*, e § 7º, da Constituição Federal, estabelece que a família é a base da sociedade e tem especial proteção do Estado e o planejamento familiar fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável é de livre decisão do casal, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício desse direito, vedada qualquer forma coercitiva de instituições oficiais ou privadas.

Nesse sentido, é dever do Estado em sentido amplo promover o direito constitucional do indivíduo a ter pleno acesso aos meios que lhe proporcionem a saúde.

Neste ponto, já decidiu este Colendo Tribunal de Justiça:

Acesso ao Sumário

APELAÇÃO CÍVEL – Alvará judicial – Sentença que autorizou a Fazenda do Estado a realizar laqueadura tubária na autora – Requisitos do art. 10 da Lei 9.263/96 atingidos no decorrer do processo – Inteligência dos artigos 196 e 226, § 7º da Constituição Federal – Sentença mantida – Recurso desprovido. (Apelação n. 0000433-57.2013.8.26.0128. 7ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo. Relator: Eduardo Gouvêa. São Paulo, 24 de fevereiro de 2014)

APELAÇÃO EM ALVARÁ JUDICIAL – Pedido para realizar cirurgia de esterilização voluntária por meio da laqueadura tubária. Possibilidade. A família é a base da sociedade e tem especial proteção do Estado e o planejamento familiar fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável é de livre decisão do casal, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício desse direito. A autora preenche os requisitos legais da Lei Federal n.º 9.263/96 que trata do Planejamento Familiar. Inteligência do artigo 226, *caput*, e § 7º, da Constituição Federal. Dever constitucional do Estado, em seu sentido amplo, de fornecer o tratamento ou o medicamento indispensável à sobrevivência humana, conforme determina o art. 196 da Constituição Federal. Responsabilidade dos entes da federação. Necessidade de proteção do bem maior que é a vida. Precedentes deste E. Tribunal de Justiça e do STJ e STF. Recurso desprovido. (Apelação nº 0001244-17.2013.8.26.0128. 5ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo. RELATOR: MARCELO BERTHE. São Paulo, 10 de fevereiro de 2014.)

Acrescente-se que o artigo 196 da Constituição Federal assegura ser a saúde um direito de todos e dever do Estado, assim dispondo:

"A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação".

Assim, é notória a obrigação do Poder Público a proteção à saúde da Recorrente, sendo certo que a recusa por qualquer Ente da Federação em fornecer o necessário tratamento é uma afronta às normas e princípios constitucionais.

Acesso ao Sumário

Ademais, há que se ressaltar, ainda, que o Poder Judiciário não está, aqui, se investindo de co-gestor do orçamento do Poder Executivo. Está tão somente cumprindo com sua missão constitucional, ou seja, "*se o Estado não atingiu, ainda, o grau ético necessário a compreender essa questão, deve ser compelido pelo Poder Judiciário, guardião da Constituição, a fazê-lo. Não há, por outro lado, qualquer ofensa à discricionariedade administrativa*" (Ap. nº 564.314.5/5-00, 3ª Câmara de Direito Público, Rel. Desembargador Magalhães Coelho, J. 24.01.2007).

Finalmente, o parecer exarado pela Procuradoria Geral de Justiça (fls. 43/46) deve ser acolhido, nos mesmos moldes que lá fixados, ou seja, "provimento

ao recurso, quer no tocante ao deferimento da autorização pleiteada, para realização da pretendida laqueadura tubária durante o parto, ou, caso o parto já tenha ocorrido, pela autorização da realização de esterilização posterior, com fundamento no artigo 226, § 7º, da Constituição Federal".

Nessas circunstâncias, é de ser reformada a r. sentença recorrida, garantindo-se, assim, a realização da laqueadura tubária durante o parto, ou, caso o parto já tenha ocorrido, e ainda haja interesse na realização da esterilização, fica autorizada a sua realização posterior ao nascimento da criança.

Por derradeiro, considera-se prequestionada toda matéria infraconstitucional e constitucional, observando-se que é pacífico no STJ que, tratando-se de prequestionamento, é desnecessária a citação numérica dos dispositivos legais, bastando que a questão posta tenha sido decidida (EDROMS 18205/SP, Min. Felix Fischer, DJ 08.05.2006, p. 24).

Em face do exposto, dá-se provimento ao recurso para que seja realizada a cirurgia de laqueadura tubária na Autora nos moldes acima descritos.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0013845-19.2011.8.26.0292, da Comarca de Jacareí, em que é apelante NEIDE GOMES, é apelada FUNDAÇÃO PARA O VESTIBULAR DA UNESP – VUNESP.

ACORDAM, em 6ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento parcial ao recurso, nos termos que constarão do acórdão. V.U.", de conformidade com o voto da Relatora, que integra este acórdão. **(Voto nº 14.551)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores REINALDO MILUZZI (Presidente sem voto), EVARISTO DOS SANTOS e LEME DE CAMPOS.

São Paulo, 22 de setembro de 2014.

MARIA OLÍVIA ALVES, Relatora

Ementa: APELAÇÃO – Mandado de Segurança – Concurso Público – Candidata portadora de deficiência – Divulgação de lista especial em todas as fases do processo seletivo – Ordem denegada – Pretensão de reforma – Possibilidade, em parte – Portadores de deficiência que estão submetidos aos mesmos exames e critérios de avaliação dos

Acesso ao Sumário

demais candidatos, mas concorrem entre si às vagas reservadas – Impetrante que tem direito de ser classificada de acordo com a pontuação obtida pelos candidatos portadores de deficiência concorrentes – Ofensa a direito líquido e certo caracterizada – Precedentes – Ordem parcialmente concedida – Ônus de sucumbência divididos entre as partes – Apelação a que se dá parcial provimento.

VOTO

Trata-se ***de mandado de segurança*** impetrado por ***Neide Gomes*** contra ***Fundação para o Vestibular – Vunesp***, com o fim de obter a divulgação de lista especial de classificação para portadores de deficiência, em todas as fases do processo seletivo, que se inscreveu para concorrer ao cargo de executivo público.

Conforme sentença de fls. 237/240, a segurança foi denegada.

Inconformada, apela a impetrante e pugna pela inversão do julgamento. Insiste que a reserva de vagas aos portadores de necessidades especiais tem como objetivo possibilitar o seu ingresso no cargo público, resguardado o direito de competir em igualdade de condições com seus pares (fls. 249/255).

Foram apresentadas as contrarrazões (fls. 308/320).

O i. representante do Ministério Público opinou no sentido de ser negado provimento ao presente recurso (fls. 340/342).

É o relatório.

Presentes os pressupostos de admissibilidade, conheço do recurso e lhe dou parcial provimento.

A impetrante se inscreveu no concurso para provimento do cargo de executivo público, promovido pela autoridade impetrada, e ajuizou este mandado de segurança sob a alegação de que foi violado seu direito líquido e certo de ser classificada em lista especial, na condição de pessoa com deficiência, em todas as fases do certame.

Acesso ao Sumário

A seu turno, a autoridade impetrada afirma que as disposições editalícias estão de acordo com o que dispõem as Leis Complementares Estaduais nº 683/92 e nº 932/02 e que a impetrante foi desclassificada, por não obter a nota de corte exigida.

O i. magistrado *a quo* denegou a ordem, por entender que "*(...) não é exigível a existência de lista especial para portadores de deficiência em cada fase do concurso, mas apenas ao final do julgamento das provas e, além disso, o portador de deficiência disputa em igualdade de condições com os outros*

candidatos, não cabendo a sua convocação para a próxima fase se, apesar de conseguir pontuação mínima, não atinge a nota de corte, como foi o caso da impetrante".

Contudo, respeitado seu posicionamento, a r. sentença merece reforma.

Segundo consta, o referido concurso foi composto por três fases: prova objetiva, prova de redação e avaliação de títulos. Para ter a prova de redação corrigida, o edital exigia que o candidato atingisse o mínimo de 40 (quarenta) pontos, limitada a classificação a 10 (dez) vezes o número de vagas previstas, considerados aqueles que ficassem empatados na última colocação.

E conforme informado pela autoridade impetrada a fl. 140:

"*(...) o concurso em tela foi realizado de forma regionalizada, com o oferecimento de vagas por Diretorias de Ensino, conforme as necessidades pontuais de cada uma delas; a impetrante se inscreveu como portadora de deficiência na 39ª Diretoria de Ensino de Jacareí, para qual foram levadas a concurso 2 (duas) vagas; foram corrigidas as provas de redação dos candidatos com melhor desempenho na prova objetiva, limitado a 10 vezes o número de vagas determinadas por região, mais empatados na última colocação. Logo, para a 39ª Diretoria de Ensino de Jacareí, foram corrigidas as provas de redação dos 20 candidatos com as melhores notas na prova objetiva, mais empatados nessa classificação, cuja nota de corte foi de 44 pontos; a impetrante, em que pese ter sido habilitada na prova objetiva com 41 pontos, não teve sua prova de redação corrigida, e restou eliminada do certame, por não ter sido classificada dentre os 20 candidatos com as melhores notas, mais os empatados, na prova objetiva; (...)*"

Ou seja, a impetrante foi desclassificada do certame porque não atingiu a nota de corte do último colocado, mas levando-se em consideração o desempenho de todos os candidatos e não somente dos portadores de deficiência.

Assim sendo, da forma como foi elaborada, mostra-se ilegal a previsão editalícia que estabelece o critério de classificação e a realização da lista especial apenas após o julgamento das provas.

Com efeito, a Lei Complementar Estadual nº 683/92 estabelece que:

Artigo 1.º – O provimento de cargos e empregos públicos, nos órgãos e entidades da administração direta, indireta e fundacional, obedecido o princípio do concurso público de provas ou de provas e títulos, far-se-á com reserva do percentual de até 5% (cinco por cento) para pessoas portadoras de deficiência.

Artigo 2.º – Os portadores de deficiência participarão dos concursos públicos em igualdade de condições com os demais candidatos, no que respeita ao conteúdo e a avaliação das provas.

§ 1.º – Após o julgamento das provas, serão elaboradas duas listas, uma geral, com a relação de todos os candidatos aprovados, e uma

Acesso ao Sumário

especial, com a relação dos portadores de deficiência aprovados.

§ 2.º – As vagas, reservadas nos termos do artigo 1.º desta lei complementar, ficarão liberadas se não tiver ocorrido inscrição, no concurso, ou aprovação de candidatos portadores de deficiência.

§ 3.º – Na hipótese prevista no parágrafo anterior, será elaborada somente uma lista de classificação geral, prosseguindo o concurso nos seus ulteriores termos.

Como se verifica, a referida norma assegura a reserva de 5% (cinco por cento) das vagas às pessoas portadoras de deficiência, em consonância com o que prevê o artigo 37, VIII, da Constituição Federal.

Se as vagas são reservadas, por óbvio, somente concorrem a elas os candidatos portadores de deficiência.

Muito embora haja previsão expressa para que as listas geral e especial sejam elaboradas após o julgamento das provas, isso não significa que os candidatos deficientes devam concorrer com os demais, para efeitos de classificação e prosseguimento no certame.

A *igualdade de condições com os demais candidatos* de que trata o art. 2º do referido dispositivo legal, deve ser interpretada no sentido de que todos, deficientes ou não, serão submetidos ao mesmo exame, avaliados segundo os mesmos critérios.

Nesse sentido:

EMENTA

CONCURSO PÚBLICO – Reserva de vagas para portadores de deficiência – Concurso formado por quatro fases – Edital que contém disposição de divulgação de duas listas, uma geral e uma especial (para relacionar os deficientes), após a última fase – Ilegalidade LCE 683/92 – Afronta à norma constitucional que garante a reserva de vagas para portadores de deficiência na Administração Pública (artigo 37, VIII) – Precedentes – Segurança denegada – Recurso provido.

(Apelação nº 0011826-44.2012.8.26.0053. 6ª Câmara de Direito Público. Rel. REINALDO MILUZZI; Data de julgamento: 26/05/2014, v.u.).

AGRAVO DE INSTRUMENTO – Mandado de Segurança – Liminar indeferida – Concurso público – Necessidade de elaboração de lista de classificação própria aos portadores de necessidades especiais, inclusive no que diz respeito à subsistência de nota de corte específica – Precedentes – Decisão reformada – Recurso provido.

(Agravo de Instrumento nº 2028514-75.2013.8.26.0000. 6ª Câmara de Direito Público. Rel. LEME DE CAMPOS; Data de julgamento: 27/01/2014, v.u.).

Apelação Cível – Mandado de Segurança – Concurso Público –

Acesso ao Sumário

Portador de deficiência física concorre em igualdade de condições com os demais não portadores, na medida das suas desigualdades – Nota final do Impetrante que deve ser observada dentro da lista especial de deficientes físicos – Precedente do STJ – Sentença reformada – Recurso provido.

(Apelação nº 0001621-52.2010.8.26.0270. 3ª Câmara de Direito Público. Rel. MARREY UINT; Data de julgamento: 17/04/2012, v.u.).

De todo modo, cumpre registrar que, no âmbito do Poder Judiciário, o Colendo Conselho Nacional de Justiça fez editar o enunciado administrativo n. 12, que estabelece, claramente, que "***as listas de classificação, em todas as etapas, devem ser separadas, mantendo-se uma com classificação geral, incluídos os candidatos com deficiência e outra exclusivamente composta por estes***".

Não é o caso, contudo, de se determinar a publicação de listas específicas de candidatos portadores de deficiência, porque o provimento aqui buscado não se reveste da eficácia *erga omnes*, tampouco a impetrante tem legitimidade para pleitear direitos em favor de terceiros.

Por outro lado, tem direito a impetrante de obter sua classificação na prova escrita, para fins de prosseguimento do certame, de acordo com a pontuação atingida pelos candidatos portadores de deficiência, que com ela concorreram na 39ª Diretoria de Ensino de Jacareí.

Ressalta-se que se a ela foi deferida a inscrição na referida região, por certo, estava a concorrer a alguma das vagas reservadas às pessoas com deficiência.

A hipótese, portanto, era de concessão parcial da ordem.

Em consequência, ficam repartidas entre as partes as disposições sucumbenciais.

Ante o exposto, pelo meu voto e para os fins acima, ***dou parcial provimento à apelação.***

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0028252-34.2012.8.26.0053, da Comarca de São Paulo, em que é apelante S.P.S., é apelada PREFEITURA MUNICIPAL DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em 7ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Rejeitada a preliminar, negaram provimento, nos termos que constarão do acórdão. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 26.246)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores MAGALHÃES COELHO (Presidente) e COIMBRA SCHMIDT.

São Paulo, 25 de agosto de 2014.

MOACIR PERES, Relator

Ementa: MANDADO DE SEGURANÇA – SERVIDORA PÚBLICA – PENA DE SUSPENSÃO – Restou demonstrado nos autos do Inquérito Administrativo que a apelante cometeu infrações funcionais graves – Processo Administrativo que teve trâmite legal, assegurando à acusada o direito ao contraditório e à ampla defesa – A aplicação de penalidade em processo administrativo disciplinar constitui ato discricionário da Administração Pública, cabendo ao Poder Judiciário apenas apreciar a legalidade e a moralidade dos motivos declarados, para fazer a distinção entre arbitrariedade e discricionariedade – Ato administrativo que não se mostrou ilegal ou arbitrário – Ausência de direito líquido e certo a ser amparado – Afastada a preliminar de litispendência. Recurso improvido.

VOTO

S.P.S., inconformada com a r. sentença que julgou extinto o processo, nos termos do artigo 267, inc. V, do Código de Processo Civil (fls. 509/511), interpôs recurso de apelação.

Esclarece que não houve citação nos autos do Processo nº 0021197-77.2012.8.26.0053. Diz que, sendo a Juíza incompetente, deveria ter remetido os autos ao juiz competente. Invoca os arts. 213 a 219 do Código de Processo Civil. Alega que não há litispendência. Afirma que há processo em curso para provar o assédio moral sofrido. Assere que a Administração obedecerá aos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência. Sustenta que foi impedida de exercer seu mister, em razão de "infamantes alegações". Argumenta que foi apurado que os alunos da EMEF estavam envolvidos em gangue juvenil. Menciona o processo de apuração de ato infracional. Aduz que o procedimento administrativo é ilegal. Discorre sobre as ilegalidades. Argui a suspeição e impedimento da Presidente da Comissão de Apuração. Descreve os fatos apurados no procedimento administrativo. Insiste que restou comprovado que não cometeu infração administrativa. Cita julgados favoráveis. Aduz que não foi observado o sigilo. Por fim, pede sejam reconhecidas as ilegalidade nos

Acesso ao Sumário

quadros da Administração Municipal. Daí, pedir a reforma da r. sentença (fls. 556/616).

Com as contrarrazões (fls. 759/760), subiram os autos.

É o relatório.

Objetiva a impetrante, por meio do presente *mandamus*, "a concessão da segurança, com liminar para **SUSPENSÃO DO CUMPRIMENTO DE PENALIDADE ADMINISTRATIVA – em razão de ilegalidades do P.A.D. nº 2010-0.157.645-0**" (fls. 20).

A r. sentença, reconhecendo a ocorrência litispendência e carência da ação, extinguiu o processo, nos termos do artigo 267, V, do Código de Processo Civil (fls. 509/511).

Cumpre esclarecer, inicialmente, que a r. sentença extinguiu o processo, acolhendo a preliminar de litispendência, e, caso não fosse pela litispendência, extinguiria o processo por inadequação da via eleita. E, por fim, entendeu, ainda, pela denegação da segurança, afirmando que não restou demonstrada a configuração de vício formal do processo administrativo (fls. 509/511). Assim, passa-se a apreciar o recurso de apelação.

Afasta-se a litispendência.

O artigo 219 do Código de Processo Civil, regulando a citação na fase de conhecimento, dispõe: "A citação válida torna prevento o juízo, induz litispendência e faz litigiosa a coisa; e, ainda quando ordenada por juiz incompetente, constitui em mora o devedor e interrompe a prescrição".

Verifica-se que a ação em curso, em trâmite pela 5ª Vara da Fazenda Pública – processo nº (...), foi extinta, sem julgamento do mérito, sendo cancelada a distribuição, vez que sequer havia citação nos autos (fls. 490/491). É certo que ainda pende recurso (fls. 501/508). Porém, trata-se de recurso contra a parte da r. sentença que condenou a autora em custas processuais e honorários advocatícios, não havendo se falar em litispendência.

No mérito, não assiste razão à recorrente.

Desponta dos autos que a recorrente é professora do ensino fundamental I, da rede pública municipal (fls. 24). Em 2012, teve contra si instaurado Inquérito Administrativo em razão de "denúncia de maus-tratos a aluna, em razão do uso de palavras com conotação racista, bem como de sua constante exclusão de sala de aula, sendo apartada do convívio com os colegas e das orientações pedagógicas, mediante encaminhamento à Direção/Coordenação, sem o respectivo registro em pasta de ocorrência com explicação do motivo daquela conduta. Uso do próprio calçado para chamar atenção dos alunos, mediante batidas na mesa e na lousa, bem como ameaça de atirá-lo em direção a eles. Filmagem de alunos em sala de aula, sem autorização dos pais ou da direção da unidade, recusando-se a dar esclarecimentos à sua aluna e ensejando, com isso, o comparecimento da

Acesso ao Sumário

Polícia Militar na escola. Dificuldades na condução da sala de aula, recorrendo a ações equivocadas para contorná-las. Resistência no acatamento e na execução de ordens legais. Dificuldade no trato de equipe gestora em face da postura grosseira resistente a sugestões ou intervenções para solucionar problemas descritos em relatórios e avançar com classe. Existência de punições diretas, aplicadas em período probatório" (fls. 27), processo este que culminou com a aplicação da pena de suspensão por 60 (sessenta) dias (fls. 33).

Inconformada, a autora impetrou o presente mandado de mandado de segurança, em que pretende a concessão da ordem, para a suspensão do cumprimento da penalidade administrativa, tendo em vista as ilegalidades no PAD (fls. 02/21).

Volta-se contra vícios no processo administrativo, alegando, em síntese, que, certos fatos não podem ser arrolados no despacho, que culminou na pena, por não estar comprovados; são inadequadas suas condições de trabalho; não foi aplicada a lei específica; e impedimento e suspeição dos integrantes da Comissão de Apuração.

Entretanto, não se vislumbra nenhuma ilegalidade ou irregularidade no procedimento adotado. Diferentemente do alegado pela recorrente, foi-lhe garantido o direito de ampla defesa e do contraditório. Note-se que, como forma de resguardar seu interesse, em razão da Apuração preliminar, da gravidade dos fatos e da respectiva penalidade a ser imposta, foi instaurado o inquérito administrativo, não havendo se falar em afronta às garantias constitucionais.

Os atos administrativos discricionários estão sujeitos ao controle judicial, "desde que não se invadam os aspectos reservados à apreciação subjetiva da Administração Pública, conhecidos sob a denominação de mérito (oportunidade e conveniência)" (Maria Sylvia Zanella Di Pietro, "Direito Administrativo", 18ª ed., São Paulo: Atlas, 2005, p. 654).

A penalidade imposta à apelante constitui ato discricionário da Administração Pública, cabendo ao Poder Judiciário apenas apreciar a legalidade e a moralidade dos motivos declarados, para fazer a distinção entre arbitrariedade e discricionariedade.

Acesso ao Sumário

Releva notar, neste passo, que "permitido é ao Poder Judiciário examinar o processo administrativo disciplinar para verificar se a sanção imposta é legítima e se a apuração da infração atendeu ao devido procedimento legal. Essa verificação importa conhecer os motivos da punição e saber se foram atendidas as formalidades procedimentais essenciais, notadamente a oportunidade de defesa ao acusado e a contenção da comissão processante e da autoridade julgadora nos limites da sua competência funcional, isto sem tolher o discricionarismo da Administração quanto à escolha da pena aplicável dentre as consignadas na lei ou regulamento do serviço, à graduação quantitativa da sanção e à conveniência ou

oportunidade de sua imposição" (Hely Lopes Meirelles, "Direito Administrativo Brasileiro", 26ª ed., Ed. Malheiros, 2001, p. 655/656).

No caso, a Comissão Processante, após análise dos autos do Inquérito Administrativo instaurado, entendeu que, "embora não configuradas todas as irregularidades apontadas, aquelas que foram comprovadas caracterizam, por si, o procedimento irregular de natureza grave" (fls. 176) e, propôs o abrandamento da pena de demissão e aplicação da pena de suspensão por 60 dias, com fundamento no art. 93, III, "b" do Decreto nº 43.233/03 e art. 192 da Lei nº 8.989/79.

Assim, comprovada a ocorrência dos fatos imputados à impetrante, não se demonstrou, no caso, ilegal ou arbitrário o ato administrativo, que aplicou a norma estatutária.

As demais questões alegadas, como condições inadequadas de trabalho e impedimento e suspeição de integrante da Comissão de Apuração, não foram comprovadas pela impetrante, e dependem de dilação probatória, incabível em mandado de segurança.

Deve ser salientado, neste passo, que, para fins de mandado de segurança, "direito líquido e certo é o que se apresenta manifesto na sua existência, delimitado na sua extensão e apto a ser exercitado no momento da impetração. Por outras palavras, o direito invocado, para ser amparável por mandado de segurança, há de vir expresso em norma legal e trazer em si todos os requisitos e condições de sua aplicação ao impetrante: se sua existência for duvidosa; se sua extensão ainda não estiver delimitada; se seu exercício depender de situações e fatos ainda indeterminados, não rende ensejo à segurança, embora possa ser defendido por outros meios judiciais. (...) Em última análise, direito líquido e certo é direito comprovado de plano" (Hely Lopes Meirelles, Mandado de Segurança, 29ª ed., São Paulo: Malheiros, 2006, p. 36/37).

Verifica-se que a impetrante, depois da contestação, apresentou réplica, juntando vários documentos. Porém, não há previsão legal para referido procedimento, devendo o direito ser comprovado, de plano, o que não ocorreu no caso.

Ausente, pois, o direito líquido e certo, era mesmo de rigor a denegação da ordem.

Ante o exposto, afasta-se a preliminar de litispendência e nega-se provimento ao recurso de apelação.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0033215-85.2012.8.26.0053, da Comarca de São Paulo, em que é apelante MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO, é apelada FAZENDA DO ESTADO 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 da Relatora, que integra este acórdão. **(Voto nº 14.145)**

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

Ementa: APELAÇÃO CÍVEL – Ação Civil Pública – Danos morais – Utilização de algemas em presas durante o parto e no período subsequente ao nascimento – Situação concreta de cada uma das presas que é absolutamente distinta – Impossibilidade de tutela coletiva – Inadequação da via eleita – Sentença de extinção mantida – Recurso desprovido.

VOTO

Trata-se de ação civil pública ajuizada pelo Ministério Público de São Paulo em face do Governo do Estado de São Paulo, com a alegação de que teria ocorrido a utilização de algemas em presas durante o parto e no período subsequente ao nascimento, o que ofende a dignidade humana, de forma que o requerido deve ser condenado ao pagamento de indenização por danos morais. Pede a condenação genérica do réu, na forma do artigo 96 da Lei nº 8.078/90, a indenizar os danos morais suportados por todas as vítimas da utilização de algemas durante o parto e período subsequente. Destaca que a liquidação e a execução da sentença deverão ser promovidas pelas vítimas, nos termos do artigo 97 do CDC e que, na hipótese de decurso do prazo de um ano sem habilitação de interessados em número compatível com a gravidade do dano, o Ministério Público promoverá a execução da indenização devida (*fluid recovery*), como previsto no artigo 100 do CDC.

A r. sentença de fls. 431/442, cujo relatório é adotado, julgou extinto

Acesso ao Sumário

o feito, por ser o autor carecedor da ação (face à ilegitimidade ativa de parte e à inadequação da via eleita) e considerando a inépcia da inicial, com fundamento nos artigos 267, inciso VI, 295, I e II e 286, I, todos do Código de Processo Civil. O MM. Juiz entendeu que não há previsão legal para a legitimação extraordinária do Ministério Público na defesa do direito individual, personalíssimo, de reparação patrimonial, sem repercussão social e, portanto, disponível do cidadão. Consignou que, no caso, somente a vítima da conduta lesiva descrita na inicial pode buscar a reparação do suposto dano moral, e que, mesmo que superada a questão da legitimidade, deve ser reconhecida a inépcia da inicial, uma vez que a pretensão deduzida em juízo não pode ser processada como formulada, pois o autor considera que a situação de cada presa seria igual. O D. Magistrado destacou que, ainda que a mulher presa algemada durante o trabalho de parto ou logo após tenha o direito de ser indenizada por eventuais excessos cometidos pelo Estado, isso deve ser decidido em cada caso concreto, considerando as peculiaridades de cada caso.

O Ministério Público do Estado de São Paulo apresentou recurso de apelação a fls. 445/461, sustentando, em síntese, que é parte legítima para figurar no polo ativo da demanda, já que a ele compete a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis, nos termos do artigo 127, *caput*, da Constituição Federal. Diz que as disposições do Código de Defesa do Consumidor são aplicáveis a quaisquer direitos transindividuais e que a presente ação tutela interesses individuais homogêneos com fundamento no princípio da dignidade humana. Aduz que os danos em questão possuem origem comum, qual seja a má conduta e os abusos dos agentes penitenciários no tratamento às presas parturientes, mas podem ser quantificados separadamente para fins de reparação.

Sustenta que o pedido de condenação genérico é admitido no processo coletivo, como expressamente prevê o artigo 95 do CDC, e que o intuito da presente ação é buscar a responsabilidade do réu pelos danos causados, e não a reparação do dano, que deverá ser buscada pelas vítimas que se habilitarem na fase de cumprimento de sentença.

Recurso bem respondido (fls. 464/466).

A D. Procuradoria Geral de Justiça manifestou-se a fls. 470/475, pelo desprovimento do recurso.

É o relatório.

A presente ação foi ajuizada pelo Ministério Público com a alegação de que teria ocorrido a utilização de algemas em presas durante o parto e no período subsequente ao nascimento, o que ofende a dignidade humana, de forma que o requerido deve ser condenado ao pagamento de indenização por danos morais.

De fato, o E. Supremo Tribunal Federal já reconheceu que o Ministério

Acesso ao Sumário

Público possui legitimidade ativa para propor ações civis públicas em defesa de interesses individuais homogêneos, notadamente quando se trata de interesse de relevante valor social[1].

Ocorre, entretanto, que os direitos individuais homogêneos são aqueles que surgem em virtude de uma origem ou fato comum, ocasionando lesão a todos os interessados a título individual. Ainda que a "origem comum" não signifique necessariamente uma unidade factual e temporal, no presente caso não é possível a tutela coletiva.

No caso concreto, os aspectos individuais prevalecem sobre os comuns, de forma que a ação individual é a via adequada para a solução da questão. Nas palavras de Rodolfo de Camargo Mancuso[2], o interesse de agir deve ser verificado mediante "*aferição, no caso concreto, da superioridade da tutela coletiva em face da individual, isto é, a demonstração de que o manejo do conflito na via processual coletiva possibilitará melhores resultados (inclusive no custo-benefício) do que se alcançaria com a pulverização do conflito em ações individuais*."

Sobre o tema, merece destaque a lição de Ada Pellegrini Grinover[3]:

"***se o provimento jurisdicional resultante da ação civil pública em defesa de direitos individuais homogêneos não é tão eficaz quanto aquele que derivaria de ações individuais, a ação coletiva não se demonstra útil à tutela dos referidos interesses. E, ademais, não se caracteriza como a via adequada à sua proteção. (...) Quanto mais os aspectos individuais prevalecerem sobre os comuns, tanto mais a tutela coletiva será inferior à individual, em termos de eficácia da decisão.***"

Os documentos juntados demonstram que a situação concreta de cada uma das presas é absolutamente distinta.

No caso de Denirce Ribeiro de Oliveira, por exemplo, não há qualquer alegação de utilização de algemas durante ou após o parto, mas apenas de que teria sido mantida em cela especial que existe dentro do hospital (fls. 314/315).

Já em relação a Kelly Tavares de Oliveira, consta o quanto segue:

"***os médicos do hospital supracitado negam (...) que a reeducanda Kelly Tavares de Oliveira realizou o parto fazendo uso de algemas, uma vez que nos casos de parto natural a paciente necessita das mãos e pés livres para fazer força e nos casos de parto cesárea é utilizado bisturi elétrico, instrumento que pode ocasionar choque***

Acesso ao Sumário

1 ARE 660140 AgR/MS, Primeira Turma, Rel. Min. Dias Toffoli, j. 08.10.2013; RE 472.486, Rel. Min. Celso de Mello, Segunda Turma, Dje 29.08.2008.

2 *Ação Civil Pública*, 12ª ed., São Paulo, RT, 2011, p. 66.

3 *Da class action for damages à ação de classe brasileira: os requisitos de admissibilidade,* in Édis Milaré (coord)*, Ação Civil Pública –15 anos*, 2ª ed., São Paulo, RT, 2002, p. 32 e 36.

elétrico na paciente caso esteja utilizando qualquer tipo de metal. Portanto, torna inverídica a alegação da reeducanda Kelly Tavares de Oliveira quando declara que desde sua remoção até sua desinternação do Pronto Socorro e Hospital Geral de Vila Penteado, permaneceu algemada nas mãos e pés "***(fls. 373/374)***

O médico Dr. Wagner Coimbra Assis, funcionário do Hospital e Maternidade de Caieiras "Vitalina Francisca Ventura", informou que "*efetuou a internação da reeducanda Ana Paula Ribeiro do Norte e em nenhum momento presenciou a paciente fazendo uso de algemas, bem como nunca ocorreu em seu plantão ou teve conhecimento de paciente/presa que tenha passado pelo procedimento de parto fazendo uso de algemas, uma vez que não é possível realizar o parto com a paciente algemada*" (fl. 383).

No mesmo sentido a médica Dra. Maria Denilda da Fonseca afirma que "*nunca presenciou a reeducanda Ana Paula Ribeiro do Norte fazendo o uso de algemas durante os atendimentos realizados na Enfermaria, após o parto*" (fl. 383).

O médico Dr. Afonso José Rogério Costa, também funcionário do Hospital e Maternidade de Caieiras "Vitalina Francisca Ventura", que realizou o parto da reeducanda Dafiny Cristina da Silva Cruz, disse que "*a reeducanda Dafiny não fez uso de algemas durante o período que esteve na sala de pré-parto, durante o parto e no pós-parto*" e a Dra. Maria Denilda da Fonseca informou que "*nunca houve caso de agente de segurança ou médico exigir que a paciente realizasse o procedimento de parto fazendo uso de algemas, bem como nunca presenciou presa/paciente algemada na sala de pré-parto e pós-parto, e, também, não presenciou a reeducanda Dafiny Cristina da Silva fazendo uso de algemas durante os atendimentos realizados na Enfermaria, após o parto*" (fl. 385).

Há, ainda, indícios de que, em um dos casos, a utilização de algemas nos dias seguintes ao parto foi necessária por ter a presa mordido a agente de segurança penitenciária que a acompanhava (fl. 235).

Os médicos Dra. Claudia Carvalho Dantas e Dr. Paulo Rogério de Oliveira, funcionários do Hospital Geral de Vila Penteado, disseram que nunca presenciaram ou tiveram notícia naquele nosocômio de que alguma paciente tivesse realizado o parto fazendo uso de algemas, vez que a paciente necessita dos pés e mãos livres para auxiliar no parto (fls. 386/387).

Em outros casos, presas afirmam que algemas foram utilizadas nos dias subsequentes ao nascimento, enquanto ainda estavam no hospital (fls. 316/338).

Tem-se, portanto, que as situações narradas são absolutamente diversas, o que demonstra a inadequação da via eleita para sua tutela.

É certo que as provas mais relevantes juntadas pelo autor foram obtidas pela Defensoria Pública, que informou a fl. 313 que "*planeja ajuizar ações de indenização em face da conduta abusiva em tela*".

Acesso ao Sumário

O ajuizamento de ações individuais, pela Defensoria Pública, de fato se mostra mais adequado para a tutela dos interesses em questão.

A própria D. Procuradoria Geral de Justiça manifestou-se a fls. 470/475 pelo desprovimento do recurso apresentado pelo Ministério Público.

Cabe destacar, por fim, que o Decreto nº 57.783/12 e Resolução Conjunta SS/SJD/SSP/SAP-1 de 28.02.2012 vedaram o uso de algemas em presas parturientes, de forma que presente ação busca apenas a reparação dos danos morais suportados por aquelas que teriam sido submetidas a tal situação. Assim, trata-se de eventual reparação que deve observar os detalhes e particularidades do caso concreto, não podendo a questão ser solucionada por meio de tutela coletiva.

Dessa forma, merece ser mantida a r. sentença que julgou extinto o processo, restando consignado que a extinção se dá sem resolução do mérito, com fundamento no artigo 267, inciso VI, do Código de Processo Civil.

Pelo exposto, pelo meu voto, nego provimento ao recurso.

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 0015292-11.2010.8.26.0152, da Comarca de Cotia, em que é apelante KARINA ISABEL FERREIRA SOUZA, é apelada FAZENDA DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em 11ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "DERAM PROVIMENTO AO RECURSO, NOS TERMOS QUE CONSTARÃO DO ACÓRDÃO. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 28.931)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores LUIS GANZERLA (Presidente sem voto), RICARDO DIP e PIRES DE ARAÚJO.

São Paulo, 2 de setembro de 2014.

AROLDO VIOTTI, Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: Embargos de Terceiro. Execução Fiscal. Filha de executado busca a desconstituição de penhora que recaiu sobre conta poupança de que é titular, porém a qual foi aberta com o CPF de seu genitor. Sentença de improcedência. Recurso da embargante

postulando a inversão do julgado. Viabilidade. Utilização do CPF do executado para a abertura de conta da embargante por conta de sua menoridade à época. Recurso provido.

VOTO

I. KARINA ISABEL FERREIRA SOUZA ajuizou os presentes Embargos de Terceiro incidentalmente à Execução Fiscal movida pela FAZENDA DO ESTADO DE SÃO PAULO contra UTIL STEMP COMERCIAL LTDA. e OUTROS, perante uma das varas do Serviço Anexo das Fazendas Públicas da Comarca de Cotia. Busca afastar a penhora, realizada nos autos da Execução Fiscal, que recaiu sobre a sua conta poupança, no valor de R$ (...). Aduz que a conta poupança de sua titularidade foi aberta por seu padrinho, J.P.S., quando ainda era ela menor de idade, com o intuito de lhe "... *garantir os estudos*." (fls. 03). No entanto, por não possuir CPF no momento da abertura da conta, foi colocado o CPF de seu pai, Marcelo Leste Pereira de Souza, o qual figura no polo passivo da citada Execução Fiscal. Assim, ao ser realizada a constrição judicial dos ativos financeiros de seu pai, acabou por atingir a conta poupança da autora, que não integra aquela execução. Postula seja declarada a ilegalidade da referida constrição, com o levantamento dos valores penhorados. Subsidiariamente, requer a devolução da penhora de 40 (quarenta) salários mínimos.

A r. decisão de fls. 60 deferiu a liminar para determinar o levantamento da importância de 40 (quarenta) salários mínimos, em razão do art. 649, X, do CPC.

A r. sentença de fls. 173/175, de relatório adicionalmente adotado, julgou improcedentes os embargos, condenando a embargante ao pagamento das custas, despesas processuais e de honorários advocatícios, estes arbitrados em 10% (dez por cento) do valor atribuído à causa, observada a gratuidade da justiça deferida (fls. 60).

Sobreveio recurso de apelação da Embargante, que, nas razões de fls. 179/181, busca a inversão do julgado, reiterando os termos da inaugural, no sentido de que: a) a execução fiscal foi movida contra UTIL STEMP COMERCIAL LTDA., a qual possui como suposto sócio o Sr. Marcelo Leste Pereira de Souza, pai da ora embargante, o qual utilizou o seu próprio CPF para a abertura de conta poupança de titularidade da embargante, quando essa ainda era menor de idade; b) a comprovação de que a embargante era menor de idade ao tempo da abertura da conta poupança seria feita por informação a ser prestada pela própria instituição bancária. Contudo, o MMº Juiz indeferiu o pedido de expedição de ofício à mesma com essa solicitação; c) a jurisprudência entende que devem ser afastadas tais constrições judiciais equivocadas.

Acesso ao Sumário

O recurso foi contrariado a fls. 186/188, subindo os autos. Este, em síntese, o relatório.

II. O recurso comporta acolhida.

A apelante opôs os presentes Embargos de Terceiro com o fito de afastar a penhora que recaiu sobre a sua conta poupança (Banco (...), conta poupança nº (...), agência: (...)), incidindo sobre o valor de R$ (...).

Aduz que a conta poupança de sua titularidade foi aberta com o CPF de seu pai, Marcelo Leste Pereira de Souza, pois era menor de idade ao tempo da abertura da conta. Seu pai figura no polo passivo de Execução Fiscal movida contra UTIL STEMP COMERCIAL LTDA. (Processo nº (...)), e veio a sofrer bloqueio de ativos financeiros, daí a penhora que incidiu indevidamente sobre o numerário que em realidade pertence a ela, embargante.

Inicialmente, cumpre assinalar que a alegação de que o pai da ora embargante não seria, de fato, sócio da empresa executada UTIL STEMP COMERCIAL LTDA. é estranha à presente lide e já é objeto de outra ação, denominada "Ação de Anulação de Ato Jurídico", a teor das cópias apresentadas a fls. 89/92. Aquela ação, conforme pesquisa no endereço eletrônico do Tribunal de Justiça, ainda se acha em andamento (Processo nº (...), 2ª Vara Cível de Cotia).

A prova documental constante dos autos é suficiente a confirmar que a titularidade da conta poupança nº (...), agência: (...), do Banco (...) é da ora embargante, filha do executado Marcelo Leste Pereira de Souza. Nesse sentido os documentos de fls. 16, 19/49, 102/111 e 117/168. Mesmo que o CPF utilizado para a abertura da conta poupança tenha sido o do pai da embargante (fls. 63 e 70), isto não é de molde a se concluir por eventual conluio fraudulento ou de alterar a titularidade da conta: como se sabe, não é incomum que contas de poupança sejam abertas com utilização do CPF do genitor ou de responsável por menor de idade, justamente por este não estar inscrito no Cadastro de Pessoas Físicas ao tempo da abertura da conta.

Embora não tenha o MM. Juiz apreciado o pedido de expedição de ofício ao Banco (...) para apresentação de extratos bancários da citada conta poupança desde a sua abertura (fls. 96/97), conforme repetidamente requerido pela autora (fls. 86/87, 98/99 e 115), verifica-se que a aludida conta já era de sua titularidade quando menor de idade (fls. 12), conforme extratos bancários de fls. 102/110. Não há indício de insinceridade nas alegações da inicial e tudo ao contrário está a corroborar a tese da autora de que a utilização do CPF de seu genitor deveu-se ao fato de ainda não possuir o seu naquela época. Veja-se que há comprovação de movimentações naquela conta poupança bastante antigas, dos idos de 1997 (fls. 100) e 1998 (fls. 102), contemporâneas ou eventualmente mesmo anteriores ao ajuizamento da própria execução fiscal.

Acesso ao Sumário

A propósito de espécies assemelhadas, colhe-se da jurisprudência deste

E. Tribunal de Justiça:

"***TRIBUTÁRIO E PROCESSUAL CIVIL – EXECUÇÃO FISCAL – PENHORA – DEPÓSITO EM CADERNETA DE POUPANÇA – EMBARGOS DE TERCEIRO. Penhora sobre depósitos em caderneta de poupança de filha e neto do executado. Inadmissibilidade – Uso de CPF do executado para abertura de conta em razão da menoridade dos titulares. Pedido procedente. Sentença mantida – Recurso desprovido.***" (TJSP, 9ª Câmara de Direito Público, Apelação Cível nº 0004314-77.2009.8.26.0000, j. 29.08.2012, Rel. o Des. DECIO NOTARANGELI).

"***EMBARGOS DE TERCEIRO. Penhora de depósitos em caderneta de poupança de filha do executado. Inadmissibilidade. Utilização do número de CPF do executado para abertura de conta em nome da embargante enquanto menor de idade. Extrato bancário que comprova a titularidade da conta. Penhora inadequada. Embargos julgados procedentes. Decisão mantida. Recurso não provido.***" (TJSP, 2ª Câmara de Direito Público, Apelação Cível nº 0040065-06.2011.8.26.0114, j. 01.04.2014, Rel. a Des. VERA ANGRISANI).

"***EMBARGOS DE TERCEIRO – Penhora de dinheiro encontrado de conta bancária alheia – Embargante que à época da assinatura da proposta de adesão bancária tinha 17 anos de idade e não possuía CPF próprio, sendo assistida por sua genitora, que é sócia da executada – Recurso não provido.***" (TJSP, 5ª Câmara de Direito Público, Apelação Cível nº 9098049-21.2003.8.26.0000, j. 26.09.2011, Rel. o Des. FERMINO MAGNANI FILHO).

A hipótese, portanto, é de provimento do recurso da embargante, para o fim de excluir a penhora realizada sobre a conta poupança de sua titularidade (Banco (...), conta poupança nº (...), agência: (...)). Acolhidos os Embargos de Terceiro, condena-se a embargada ao pagamento de custas, despesas processuais e honorários advocatícios, estes arbitrados em R$ 1.500,00, com a observação de que a imposição desses ônus sucumbenciais deve-se à resistência oposta pela embargada à pretensão, nada obstante pudesse não dispor na execução de elementos para aferir a irregularidade da penhora.

III. Por todo o exposto, dão provimento ao recurso.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0159431-95.2008.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é apelante INTERLAGOS SHOPPING CENTER COMERCIAL LTDA., é apelada COMPANHIA DE ENGENHARIA DE TRAFEGO – CET.

ACORDAM, em 11ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Mantiveram a sentença por seus próprios fundamentos. V.U. Sustentou oralmente pela Apelante, Interlagos Shopping Center Comercial Ltda., o Dr. José Carlos Fagoni Barros – OAB: 145.138/SP", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 22.230)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores LUIS GANZERLA (Presidente), OSCILD DE LIMA JÚNIOR e RICARDO DIP.

São Paulo, 23 de setembro de 2014.

LUIS GANZERLA, Relator

Ementa: TRÂNSITO – Duplicata emitida e multa imposta pela Companhia de Engenharia de Tráfego (CET) a título de organização do trânsito nos arredores do *shopping center* no evento "Dias das Mães" – Pretensão de nulidade da cártula e da multa – Legitimidade da cobrança dos valores relativos aos serviços operacionais realizados, nos termos da Lei Municipal n.º 14.072/05 e do Decreto n.º 46.942/06 – Sentença de improcedência mantida – Recurso desprovido.

VOTO

O recorrente, **Interlagos Shopping Center Comercial Ltda.**, propôs ação dirigida a **Companhia de Engenharia de Tráfego – CET**, com o intuito de obter a nulidade de duplicata emitida e de multa imposta, a título de organização do trânsito nos arredores do *shopping center* no evento "Dia das Mães" de 13.05.2006.

Aponta cobrança irregular e não ter promovido qualquer evento na data indicada a justificar a operação especial nas vias públicas em torno do *shopping* (fls. 03/06).

Acesso ao Sumário

Por ocasião da apresentação da contestação, a **Companhia de Engenharia de Tráfego – CET**, formulou pedido contraposto (art. 278, § 1.º, do Cód. Proc. Civil) para condenação do demandante no pagamento de R$ 1.581,00, referente aos serviços prestados, acrescidos de correção monetária e juros de mora, além do ônus da sucumbência (fls. 47/52).

Sobreveio r. sentença de improcedência, extinta a medida cautelar, ante a perda de objeto, revogada a liminar concedida e procedência do pleito reconvencional inserido na contestação, condenada a empresa-acionante no

pagamento de R$ 1.581,00, acrescidos de juros legais e correção monetária, a partir do vencimento do título, além das verbas de sucumbência e honorários advocatícios fixados em 10% sobre o valor atualizado da causa (fls. 130/133).

Inconformada, recorre a vencida, na busca de inverter o decidido e, após a contrariedade, os autos foram remetidos a este E. Tribunal (fls. 140/144 e 150/157).

Após discussões, a C. Turma Especial julgou competente esta C. 11.ª Câmara de Direito Público (CC n.º 0009032-44.2014.8.26.0000, rel. **DES. EUTÁLIO PORTO**, j. 28.03.2014) (fls. 168/174, 220/224, 257/265 e 289/293).

É o relatório, em acréscimo ao da r. sentença recorrida.

O recurso não merece prosperar.

Cinge-se a controvérsia a respeito da legitimidade da cobrança de valores relativos aos serviços operacionais realizados pela **Companhia de Engenharia de Tráfego – CET**, nos termos da Lei Municipal n.º 14.072/05, referente a organização do sistema viário nos arredores do **Interlagos Shopping Center Comercial Ltda.**, por ocasião do "Dia das Mães" de 2006.

A Lei Municipal n.º 14.072, de 18.10.2005, a qual autoriza a demandada a cobrar pelos custos operacionais de serviços prestados em eventos, relativos à operação do sistema viário, expressa em seus arts. 1.º e 6.º:

"**Art. 1º Fica a Companhia de Engenharia de tráfego – CET autorizada a cobrar pelos custos operacionais de serviços prestados, relativos à operação do sistema viário, decorrentes da realização de eventos, inclusive seus ensaios, realizados em via aberta à circulação, ou em locais fechados cujos reflexos possam perturbar ou interromper a livre circulação de veículos e pedestres, ou colocar em risco sua segurança.**

§ 1º O recolhimento do valor cobrado conforme disposto no 'caput' deste artigo deverá ser prévio à ocorrência do evento, sem o que o evento não estará autorizado a realizar-se.

§ 2º Os eventos ocorridos sem a prévia autorização, e que exigirem, por medidas de garantia da segurança e mobilidade de pessoas e bens, deverão ser cobrados de seus realizadores, pela Companhia de Engenharia de Tráfego – CET, mesmo posteriormente à data de sua realização.

(...)

Art. 6º Considera-se para efeito desta lei evento como sendo toda e qualquer atividade que interfira nas condições de normalidade das vias do município, perturbando ou interrompendo a livre circulação de pedestres e ou veículos, ou que coloquem em risco a segurança das pessoas e bens."

Logo, não se pode argumentar com ilegalidade da multa aplicada, pois

Acesso ao Sumário

o Decreto n.º 46.942, de 30.01.2006, o qual regulamentou a aplicação da Lei Municipal n.º 14.072/05, autoriza essa imposição em seus arts. 1.º e 5.º:

> "**Art. 1º. A cobrança, pela Companhia de Engenharia de Tráfego – CET, dos custos operacionais de serviços prestados em eventos, relativos ao sistema viário, autorizada pela Lei nº 14.072, de 18 de outubro de 2005, obedecerá às disposições e critérios estabelecidos neste decreto.**
>
> **(...)**
>
> **Art. 5º. Os eventos ocorridos sem a prévia autorização da CET terão os custos operacionais adicionais acrescidos de 50% (cinqüenta por cento), devendo seus promotores efetuarem o pagamento do valor apurado no prazo de 30 (trinta) dias contados da data do recebimento da respectiva notificação.**"

E, ressalte-se, o C. Órgão Especial desta Corte pacificou o entendimento do valor cobrado pela **Companhia de Engenharia de Tráfego – CET** ter natureza de preço público, e rejeitou a arguição de inconstitucionalidade da Lei Municipal n.º 14.072/05 (Arg. Inc. n.º 0079421-25.2012.8.26.0000, rel. **DES. LUÍS SOARES DE MELLO**, j. 25.07.2012, com a seguinte ementa:

> "*EMENTA: Argüição de Inconstitucionalidade. Lei Municipal n. 14.072/2005, de São Paulo, que autoriza a Companhia de Engenharia de Tráfego – CET – a cobrar pelos custos operacionais de serviços prestados em eventos, relativos à operação do sistema viário. Alegação de que a remuneração pretendida se trata tecnicamente de taxa, a obedecer, em conseqüência, os princípios do direito tributário. Suposta ofensa à legalidade, então, porque o ato normativo é regulamentado por decreto, que teria criado, inclusive, sua base de cálculo e alíquota. Inocorrência. Natureza jurídica de preço público. Ausência de compulsoriedade. Cobrança, ademais, que não deriva do exercício do Poder de Polícia, nem caracteriza prestação de serviço divisível. Atividade debatida que foge às atribuições regulares e ordinárias da CET, tal a de manter a segurança e fluidez do trânsito em condições normais. Atendimento ao interesse público apenas secundário. Natureza jurídica de preço público, enfim. Entendimento aqui adotado amplamente majoritário também nas C. Câmaras de Direito Público desta Eg. Corte Bandeirante. Precedentes diversos trazidos à colação, embora novidade em tempo de Órgão Especial. Incidente julgado improcedente, para rejeitar a inconstitucionalidade argüida.*"

E, também, pretende a demandada receber os custos operacionais dos serviços prestados no evento "Dia das Mães 2006", o qual, por certo, atrai ao comércio um número maior de clientes e, consequentemente, interfere no trânsito de veículos e pedestres, a demandar serviços excepcionais de sua parte, para manter a normalidade no local.

Acesso ao Sumário

Portanto, nos termos da legislação mencionada, é devida a recuperação pela Administração Pública dos gastos extraordinários relativos à operação do sistema viário, como o deslocamento de agentes de outras regiões para operação manual dos semáforos, auxiliar na travessia de pedestres, fiscalizar o regular estacionamento de veículos, dentre outras atividades, com a finalidade de manter a segurança e fluidez do tráfego de pessoas e automóveis alterados em decorrência da realização do evento particular.

Note-se, tais atividades desenvolvidas pela demandada colaboram para o sucesso e a boa realização do evento, pois facilitam e organizam o tráfego nas proximidades, em especial porque o comércio prolonga seu horário de funcionamento, realiza campanhas publicitárias e promoções, com a finalidade de atrair maior número de frequentadores e obter melhores lucros.

Assim, cabe ao particular responsável pelo evento a justa retribuição devida ao prestador do serviço, pois, como no caso em testilha, tratam-se de atividades excepcionais desenvolvidas com o intuito de preservar o sistema de transporte urbano, o qual engloba as vias de circulação, sinalização e estrutura operacional nos arredores do *shopping* e não guardam relação com os serviços próprios, normais e regulares do Estado.

Outrossim, os custos operacionais referentes às atividades desenvolvidas pela referida companhia estão demonstrados nos autos e comprovam as operações realizadas, de forma a envolver as vias de tráfego na área de acesso ao *shopping*, inclusive com conhecimento prévio do demandante, ora apelante, pois a ele foi encaminhada correspondência eletrônica da qual constava o custo da operação, bem como as orientações para pagamento do boleto (fls. 58/62 e 70/73).

Nessa linha já decidiu este E. Tribunal, *v.g.* ap. n.º 0001308-63.2010.8.26.0053, São Paulo, rel. **DES. FRANKLIN NOGUEIRA**, j. 22.02.2011; ap. n.º 0035077-96.2009.8.26.0053, São Paulo, rel. **DES. FRANCISCO VICENTE ROSSI**, j. 07.11.2011; ap. n.º 0026511-90.2011.8.26.0053, São Paulo, rel. **DES. LUIZ SÉRGIO FERNANDES DE SOUZA**, j. 18.12.2012; ap. n.º 0046481-13.2010.8.26.0053, São Paulo, rel. **DES. CARLOS EDUARDO PACHI**, j. 14.05.2014; ap. n.º 0026808-97.2011.8.26.0053, São Paulo, rel. **DES. SIDNEY ROMANO DOS REIS**, j. 07.10.2013, este com a seguinte ementa:

> "*Apelação Cível – Administrativo e Processo Civil – Ação de Cobrança proposta pela CET visando o recebimento de valores por serviços operacionais relativos à Operação Natal – Sentença de procedência – Recurso pelo requerido – Desprovimento de rigor. 1. Preliminares de incompetência absoluta e suspensão do processo – Rejeição – Precedentes. 2. Alegação de inconstitucionalidade da Lei nº 14.072/05 – Inocorrência – Arguição de Inconstitucionalidade rejeitada pelo C.*

Acesso ao Sumário

Órgão Especial desta Corte. 3. A pretensão da CET é a de receber valores relativos à Operação Natal 2009 em razão dos serviços operacionais para garantia da segurança e mobilidade das pessoas e veículos – Interferência no sistema viário – Lei nº 14.072/05, regulada pelo Decreto nº 46.942/06 – Cobrança da prestação de serviços que se mostra legítima, nos termos da legislação – Precedentes. 4. Ônus de sucumbência mantidos. R. Sentença mantida – Apelação desprovida."

Assim, correta a improcedência e a procedência do pedido reconvencional inserido na contestação.

O caso é, assim, de **não provimento** do recurso interposto por **Interlagos Shopping Center Comercial Ltda.**, nos autos da ação dirigida a **Companhia de Engenharia de Tráfego – CET** (proc. n.º 583.00.2006.185117-8, 41.º Ofício Cível da Comarca de São Paulo, SP), mantida a r. sentença recorrida por seus próprios e jurídicos fundamentos.

Consigne-se, para fins de prequestionamento, inexistir ofensa aos artigos de lei mencionados, pois debatidos, analisados e decididos, prescindíveis as referências numéricas expressas (cfe. STF, RE 184.347-SP, rel. **MIN. MARCO AURÉLIO**, j. 16.12.97; STJ, Edcl no RMS 18.205/SP, j. 18.04.2006, rel. **MIN. FELIX FISCHER** e AgRg no REsp 1.066.647-SP, rel. **MIN. ADILSON VIEIRA MACABU**, j. 22.02.2011).

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 1020275-03.2014.8.26.0053, da Comarca de São Paulo, em que é apelante VINICIUS SAMUEL PANUCCI, é apelada COMPANHIA PAULISTA DE TRENS METROPOLITANOS – CPTM.

ACORDAM, em 7ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 27.067)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores MAGALHÃES COELHO (Presidente) e EDUARDO GOUVÊA.

São Paulo, 1 de setembro de 2014.

COIMBRA SCHMIDT, Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: ADMINISTRATIVO. Concurso público. Maquinista CPTM. Desclassificação mercê do IMC superior ao previsto no edital do concurso. Inadmissível a exigência quando não o demanda a

natureza das atribuições do cargo a ser preenchido. Segurança denegada no primeiro grau. Recurso provido.

VOTO

Vinicius Samuel Panucci, qualificado nos autos, impetrou o presente mandado de segurança, com pedido liminar, insurgindo-se contra o ato perpetrado pelo Sr. Diretor Presidente da Companhia Paulista de Trens Metropolitanos – CPTM. Segundo exposição resumida da peça inicial, o impetrante participou de concurso público nº 01/2012, para o cargo de maquinista, no qual foi aprovado em todas as fases. Entretanto, foi considerado inapto, na última fase do certame, ou seja, na etapa dos exames médicos, por seu exame ter revelado IMC acima do limite exigido para o exercício do cargo de maquinista. Afirmou, ainda, que se recordava que na época do exame o seu IMC era de 30.8, valor que nada dizia sobre a sua saúde e que tal referência não torna a pessoa não saudável. Alegou que a sua inaptidão não se amolda aos ditames de diversos princípios constitucionais, notadamente o da dignidade da pessoa humana, demonstrando, ainda, falha no atendimento do princípio da razoabilidade, eis que os resultados de seu exame em nada contradizem as exigências da lei para a ocupação do cargo que aspira. Por fim, requereu a concessão da liminar para que seja nomeado para o cargo de maquinista, bem como a concessão da ordem, apresentando a autoridade coatora todos os exames médicos, a fim de se ratificar a liminar, para que o impetrante possa exercer o cargo pretendido. Vieram aos autos procuração e documentos (fls. 10/30).

...

Notificada, a autoridade coatora apresentou informações e juntou documentos (fls. 37/102). Postulou pela denegação da ordem diante da ausência de direito líquido e certo. Esclareceu que a pretensão inaugural não se encontra amparada em prova cabal que demonstre o ato ilegal praticado. Afirmou que, nos termos do Edital do Concurso Público nº 01/2012/CPTM, havia a previsão da etapa de avaliação médica, com caráter eliminatório, exigindo ao candidato que apresentasse Índice de Massa Corpórea (IMC) no máximo até 29.9 (pré-obeso), nos termos do item 5.4.4. Sustentou a exigência de tal IMC para o cargo em questão, em face das atividades praticadas pelos maquinistas. Alegou que o ato administrativo estava revestido de legalidade, já que a desclassificação do impetrante ocorreu por sua reprovação na avaliação médica, consoante as regras previstas no Edital. Requereu a denegação da segurança.

Denegou a segurança a sentença, de cujo relatório extraí os fragmentos acima transcritos (f. 115/18v).

Apela o impetrante, tempestivamente. Reitera o expendido na exordial e bate-se pela concessão da segurança. Pede provimento (f. 120/30).

Contrarrazões a f. 133/47.

É o relatório.

Acesso ao Sumário

1. Dispenso oitiva da Procuradoria Geral de Justiça, com espeque no ato nº 313, de 24 de junho de 2003 – PGJ/CGMP – DOE de 25 de junho de 2003.

2. Insurge-se o apelante contra a sua desclassificação no concurso realizado para preenchimento dos cargos de maquinista na CPTM mercê da inaptidão atestada no exame médico ao qual se submeteu. Assevera e demonstra estar no pleno gozo de sua capacidade física.

Pois bem.

O item 5.4. do edital do certame em apreço prevê expressamente em que termos seria realizada a avaliação médica, de caráter eliminatório, ora questionada. A propósito, leia-se:

> 5.4. DA AVALIAÇÃO MÉDICA ELIMINATÓRIA
>
> 5.4.1. Os candidatos qualificados na Avaliação de Perfil Profissional serão convocados, em ordem decrescente de pontuação, e conforme a necessidade da Companhia Paulista de Trens Metropolitanos – CPTM para a Avaliação Médica.
>
> ...
>
> 5.4.4 Na Avaliação Médica serão examinadas as condições de: acuidade auditiva e visual, cardiológica, neurológica e perfil biofísico (biótipo adequado às condições ergonômicas do posto de trabalho e das atividades a serem realizadas), conforme Protocolo abaixo:
>
> 1 – Índice de Massa Corpórea (IMC) – IMC no máximo até 29.9 (pré-obeso);
>
> 2 – Medidas antropométricas: compatíveis àquelas das cabines dos trens, assim, considerar medidas entre 1,60 e 2,00m de altura;
>
> ...
>
> 5 – Outras alterações nos exames complementares ou no exame clínico realizado pelo médico do trabalho, bem como patologias pré-existentes que possam constituir condição temerária para o exercício da função.
>
> 5.4.5 Esta etapa tem caráter eliminatório.
>
> 5.4.6 Não caberá recurso em relação a esta fase.

Acesso ao Sumário

De acordo com clássico escólio de Hely Lopes Meirelles *Os concursos não têm forma ou procedimento estabelecido na Constituição, mas é de toda conveniência que sejam precedidos de uma regulamentação legal ou administrativa, amplamente divulgada, para que os candidatos se inteirem de suas bases e matérias exigidas*[1].

De outra banda, além da necessária fundamentação editalícia para exigência de critério discriminatório em relação à massa corpórea na realização do concurso público, é necessário que a suposta limitação seja imprescindível

1 *Direito Administrativo Brasileiro*, 22ª Edição, Malheiros, 1997, p. 381.

ao exercício do cargo em disputa. É esse, *mutatis mutandis*, o entendimento já sumulado no âmbito do Col. STF, segundo o qual: *O limite de idade para a inscrição em concurso público só se legitima em face do art. 7º, XXX, da Constituição, quando possa ser justificado pela natureza das atribuições do cargo a ser preenchido* (S. 683).

No caso, o item 2.2. do edital dá conta da síntese das atribuições reservadas aos ocupantes do cargo de maquinista. São elas: *operar trem unidade e/ou locomotiva, nas modalidades: semiautomático e manual; realizar testes e manobras; comunicar-se com passageiros, controle de tráfego e estações; elaborar relatórios de viagens realizadas* (f. 80).

Verifica-se, pois, que o IMC ligeiramente superior ao previsto no edital não impacta diretamente nenhuma das funções a serem desempenhadas pelo candidato. Diferente seria, por exemplo, a inadequação de suas medidas antropométricas, mercê do espaço disponível no equipamento a ser manobrado. Contudo, no caso, tal requisito foi satisfatoriamente atendido.

Inadmissível, pois, a eliminação nos moldes em que perpetrada.

3. É de Hely Lopes Meirelles a clássica lição segundo a qual *(...) direito líquido e certo é o que se apresenta manifesto na sua existência, delimitado na sua extensão e apto a ser exercitado no momento da impetração. Por outras palavras, o direito invocado, para ser amparável por mandado de segurança, há de vir expresso em norma legal e trazer em si todos os requisitos e condições de sua aplicação ao impetrante: se sua existência for duvidosa; se sua extensão ainda não estiver delimitada; se seu exercício depender de situações e fatos ainda indeterminados, não rende ensejo à segurança, embora possa ser defendido por outros meios judiciais*.[2]

No caso, diferente do que entendeu o douto magistrado *a quo*, restou suficientemente comprovada, de plano, a ilegalidade da cláusula editalícia que resultou na desclassificação vergastada.

Posto isso, dou provimento ao recurso e concedo a segurança para que seja reconhecida a sua aptidão física, nos moldes em que alegado. Mercê da inversão do desate, restam invertidos também os ônus sucumbenciais.

Sujeitam-se julgamento virtual embargos de declaração que venham a ser tirados deste acórdão. Nesse caso a objeção deverá ser exteriorizada no prazo de sua oposição.

Para efeito de exercício de recursos nobres, deixo expresso que o desate não ofende norma legal alguma, constitucional ou infraconstitucional. Consigno, ainda, que foram consideradas todas as normas destacadas pelos litigantes, mesmo que não citadas expressamente.

Acesso ao Sumário

2 *Mandado de Segurança*..., 14ª Edição, Malheiros, 1992, pp. 25/6.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0019238-55.2012.8.26.0302, da Comarca de Jaú, em que é apelante RICARDO LUIZ GROSSI, 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. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 21246)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores EUTÁLIO PORTO (Presidente) e PAULO AYROSA.

São Paulo, 18 de setembro de 2014.

ALVARO PASSOS, Relator

Ementa: AÇÃO CIVIL PÚBLICA – Propositura com a pretensão de impor o dever de abstenção da exploração de APP de reservatório artificial e de assegurar a sua recuperação ambiental, principalmente através de demolição de construções efetuadas no local – Conexão – Não configuração – Ação ajuizada em face da empresa concessionária que possui causa de pedir e pedido distintos – Advento do novo Código Florestal – Normas ambientais de aplicação imediata – Alegação de inconstitucionalidade que já se encontra em análise na instância superior – Descaracterização da irregularidade pela desconsideração do local como área de preservação permanente – Recurso provido.

VOTO

Vistos.

Trata-se de apelação interposta contra a r. sentença de fls. 206/214, cujo relatório se adota, que julgou procedente ação civil pública, condenando o réu na obrigação de fazer consistente na abstenção de explorar a APP do imóvel, descrita na inicial, assim como de reparar o local em sua totalidade removendo a piscina e o *deck* construídos.

Em apertada síntese, sustenta o demandado, preliminarmente, a ocorrência de conexão desta ação com outra que foi ajuizada em face da concessionária, porquanto ela engloba a área objeto deste feito, já que tem extensão maior; que

não efetuou qualquer retirada de vegetação, já que a construção foi feita em cima, e dentro dos limites, de rampa de concreto já existente há anos no local; que ausentes quaisquer prejuízos ao meio ambiente.

Com resposta, parecer da D. Procuradoria Geral de Justiça e juntada de nova documentação com oportunidade de vista, vieram os autos para reexame.

É o relatório.

Foi proposta a presente ação civil pública pelo Ministério Público do Estado de São Paulo com o objetivo de impor ao réu a obrigação de impedir a exploração da APP descrita no inquérito civil, bem como de recuperar a degradação, removendo a piscina e o *deck* construídos no local.

Inicialmente, afaste-se a preliminar de conexão suscitada nas razões recursais.

O caso em apreço, apesar de possuir alguma ligação com a mencionada ação ajuizada pelo órgão ministerial em face da concessionária AES Tietê, tem pedido e causa de pedir distintos, o que não autoriza a conexão das ações nos termos do art. 103 do CPC.

Sobre o tema, com acerto afastou a alegação o magistrado da causa: "compulsando os autos, verifica-se que a mencionada ação possui causa de pedir diversa da causa de pedir da presente demanda. Naquela, a causa de pedir consiste basicamente na necessidade de elaboração de plano ambiental para conservação e uso do reservatório. Nesta, a causa de pedir é o uso irregular da propriedade, em razão de construções realizadas em área de preservação permanente".

No mérito, o r. recurso merece prosperar.

Analisando os autos, verifica-se que o pleito foi ajuizado para impedir irregularidade causadora de dano ambiental em área de preservação permanente através do uso e construção no local por parte do ora recorrente. Sabe-se, ainda, que desde a legislação anterior já havia previsão de proteção das APPs, e o atual Código Florestal, em seus arts. 4º e 62, enquadram nesta classificação as áreas no entorno de reservatórios d'água artificiais, como neste caso, mas com parâmetros definidos.

Igualmente, tem-se que é certa, independentemente de o atual proprietário ou possuidor ser, efetivamente, o causador dos estragos, a natureza da obrigação pela reparação do meio ambiente, que é um bem maior, de titularidade de toda a coletividade, a qual é *propter rem*, ou seja, está ligada à propriedade, podendo ser responsabilizado o atual proprietário.

Acrescente-se que as normas de proteção ambiental, como a Lei nº 12.651/12, têm aplicação em casos novos e nos preexistentes, dada a sua natureza de norma cogente e de aplicação imediata, pois voltada à proteção de bem metaindividual.

Acesso ao Sumário

Entretanto, a hipótese vertente autoriza afastar a imposição de dever de recuperação da área pela desqualificação do local como de área de preservação permanente nos termos da legislação pertinente, sobretudo pelo ajuizamento ter se baseado na essencialidade de proteção de APP.

Ainda que não se negue a aplicação da atual legislação ambiental, oportuno arredar a alegação de não aplicação de parte do texto legal por se entender que dotada de inconstitucionalidade. Mesmo que exista no ordenamento jurídico o controle difuso de constitucionalidade, a matéria em questão já se encontra *sub judice* na via concentrada, estando pendentes de julgamento no STF três Ações Diretas de Inconstitucionalidade, de números 4901, 4902 e 4903, ajuizadas pela Procuradoria Geral da República para questionar os dispositivos acerca das áreas de preservação permanente, de redução da reserva legal e da anistia para aquele que causa degradação ambiental. Desse modo, ao menos por ora, em razão da inexistência de qualquer decisão liminar reconhecendo uma inconstitucionalidade ou revogação do texto normativo, e do fato de se considerar necessária a premente aplicação da norma, inviável o acolhimento do argumento por esta via judicial.

Dessa forma, conforme o teor do art. 62 do Código Florestal vigente, as construções do imóvel do réu, ora recorrente, não mais estão situadas em área de preservação permanente, o que foi atestado na documentação nova juntada que possui manifestação da Cetesb (órgão administrativo competente e cuja idoneidade nas manifestações não possui indícios para infirmá-las), na qual consta a expressa assertiva de que "(...) as edificações descritas localizam-se à jusante da faixa de terra compreendida entre as cotas máximas de operação e a máximo *maximorum*; 2 – Pela situação acima descrita, entende que as citadas estruturas não estão inseridas na Área de Preservação Permanente".

Oportuno consignar que, como mencionado, a legislação ambiental possui aplicação imediata, e o fato de a autuação da infração ter ocorrido na vigência da lei anterior não afeta tal conclusão, máxime porque o inquérito civil teve seu prosseguimento com análise específica dos fatos, seguido do ajuizamento da ação, e o atual código florestal adveio antes da prolação da sentença de mérito, a qual figura como título executivo, não se vislumbrando qualquer infração ao instituto do ato jurídico perfeito.

Acesso ao Sumário

Sobre o tema, confira-se:

> AÇÃO CIVIL PÚBLICA. Meio ambiente. Área desconsiderada como de preservação permanente, segundo o disposto no art. 62 da Lei n.º 12.651/12. Ação julgada improcedente. Inconstitucionalidade do referido artigo discutida nos autos da ação direta em trâmite perante o Supremo Tribunal Federal. Decisão mantida. Recurso não provido. (Apelação nº 0003272-04.2011.8.26.0103 – Caconde – 2ª Câmara Reservada ao Meio Ambiente – Rel. Vera Angrisani – DJ 31/07/2014)

AÇÃO CIVIL PÚBLICA. Supressão de vegetação e construção de rancho em área de preservação permanente protetora de reservatório d'água artificial. Improcedência dos pedidos. Superveniência da Lei n. 12.651/2012. Descaracterização do ilícito ambiental. Área não mais considerada de preservação permanente. Inteligência dos arts. 4º, inc. III, e 62 do novo Estatuto Florestal. Sentença mantida. RECURSO DESPROVIDO. (Apelação nº 0000149-95.2011.8.26.0103 – Caconde – 2ª Câmara Reservada ao Meio Ambiente – Rel. Paulo Alcides – DJ 15/05/2014)

Destarte, descaracterizado qualquer ilícito ambiental, deve o presente recurso ser julgado procedente para afastar a condenação imposta.

Cabe consignar, por último, que, ao ser adotada uma tese de mérito, todas as outras, com ela incompatíveis, são rejeitadas automaticamente. E, ainda que sejam examinados um a um os fundamentos expostos nos articulados, aqueles que não se encaixam na tese acolhida pelo julgador estão rechaçados.

Pelo exposto, **dou provimento** ao recurso.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0006400-94.2005.8.26.0506, da Comarca de Ribeirão Preto, em que são apelantes MANOEL GONÇALVES CUNHA (JUSTIÇA GRATUITA) e MARIA APARECIDA GONÇALVES CUNHA, é apelada PREFEITURA MUNICIPAL DE RIBEIRÃO PRETO.

ACORDAM, em 6ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 30.950)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores REINALDO MILUZZI (Presidente sem voto), LEME DE CAMPOS e SIDNEY ROMANO DOS REIS.

São Paulo, 22 de setembro de 2014.

EVARISTO DOS SANTOS, Relator

Ementa: REINTEGRAÇÃO DE POSSE

Esbulho caracterizado. Ocupação de duas áreas públicas. Construção irregular de moradia em uma delas e plantio de árvores na outra. Interesse público a ditar a medida. Descabida indenização por

Acesso ao Sumário

benfeitorias.

Recurso não provido.

VOTO

1. Ao relatório anterior, acrescento ter sido **anulada** (fls. 249/251) a r. sentença (fls. 192/198), sendo outra proferida (fls. 257/260) acolhendo-se, novamente, a pretensão (fls. 02/04), **reintegrando** a Municipalidade de Ribeirão Preto na posse de imóveis ocupados indevidamente, indeferido pedido de retenção ou indenização.

Recorreram Manoel Gonçalves Cunha e sua esposa, sustentando a reforma. Trata-se de área remanescente de desapropriação, abandonada e contígua à residência dos apelantes. Expropriou-se além do necessário. Passaram a cuidar da área, lá plantando diversas árvores com intuito de conter a proliferação de insetos. Evidente sua boa-fé. Conduta do Poder Público afronta o princípio da dignidade da pessoa humana. Reiteraram pedido contraposto de retenção e indenização. Daí a reforma (fls. 262/269).

Respondeu-se (fls. 272/274).

É o relatório.

2. Infundada a pretensão recursal.

Trata-se de **possessória** da Municipalidade de Ribeirão Preto contra ocupantes de imóveis públicos.

Segundo consta, a autora é proprietária de duas glebas contíguas, desapropriadas em seu favor, para abertura de avenida, tratando-se de áreas remanescentes que, somadas, têm dimensões maiores do que a mínima exigida para individualização cadastral. O requerido José Galhardo, embora tenha solicitado a aquisição de uma delas (processo administrativo nº 02.1998.032451-0 – fls. 07), passou a ocupá-la indevidamente, construindo ali moradia. Já o requerido Manoel Gonçalves Cunha ocupa a outra área com o plantio de árvores frutíferas (fls. 03, 17 e 21/28). Eventual alienação a terceiros interessados (fls. 29/31) exige procedimento licitatório.

A r. sentença, à luz da perícia (fls. 129/154), julgou procedente a ação (fls. 257/260).

Recorreram Manoel Gonçalves Cunha e sua esposa, afirmando estar evidenciada sua boa-fé e reiterando pleito de retenção e indenização (fls. 262/269).

Sem razão, contudo.

Ora, tratando-se de **bem público**, área remanescente objeto de desapropriação, conta com os atributos da **imprescritibilidade**, da **impenhorabilidade** e da **não oneração**. É patrimônio **indisponível** e não pode

ser livremente utilizado pelo particular, devendo ser imediatamente **devolvido** à administração.

Não se cogita em exercício da **posse** pelos ocupantes, em que pesem suas alegações no sentido de pretenderem conservar a área em questão por meio do plantio de árvores, e sim mera **detenção** precária e desautorizada, que **não** gera sequer o direito de retenção.

Como já se decidiu nesta **Eg. 6ª Câmara de Direito Público**, em casos análogos:

> "*Saliente-se que a observância ao princípio da supremacia do interesse público sobre o privado, faz com que o direito de propriedade da Municipalidade prevaleça sobre o direito individual de moradia dos idosos, crianças, adolescentes e demais ocupantes da área.*"
>
> "*Cabe lembrar que a detenção não goza de proteção civil e, portanto, não gera direitos de posse, tampouco de retenção, sendo de rigor a* ***imediata restituição do bem à administração****.*" (grifei – AI nº 990.10.252145-1 – v.u. j. de 30.08.10 – Rel. Des. **CARLOS EDUARDO PACHI**), como aqui se tem julgado: "***Irrelevância*** *do fato da posse datar de* ***mais*** *de ano e dia, quando se trata de* ***bem público****, surgindo apenas direitos de* ***detenção****...*" – AI nº 793.634.5/0 – v.u. j. de 02.02.09 – Rel. Des. **ISRAEL GÓES DOS ANJOS** ou "*Os bens públicos são* ***insuscetíveis*** *de* ***posse*** *pelos particulares, que são meros* ***detentores***" – AI nº 672.240.5/0 – v.u. j. de 22.10.07 – Rel. Des. **LEME DE CAMPOS**, dentre outros no mesmo sentido).

Confiram-se, no mesmo sentido: AC nº 0.016.648-49.2010.8.26.0602 – v.u. j. de 06.08.12 – de que fui Relator e AC nº 0.368.410-28.2009.8.26.0000 – v.u. j. de 24.09.12 – Rel. Des. **SIDNEY ROMANO DOS REIS**.

Descabida, de outra parte, qualquer **indenização.**

Apenas o possuidor de **boa-fé**, que construiu em terreno alheio, merece indenização e pode exercer o direito de retenção (RT vol. 469/69 – ***in*** **GUIDO ARZUA** – "Posse – O Direito e o Processo" – Ed. Revista dos Tribunais – 1978 – p. 113) ou receber pelas plantações e serviços feitos no imóvel reintegrado (RT vol. 259/534 – op. cit. – idem ibidem – p. 112).

Daí a necessidade de se examinar o conceito de **posse** de **boa-fé**.

O **art. 1.201 do vigente CC** bem a define: "*... é de boa-fé a posse, se o possuidor ignora o vício, ou o obstáculo que impede a aquisição da coisa.*". E nesse passo **não** divergiu muito do legislador anterior (**art. 490 do CC/1916** – "*É de boa-fé a posse, se o possuidor ignora o vício, ou o obstáculo que lhe impede a aquisição da coisa, ou do direito possuído.*"), prevalecendo, portanto, doutrina e jurisprudência, sobre tal assunto, da época do preceito revogado.

Para **ALÍPIO SILVEIRA**, mencionado por **GUIDO ARZUA**,

Acesso ao Sumário

"*... o conceito de boa-fé, em matéria de posse, é a convicção do possuidor de que a coisa lhe pertence, isto é, a convicção de ser dono do imóvel, pela ignorância dos vícios do título*" (op. cit. – p. 108).

E, acrescenta **TITO LÍVIO PONTES**:

"*... a ignorância aqui entende-se a ignorância escusada, baseada em erro, pela suposição em que está o possuidor de que tem realmente a posse da coisa, que de direito lhe pertence. É a boa-fé assentada no erro escusável, e no seu duplo sentido psicológico e ético, vale dizer, de um lado, a convicção de ser possuidor, e de outro, essa convicção assentada em base objetiva, segura, ética...*",

Completando:

"*... assim, para se efetivar a boa-fé do possuidor, é preciso que ele disso esteja consciente, graças a indagações e pesquisas a que, ética e juridicamente, é obrigado a fazer*." ("Da Posse" – Leud – 1977 – p. 71).

Ora, dessa qualidade **não** é a 'posse' apresentada pelos apelantes, bastando para a descaracterizar o simples fato de terem se assenhoreado de imóvel sem ônus ou título, precária e informalmente, como evidenciado nos autos. Ainda mais, os réus sabiam tratar-se de remanescente de desapropriação, constando, inclusive, pleito de um deles à aquisição do imóvel, circunstâncias que afastam, por completo, qualquer conotação de boa-fé.

Assim já se decidiu nessa **Eg. 6ª Câmara de Direito Público**:

"*OCUPAÇÃO DE BEM PÚBLICO – Ação de Reintegração de Posse – Bem de uso comum do povo, passeio público – Mera detenção que, precária, não gera direitos de posse, tampouco de retenção ou indenização por benfeitorias...*" (AC nº 296.803-5/9 – v.u. j. de 07.05.07 – Rel. Des. **CARLOS EDUARDO PACHI**).

E, ainda:

"*Reintegração de posse – Por se tratar de bem público, os invasores possuíam apenas mera detenção do terreno – Ocupação indevida da área – Esbulho caracterizado – Descabido o pleito de indenização pelas benfeitorias – Ação julgada procedente – Sentença mantida – Recurso improvido.*" (AC nº 558.044-5/3 – v.u. j. de 24.09.07 – Rel. Des. **LEME DE CAMPOS**).

No mesmo sentido: AC nº 0.141.557-97.2008.8.26.0000 – v.u. j. de 13.02.12 – Rel. Des. **SIDNEY ROMANO DOS REIS** e AC nº 0.000.221-30.1999.8.26.0418 – v.u. j. de 12.05.14 – de que fui Relator, dentre inúmeros outros arestos.

A r. sentença bem analisou as questões postas e examinou com cuidado a prova produzida. É **mantida**, por seus fundamentos, nos termos do **art. 252 do Regimento Interno** deste **Eg. Tribunal de Justiça** ("*Nos recursos em geral,*

Acesso ao Sumário

o relator poderá limitar-se a ratificar os fundamentos da decisão recorrida, quando, suficientemente motivada, houver de mantê-la").

3. Nego provimento ao recurso.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0015524-58.2012.8.26.0053, da Comarca de São Paulo, em que é apelante KITCHENS COZINHAS E DECORAÇÕES LTDA., 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 parcialmente provido. V.U.", de conformidade com o voto da Relatora, que integra este acórdão. **(Voto nº 20953)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores LUCIANA BRESCIANI (Presidente sem voto), RENATO DELBIANCO e JOSÉ LUIZ GERMANO.

São Paulo, 23 de setembro de 2014.

VERA ANGRISANI, Relatora

Ementa: ANULATÓRIA. Auto de Infração e Imposição de Multa. ICMS. Fornecimento de mercadoria com prestação de serviço. Documentação juntada aos autos que demonstra a formalização de negócios únicos. Incidência para toda a operação do ICMS. Sentença de improcedência mantida. Taxa de juros de mora regulada pela Lei Estadual nº 13.918/09. Questão que já foi decidida pelo Órgão Especial desta Corte em Arguição de Inconstitucionalidade. Hipótese em que os juros e correção monetária aplicados ao caso não podem ser superiores à taxa utilizada pela União. Recurso provido em parte.

VOTO

Trata-se de ação anulatória ajuizada por **KITCHENS COZINHAS E DECORAÇÕES LTDA.** em face da **FAZENDA DO ESTADO DE SÃO PAULO**, objetivando a nulidade do lançamento tributário materializado pelo Auto de Infração e Imposição de Multa nº 3.050.950-6. Diz a autora que foi

autuada sob o fundamento de falta de pagamento de ICMS, deixando de incluir na base de cálculo do tributo o valor dos serviços de montagem e instalação dos móveis de sua fabricação. Afirma que tais serviços foram prestados por outra empresa, Kitchens Comércio de Aparelhos Domésticos Ltda., sendo pessoas jurídicas distintas, autônomas, com patrimônio e objeto social próprios. Sustenta a irregularidade do procedimento fiscal e o caráter confiscatório da penalidade aplicada.

A r. sentença de fls. 969/979 julgou improcedente o pedido.

Apela a autora, alegando, em preliminar, falta de fundamentação e motivação da r. sentença, o que implica sua nulidade, visto que o julgado silenciou completamente acerca das informações que foram apresentadas no laudo pericial, bem assim a iliquidez do AIIM, pois os serviços de elaboração dos projetos de decoração estão sujeitos única e exclusivamente ao ISSQN. Afirma que o fisco não separou, ao elaborar o AIIM, o valor que foi cobrado pelos serviços de elaboração dos projetos de decoração e os que foram cobrados pelos serviços de instalação. Ainda, em sede preliminar, entende que houve cerceamento do direito à ampla defesa. No mérito, insiste que os serviços de instalação não são prestados por ela, mas sim pela empresa Kitchens Comércios (ALNO), empresas completamente distintas. Menciona que não existe nos contratos firmados entre a ALNO e seus clientes previsão que os impeça de contratar marceneiros ou outras empresas que não a apelante para a fabricação dos móveis que comporão os ambientes por eles escolhidos nos projetos. Argui a apelante que ela e a empresa ALNO, embora sejam empresas interdependentes e possuam o mesmo nome "KITCHENS" em comum em suas razões sociais, não são estabelecimentos do mesmo titular, pois são empresas que se encontram estabelecidas em endereços diferentes, em cidades diferentes, com atividades diversas, não possuindo o mesmo número base do CNPJ. Sustenta que a perícia é conclusiva no sentido de que sua atividade envolve apenas a industrialização e comercialização de móveis, sendo a empresa ALNO (Kitchens Comércio) que executa os serviços personalizados de decoração, e, posteriormente, executa os serviços de montagem e instalação dos móveis projetados, não podendo a apelante incluir, na base de cálculo de ICMS dos móveis que produz e comercializa, valores estranhos à sua atividade, ou seja, valores que foram cobrados pela empresa ALNO pela execução dos serviços de decoração e instalação. Subsidiariamente, insurge-se contra a taxa de juros instituída pela Lei nº 13.918/2009 e a multa cominada no AIIM, haja vista seu caráter confiscatório (fls. 992/1032).

Acesso ao Sumário

Recurso recebido (fls. 1037) e respondido (fls. 1044/1057).

É o relatório.

Ficam afastadas as preliminares.

É certo que o princípio da fundamentação das decisões encontra assento constitucional (art. 93, IX da CF). Portanto, o juiz não está autorizado a decidir sem fundamentação, sendo nula decisão não fundamentada (RF 306/200). Por outro lado, as decisões podem ser exteriorizadas por meio de fundamentação concisa, que significa fundamentação breve, sucinta. Concisão e brevidade não significam ausência de fundamentação.

Diz a apelante que a sentença foi silente quanto às informações apresentadas no laudo pericial, o que, no seu entender, também configura cerceamento ao direito de defesa. Contudo, não faz sentido tal crítica ao julgado, a pretexto de ver declarada sua nulidade.

Pelo moderno sistema da persuasão racional, ao mesmo tempo em que se mantém a liberdade de apreciação, o juiz fica vinculado ao material probatório constante dos autos, obrigando, também, o magistrado a fundamentar sua decisão de modo a se poder aferir o desenvolvimento de seu raciocínio e as razões de seu convencimento. O aludido sistema da persuasão racional está consagrado no art. 131, do Código de Processo Civil: "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".

Como se vê, em primeiro dá a lei a liberdade de apreciação, ou seja, as provas não têm valor predeterminado nem peso legal. Cada circunstância de fato será apreciada no contexto das demais provas e pode valer mais ou menos segundo o entendimento não preordenado do juiz. Em segundo lugar, porém, limita a lei esse convencimento e apreciação aos fatos e circunstâncias constantes dos autos, segundo o princípio *id quod non et in actis non est in mundus* (o que não está nos autos não existe). Consagra-se aí o princípio da verdade formal, ou seja, o juiz decidirá segundo a verdade dos autos.

No caso dos autos, a r. sentença encontra-se devidamente fundamentada, permitindo às partes aferir que a convicção foi extraída do material probatório constante dos autos. Inexiste, também, cerceamento do direito à defesa, visto que não há hierarquia de provas, podendo, repita-se, o juiz analisar livremente a prova e formar seu convencimento.

Quanto à alegação de iliquidez do AIIM, esta se confunde com o mérito e com ele será analisada a seguir.

Pois bem. Cuida-se de ação de anulação do Auto de Infração e Imposição de Multa nº 3.050.950-6 julgada improcedente pela r. sentença.

O lançamento impugnado decorre pelo fato de que deixou a empresa Kitchens Cozinha e Decorações de pagar o ICMS devido no valor total de R$ 14.660,04, por não ter a autora incluído na base de cálculo da operação, o valor de R$ 122.217,00, referente aos serviços de montagem/instalação dos móveis

Acesso ao Sumário

de sua fabricação.

Entende a autuada que não se deve incluir na base do cálculo o valor do serviço de planejamento e instalação da mercadoria que produz, sob a alegação de que é outra empresa que presta os mencionados serviços que estariam na esfera de incidência do ISS.

Contudo, o pedido objeto dessa ação não merece prosperar.

Numa análise acurada da documentação acostada aos autos, em relação às operações objeto da autuação em tela, de fato, denota-se a prática de mecanismos utilizados pela empresa apelante tendentes a afastar indevidamente a incidência do ICMS sobre o total das operações em questão.

E isso, como bem aponta a Fazenda do Estado, configura a chamada prática de "venda casada" pela autora.

A venda casada é caracterizada quando o consumidor, ao adquirir um produto, leva conjuntamente outro seja da mesma espécie ou não. O instituto da venda casada pode ser visualizado quando o fornecedor de produtos ou serviços condiciona que o consumidor só pode adquirir o primeiro se adquirir o segundo. Tal prática é expressamente proibida, no Brasil, pelo Código de Defesa do Consumidor (art. 39, I), constituindo infração da ordem econômica (art. 36, § 3º, XVIII, da Lei nº 12.529/2011).

Com efeito, conforme documento de fls. 339, verifica-se a existência de um só pedido englobando a venda das mercadorias e sua instalação de nº 201586, no valor total de R$ 74.000,00.

No mesmo esteio são os pedidos juntados às fls. 352, 363 e 374.

Não obstante a autora Kitchens Cozinhas e Decorações e a empresa Kitchens Comercial tenham emitido notas fiscais separando os serviços de instalação e o fornecimento de mercadorias, na verdade, o que se nota é que se referem ao mesmo pedido.

Ao contrário do que entende a apelante, o julgado não é contrário à prova pericial realizada. Na espécie, a perícia corrobora com as conclusões tiradas da documentação aqui juntada. Os pedidos que originaram as notas fiscais abrangidas no AIIM, emitidas pela autora quando da entrega das mercadorias (*cozinha e área de serviço kitchens*), são exatamente os mesmos que deram origem à emissão das notas fiscais de serviços emitidas pela empresa "*Kitchens Comércio de Aparelhos Domésticos Ltda*." por ocasião das respectivas montagens daquelas. E tal constatação resta demonstrada pela perícia oficial nas respostas aos quesitos 03 e 05 (fls. 550/551 e 553/554).

Acesso ao Sumário

A Lei Estadual nº 6.374, de 1º de março de 1989, que instituiu o Imposto sobre Operações Relativas à Circulação de Mercadorias e sobre Prestações de Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicação – ICMS, alterada pela Lei nº 10.619/00, em seu art. 24, § 1º, item 4 assim

estabelece:

"Artigo 24 – Ressalvados os casos expressamente previstos, a base de cálculo do imposto nas hipóteses do artigo 2º é:

(...)

§ 1º – Incluem-se na base de cálculo:

1 – seguros, juros e demais importâncias pagas, recebidas ou debitadas, bem como descontos concedidos sob condição;

2 – frete, se cobrado em separado, relativo a transporte intramunicipal, intermunicipal ou interestadual, realizado pelo próprio remetente ou por sua conta e ordem;

3 – o montante do Imposto sobre Produtos Industrializados, salvo quando a operação, realizada entre contribuintes e relativa a produto destinado à industrialização ou à comercialização, configurar fato gerador de ambos os impostos;

4 – a importância cobrada a título de montagem e instalação, nas operações com máquina, aparelho, equipamento, conjunto industrial e outro produto, de qualquer natureza, quando o estabelecimento remetente ou outro do mesmo titular tenha assumido contratualmente a obrigação de entregá-lo montado para uso". (n.g.)

A autora busca afastar a incidência do tributo sobre a prestação de serviços afirmando que estes foram realizados por pessoa jurídica distinta a ela, e que não caracteriza a interdependência ou a existência de um mesmo grupo econômico, mas não é esta a questão.

Em verdade as operações abarcadas pelo AIIM que se trata, cuida, sim, de venda casada, pois, segundo a farta documentação colacionada, quando da compra da cozinha não é oferecida ao consumidor opção de projeto e montagem por outra empresa, que não a Kitchens, sendo ofertado ao cliente um pacote fechado.

Tais fatos, por si só, deflagram a prática de ardiloso mecanismo para frustrar a arrecadação estadual, sendo certo que houve uma contratação una e indivisível, isto é, um negócio jurídico único, o qual se encontra, em sua totalidade, sujeito à incidência exclusiva do ICMS.

Vale mencionar, nesse esteio, que consoante a melhor interpretação dada ao texto constitucional, regente maior do direito tributário pátrio, solidificou-se o entendimento de que a base de cálculo do ICMS é o valor total da operação de que decorrer a saída da mercadoria.

Sendo assim, a operação de compra e venda deve ser tributada pelo seu valor total (mercadoria + serviços de montagem e instalação e de projeto), visto estar ocorrendo uma operação única, não se podendo separar uma da outra.

O negócio jurídico aqui verificado envolve operações mistas, nas quais

Acesso ao Sumário

a prestação de serviços e o fornecimento de mercadorias são partes integrantes de uma só transação comercial. Como bem esclarecido nos autos da Apelação Cível nº 9139755-71.2009, da relatoria do Desembargador Oswaldo Luiz Palu, "*haverá nítido caráter mercantil sempre que o objeto preponderante da operação for o fornecimento da mercadoria, porquanto, não obstante os serviços de montagem integrassem o fornecimento, a característica substancial da operação seria a obrigação de dar um bem móvel. Em tais hipóteses, temos a exclusiva incidência do ICMS*". Assim também entendeu o C. STJ em caso semelhante:

> "TRIBUTÁRIO. PREPONDERÂNCIA DA ATIVIDADE COMERCIAL SOBRE A ATIVIDADE DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇO. INCIDÊNCIA DO ICMS. PRECEDENTES.
>
> 1. Empresa que tem como atividade principal o exercício de comércio, representação, importação e exportação de materiais de construção, móveis e objetos de decoração, inclusive artesanatos, e secundária a prestação de serviços de construção civil.
>
> 2. Transação da empresa que envolveu a venda de piso de madeira a um cliente e contratou os serviços de sua aplicação. Emitiu duas faturas separadas, fazendo constar na primeira a venda da mercadoria e na segunda o preço do serviço. É, portanto, preponderante a atividade comercial da recorrida.
>
> 3. Ocorrência das chamadas operações mistas, aquelas que englobam tanto o fornecimento de mercadorias como a prestação de serviços.
>
> 4. Em uma atividade mista, em que ocorre tanto o fornecimento de mercadorias como a prestação de serviços, incidirá o ICMS ou o ISS conforme prepondere o fornecimento da mercadoria (ICMS) ou a prestação de serviço (ISS).
>
> 5. Incidência do ICMS sobre o valor total da circulação da mercadoria a título de compra e venda, por ser essa a atividade preponderante da empresa.
>
> 6. Precedentes desta Corte Superior.
>
> 7. Recurso provido." (Resp 139921/PR, rel. p/ acórdão Min. José Delgado, j. 15.08.00).

No caso concreto, houve um negócio único, de natureza mercantil, sujeito, portanto, à incidência do ICMS.

Ademais, bom que se diga que o quadro societário das empresas envolvidas é o mesmo, ou seja, quer a autora Kitchens Cozinhas e Decorações Ltda., fornecedora das mercadorias, quer a empresa Kitchens Comércio de Aparelhos Domésticos Ltda., possuem as mesmas pessoas em seu quadro societário. É o que consta na perícia em respostas aos quesitos 04 e 06, ofertados pela Fazenda do Estado de São Paulo.

Acesso ao Sumário

Desse modo, não há qualquer irregularidade no AIIM nº 3.050.950-6.

Quanto à alegação do caráter confiscatório da multa aplicada, melhor sorte não acompanha a apelante.

A multa fixada no auto de infração é punitiva, o que, como bem colocado na r. sentença, "*afasta a exceção de caráter confiscatório e, em consequência, a alegação de violação da capacidade contributiva, ocorrência de confisco e de excesso ofensivo à função social da empresa*".

O agente administrativo responsável pelo lançamento guerreado aplicou a multa nos termos definidos em lei, o que não viola os princípios da capacidade contributiva e nem configura o aduzido confisco.

Por fim, merece agasalho tão somente a afirmação da apelante no que tange à indevida aplicação da Lei nº 13.918/2009 para a correção do débito descrito no AIIM.

Pelos critérios impostos pela referida Lei nº 13.918/2009, que deu nova redação à Lei nº 6.374/89, alterou-se a sistemática do cômputo de correção monetária e juros de mora, sofrendo considerável aumento, juros na ordem de 0,13% ao dia, absorvendo a correção, facultada a sua redução por ato do Secretário da Fazenda.

Em se tratando de matéria atinente a juros e correção de débitos fiscais, institutos de Direito Financeiro e ou Direito Tributário, a competência é concorrente entre União, Estados e Distrito Federal, nos termos do art. 24, inciso I e §§ 1º e 2º, de modo que compete à União estabelecer normas gerais, as quais os Estados e Distrito Federal se submetem, e que, portanto, não poderão fixar índices superiores aos estabelecidos para os tributos federais, que vem adotando a Taxa Selic para composição de correção monetária e juros moratórios.

Nesse esteio, aliás, o Colendo Órgão Especial deste E. Tribunal de Justiça declarou inconstitucional a interpretação e aplicação que estava sendo dada pelo Estado aos artigos 85 e 96, da Lei Estadual nº 6.374/89, com a redação dada pela Lei Estadual nº 13.918/09, sem alterá-los gramaticalmente. Foi determinado que o alcance valorativo dos dispositivos fique adequado à Constituição Federal, ou seja, que a taxa de juros adotada (que na atualidade engloba a correção monetária), seja igual ou inferior à utilizada pela União para o mesmo fim:

> "INCIDENTE DE INCONSTITUCIONALIDADE – Arts. 85 e 96 da Lei Estadual nº 6.374/89, com a redação dada pela Lei Estadual nº 13.918/09 – Nova sistemática de composição dos juros da mora para os tributos e multas estaduais (englobando a correção monetária) que estabeleceu taxa de 0,13% ao dia, podendo ser reduzida por ato do Secretário da Fazenda, resguardado o patamar mínimo da taxa SELIC – Juros moratórios e correção monetária dos créditos fiscais que são, desenganadamente, institutos de Direito Financeiro e/ou de Direito Tributário – Ambos os ramos do Direito que estão previstos em conjunto no art. 24, inciso I, da CF, em

que se situa a competência concorrente da União, dos Estados e do DF – §§ 1º a 4º do referido preceito constitucional que trazem a disciplina normativa de correlação entre normas gerais e suplementares, pelos quais a União produz normas gerais sobre Direito Financeiro e Tributário, enquanto aos Estados e ao Distrito Federal compete suplementar, no âmbito do interesse local, aquelas normas – STF que, nessa linha, em oportunidades anteriores, firmou o entendimento de que os Estados-membros não podem fixar índices de correção monetária superiores aos fixados pela União para o mesmo fim (v. RE nº 183.907-4/SP e ADI nº 442) – CTN que, ao estabelecer normas gerais de Direito Tributário, com repercussão nas finanças públicas, impõe o cômputo de juros de mora ao crédito não integralmente pago no vencimento, anotando a incidência da taxa de 1% ao mês, 'se a lei não dispuser de modo diverso' – Lei voltada à regulamentação de modo diverso da taxa de juros no âmbito dos tributos federais que, destarte, também se insere no plano das normas gerais de Direito Tributário/Financeiro, balizando, no particular, a atuação legislativa dos Estados e do DF – Padrão da taxa SELIC que veio a ser adotado para a recomposição dos créditos tributários da União a partir da edição da Lei nº 9.250/95, não podendo então ser extrapolado pelo legislador estadual – Taxa SELIC que, por sinal, já se presta a impedir que o contribuinte inadimplente possa ser beneficiado com vantagens na aplicação dos valores retidos em seu poder no mercado financeiro, bem como compensar o custo do dinheiro eventualmente captado pelo ente público para cumprir suas funções – Fixação originária de 0,13% ao dia que, de outro lado, contraria a razoabilidade e a proporcionalidade, a caracterizar abuso de natureza confiscatória, não podendo o Poder Público em sede de tributação agir imoderadamente – Possibilidade, contudo, de acolhimento parcial da arguição, para conferir interpretação conforme a Constituição, em consonância com o julgado precedente do Egrégio STF na ADI nº 442 – Legislação paulista questionada que pode ser considerada compatível com a CF, desde que a taxa de juros adotada (que na atualidade engloba a correção monetária), seja igual ou inferior à utilizada pela União para o mesmo fim – Tem lugar, portanto, a declaração de inconstitucionalidade da interpretação e aplicação que vêm sendo dada pelo Estado às normas em causa, sem alterá-las gramaticalmente, de modo que seu alcance valorativo fique adequado à Carta Magna (art. 24, inciso I e § 2º) – Procedência parcial da arguição." (Arguição de Inconstitucionalidade nº 0170909-61.2012.8.26.0000 – Voto nº 16.422 – Rel. Paulo Dimas Mascaretti. Comarca: São Paulo; Data do julgamento: 27/02/2013; Data de registro: 07/03/2013).

Sendo assim, a taxa de juros aplicada ao caso com base na Lei nº 13.918/2009 não deve superar à utilizada pela União.

Por derradeiro, considera-se prequestionada toda matéria infraconstitucional e constitucional, observando-se que é pacífico no Superior

Acesso ao Sumário

Tribunal de Justiça que, tratando-se de prequestionamento, é desnecessária a citação numérica dos dispositivos legais, bastando que a questão posta tenha sido decidida. E mais, os embargos declaratórios, mesmo para fins de prequestionamento, só são admissíveis se a decisão embargada estiver eivada de algum dos vícios que ensejariam a oposição dessa espécie recursal (EDROMS 18205/SP, Ministro FELIX FISCHER, DJ 08.05.2006 p. 240).

Pelo exposto, **dá-se provimento parcial** ao apelo.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0007620-71.2012.8.26.0510, da Comarca de Rio Claro, em que é apelante MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO, é apelada ADELINA APARECIDA PALOTTA ZANÃO – ME.

ACORDAM, em 1ª Câmara Reservada ao Meio Ambiente do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 16.681)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores RUY ALBERTO LEME CAVALHEIRO (Presidente) e MOREIRA VIEGAS.

São Paulo, 2 de outubro de 2014.

JOÃO NEGRINI FILHO, Relator

Ementa: DIREITO AMBIENTAL – AÇÃO CIVIL PÚBLICA – PRODUÇÃO DE PROVA PERICIAL – HONORÁRIOS DO PERITO – NÃO PAGAMENTO PELO MINISTÉRIO PÚBLICO – AÇÃO JULGADA IMPROCEDENTE POR FALTA DE PROVAS – PROVA TÉCNICA QUE DEVE SER CUSTEADA PELA FAZENDA DO ESTADO, E NÃO PELO PRÓPRIO MINISTÉRIO PÚBLICO – APLICAÇÃO DA SÚMULA 232 DO STJ – RETORNO DOS AUTOS À ORIGEM PARA REGULAR PROSSEGUIMENTO – APELO PROVIDO.

VOTO

Trata-se de ação civil pública julgada improcedente por ter o autor deixado de depositar os honorários periciais, resultando em preclusão de provas

Acesso ao Sumário

necessárias para demonstrar o fato descrito na inicial (fls. 804).

Apela a parte sucumbente sustentando que não há base legal para adiantar o pagamento dos honorários periciais e que o pagamento não deve ser exigido do MP, mas sim do Estado de São Paulo (fls. 808/812).

O recurso foi recebido e respondido (fls. 821/826).

É o relatório.

O Ministério Público do Estado de São Paulo ajuizou a ação civil pública em decorrência dos fatos apurados no inquérito civil que demonstram que a oficina "Funilaria e Pintura Pedro Zanão Belém" de responsabilidade da ré ADELINA APARECIDA PALLOTA ZANÃO, poluía a atmosfera.

A sentença de fl. 804 julgou improcedente a ação por falta de provas, em razão do não adiantamento dos honorários periciais pelo autor.

Pois bem, a decisão merece reforma.

O art. 18 da Lei nº 7.347/85 dispensa o autor da ação civil pública da obrigação de adiantar custas, emolumentos, honorários periciais e quaisquer outras despesas. No caso, o Ministério Público é o autor da ação.

Em contrapartida, não é possível exigir que o profissional nomeado pelo juízo *a quo* realize os trabalhos periciais sem receber a devida remuneração pelo trabalho ou então que receba somente após o desfecho da ação pela parte vencida.

O entendimento até então adotado nesta Câmara especializada era de que, no caso, referido encargo deveria ser imputado ao Fundo Estadual de Defesa dos Interesses Difusos - FID, denominação conferida pela Lei nº 13.555, de 09/06/2009.

Porém, seguindo nova orientação traçada pelo Colendo Superior Tribunal de Justiça no julgamento definitivo do mérito do Recurso Especial nº 1.253.844/SC, DJe de 17.10.2013, que reconheceu a impossibilidade de se exigir o pagamento de tal verba ao Ministério Público, por força do disposto no artigo 18 da Lei nº 7.347/86, e aplicando-se, por analogia, o teor da Súmula nº 232 do STJ, que imputa o ônus à Fazenda Pública, com base no artigo 543-C, § 7º, do CPC, aquele entendimento restou superado, como se observa nos julgados ora transcritos:

> *'PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. HONORÁRIOS PERICIAIS. ADIANTAMENTO. PERÍCIA REQUERIDA POR AMBAS AS PARTES. ISENÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO. ÔNUS DA FAZENDA PÚBLICA.*
>
> *1. A primeira Seção desta Corte firmou o entendimento de que encargo financeiro para a realização da prova pericial deve recair sobre a Fazenda Pública a que o Ministério Público estiver vinculado, por meio da aplicação analógica da Súmula 232/STJ'. (AgRg no REsp 1280441/MG,*

Acesso ao Sumário

Rel. Min. Castro Meira, 2ª Turma, Dje 18.06.13).

"Embargos à Execução. Ação civil pública proposta pelo Ministério Público. Improcedência. Condenação ao pagamento de custas e despesas processuais. Responsabilidade da Fazenda do Estado pelo pagamento, ante a inexistência de personalidade jurídica do órgão ministerial. O Ministério Público integra o Estado de São Paulo, recaindo sobre a Fazenda Estadual o ônus do pagamento. Precedentes. Sentença mantida. Recurso desprovido". (Apelação cível n. 0002325-73.2012.8.26.0000, 1ª Câmara Reservada ao Meio Ambiente do Tribunal de Justiça de São Paulo, ***Rel. Des. Moreira Viegas****, j. 5.12.13)."*

Ainda que o artigo 333 do CPC impute a obrigação ao autor da ação, no caso, o Ministério Público, o entendimento doravante firmado é de que tal ônus deve recair sobre a Fazenda do Estado de São Paulo, nos moldes da orientação do Superior Tribunal de Justiça.

Por fim, cumpre registrar que, apesar da manutenção do indeferimento da tutela antecipada em sede de agravo de instrumento (fls. 331/334), a produção da prova técnica foi requerida por ambas as partes, o que torna prudente a sua realização, mostrando-se prematuro o julgamento de improcedência da demanda sem a concretização da perícia.

Posto isto, DÁ-SE PROVIMENTO ao recurso para que os honorários do perito sejam suportados pela Fazenda do Estado de São Paulo, determinando-se o retorno dos autos à Vara de origem, para o regular prosseguimento da instrução processual.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0035614-58.2010.8.26.0053, da Comarca de São Paulo, em que é apelante EDITORA ABRIL S.A., é apelado PROCON - FUNDAÇÃO DE PROTEÇÃO E DEFESA DO CONSUMIDOR.

ACORDAM, em 10ª 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 nº 1365-14)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores TORRES DE CARVALHO (Presidente sem voto), ANTONIO CELSO AGUILAR CORTEZ e TERESA RAMOS MARQUES.

São Paulo, 13 de outubro de 2014.

ANTONIO CARLOS VILLEN, Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: AÇÃO ANULATÓRIA. Multa. PROCON. Propaganda enganosa e abusiva. Promoção do álbum de figurinhas "Disney Stars Prêmios". Omissão de dado essencial acerca da quantidade de prêmios relativos a cromos ilustrados (vale brinde laranja) e aos demais prêmios, brinquedos, MP3, cartões de R$ 100,00 (vale brinde verde). Omissão que induz à errônea conclusão de que o slogan "mais de um milhão de prêmios" referia-se a estes últimos (vale brinde verde). Proporção real que corresponde a um milhão de cromos ilustrados e 15.700 dos demais produtos, de um total de 21 milhões de embalagens de figurinhas. Propaganda abusiva, considerados o apelo imperativo de consumo e a vulnerabilidade do público alvo, o infantil. Prática abusiva consistente em fazer uso de imperativos para utilização do CPF dos pais no cadastro do vale brinde no site oficial do produto. Infração aos arts. 37, §§ 1º e 2º e 39 do CDC. Imposição de penalidade de multa consoante os parâmetros e limites de valor do art. 57, parágrafo único, do CDC. Portaria 26 do PROCON que apenas dá publicidade e transparência aos critérios utilizados pela Administração na fixação das multas. Sentença que julgou improcedente a ação. Recurso não provido.

VOTO

A r. sentença julgou improcedente ação ajuizada pela Editora Abril S.A. que pede a anulação de auto de infração e imposição de multa contra ela lavrado pela Fundação de Proteção e Defesa do Consumidor – PROCON, pela prática de propaganda enganosa e abusiva na campanha publicitária do álbum "Disney Stars".

A apelante alega, em síntese, que seu objetivo era a venda de figurinhas autocolantes. As peças publicitárias e o regulamento da promoção são claros quanto aos diversos tipos de prêmios, isto é, cromos ilustrados e aparelhos. Não houve violação aos arts. 37, § 1º, 30 e 31 do CDC. Afirma que a Secretaria de Acompanhamento Econômico autorizou a promoção, sem restrição. Do Plano de Operação consta que, dos 21 milhões de embalagens, 1.016.700 estariam premiadas, com um prêmio. Dessas, 1 milhão conteriam cromos ilustrados como prêmios. Alega que o comercial televisivo não afronta o art. 37, § 2º, do CDC.

Acesso ao Sumário

A porcentagem de premiação é a comumente verificada em ações promocionais. Não houve incitação das crianças a conduta clandestina, mas somente menção de que deveriam "pegar" o número do CPF de seus pais, no sentido coloquial, podendo ser entendido como "pedir". Os pais provavelmente estariam cientes de que seus filhos precisariam cadastrar o documento do responsável para resgatar o prêmio. Afirma que não houve infração ao art. 39 do CDC. O regulamento esclarece qualquer dúvida dos adquirentes e participantes da promoção, de qualquer idade. Os arts. 55, § 4, 57 do CDC e arts. 28 e 33 do Decreto nº 2181/97 afrontam aos princípios da razoabilidade e proporcionalidade (art. 37 da CF) e o direito ao sigilo econômico. Na imposição da multa deve ser considerado o faturamento do produto específico. Pede a concessão de antecipação de tutela recursal para evitar a inscrição no CADIN e o provimento do recurso para que a ação seja julgada procedente ou para que o valor da multa seja reduzido.

Recurso tempestivo e respondido.

É O RELATÓRIO.

Conforme o auto de infração lavrado pelos agentes da fundação PROCON, a autora veiculou propaganda enganosa em afronta ao art. 37, § 1º do CDC, pois na comercialização do álbum de figurinhas "Disney Stars" associou-o à promoção "Disney Stars Prêmios" e induziu o consumidor a erro por omitir dado essencial da promoção, relativo à quantidade de prêmios de cromos ilustrados (vale brinde laranja) e demais produtos, tais como brinquedos, MP3, cartões de R$ 100,00 (vale brinde verde), fazendo crer que a informação sobre "mais de um milhão de prêmios" referia-se a estes últimos (correspondentes ao vale brinde verde), quando a proporção de prêmios era de um milhão de cromos ilustrados e 15.700 dos demais produtos, de um total de 21 milhões de embalagens de figurinhas. A propaganda também foi considerada abusiva (art. 37, § 2, do CDC), em razão do apelo imperativo de consumo na campanha na televisão e vulnerabilidade do público alvo, o infantil. Além disso, no site oficial do produto, foi constatado o uso de imperativos para utilização do CPF dos pais no cadastro do vale brinde (fls. 54/57), e autuada por prática abusiva (art. 39 do CDC). Foi imposta multa no valor de R$ 322.936,06.

Embora a autora negue a prática das infrações, os elementos dos autos demonstram justamente o contrário. Com efeito, considerando a ênfase da campanha publicitária nos slogans "mais de um milhão de prêmios", "mais de um milhão de prêmios muito fáceis de ganhar", e o destaque no comercial de TV exclusivamente aos prêmios relativos ao "vale brinde verde" (brinquedos, MP3, caixas de som, bicicletas, cartões de R$ 100,00), é evidente, em primeiro lugar, que a propaganda induz à conclusão - errônea - de que a quantidade de prêmios se refere a estes últimos, quando na verdade, estes prêmios se limitam a 15.700 enquanto os prêmios relativos a pacotes de figurinhas, "vale brinde alaranjado", totalizam um milhão. Ademais, considerando a proporção dos mencionados

Acesso ao Sumário

prêmios e o total de embalagens comercializadas (21 milhões), conclui-se que o consumidor também foi levado a erro quanto à maior probabilidade de sorteio dos prêmios vale brinde verde (brinquedos, MP3, etc...). É evidente que a propaganda veicula conteúdo enganoso. Considerando que ela se destina ao público alvo infantil, com menor discernimento, a abusividade é manifesta. Não se alegue que a autorização da Secretaria de Acompanhamento Econômico do Ministério da Fazenda afastaria as infrações. Isso porque a autorização se limita à promoção, não isenta a responsabilidade da autora na publicidade desta.

A ausência de informação adequada, clara (de fácil entendimento) e ostensiva (perceptível imediatamente), com especificação correta impede a ciência do consumidor sobre os elementos da relação de consumo, implica obviamente violação do dever de informação, de proibição de propaganda enganosa (arts. 6º, III e IV, 31 e 37, § 1º, do CDC) e do princípio da transparência, decorrente da boa-fé objetiva, que deve reger a relação de consumo (art. 4º, caput, CDC).

Como se isso não bastasse, os comandos no site oficial do produto para utilização do CPF dos pais para cadastrar e validar os vale brindes implicam prática abusiva. Não há ressalva nos comandos a respeito da necessidade de ajuda de um adulto, somente o seguinte texto: "Caso seja menor de idade, use o CPF do pai ou responsável". "Já pegou tudo? Clique aqui!". É óbvio que o controle dos pais sobre o acesso dos filhos à internet não isenta a autora dos cuidados na publicidade destinada ao público infantil. O comando imperativo impele a criança ao cadastramento do CPF do pai/responsável, ainda mais tendo como estímulo o resgate dos prêmios.

Merece transcrição excerto da r. sentença que proferida pela MM. Juíza de Direito LAÍS HELENA BRESSER LANG, pela sua clareza, bem demonstra a correção da autuação: "Quinto, porque a forma de resgate dos prêmios, com incitação da criança a fornecer dados pessoais dos genitores, independentemente de ciência ou consentimento destes, traduz-se expediente perigoso com exposição de dados de forma não autorizada e até mesmo escondida, conduta incentivada pela infeliz redação utilizada. Tal não se pode admitir. Assim, só se pode concluir efetivamente pelo emprego de engodo por parte da autora, conduta esta inesperada para a editora cujo nome sempre traduziu sinônimo de seriedade e respeito para com o público, deslize este que merece reflexão por parte dos dirigentes para que se evite no futuro. E a reflexão certamente será mais efetiva diante da assunção das sanções impostas pelo requerido, de forma escorreita e irretocável, porque em efetiva infração ao disposto no art. 37, parágrafos 1º e 2 º, c.c. o art. 39, V, todos do Código de Defesa do Consumidor, com imposição da sanção prevista no art. 56, inciso I, graduada na forma do art. 57 e parágrafo único do mesmo diploma legal em montante compatível com o tipo e envergadura do negócio, sobretudo considerando os valores envolvidos".

Acesso ao Sumário

Por tudo isso, constatadas as infrações, a autuação não padece de qualquer nulidade e deve ser mantida.

Também não assiste razão à apelante quanto aos critérios que norteiam a imposição da penalidade e o cálculo do valor da multa.

É importante assinalar que o suporte legal para a autuação e imposição da multa não é, evidentemente, a Portaria nº 26 expedida pelo PROCON. A autuação e imposição da multa têm fundamento no Código de Defesa do Consumidor, artigos 37, §§ 1º e 2º, e 39, 56, I, e 57, parágrafo único. A Portaria nº 26 do PROCON apenas dá publicidade aos critérios utilizados pela administração no exercício da discricionariedade. Não há afronta à legalidade nem ao art. 5º, XXXVI, da CF.

Por outro lado, o valor da multa está em conformidade com os parâmetros do art. 57 e parágrafo único do CDC, isto é, de acordo com a gravidade das infrações, a condição econômica do fornecedor e vantagem auferida. Considerando o dano difuso decorrente da propaganda enganosa/abusiva, o fator vantagem auferida não pode ser apurado. No caso concreto, não se vislumbra arbitrariedade. A aplicação do critério da média da receita mensal estimada (fl. 634), previsto na Portaria 26, é idôneo, proporcional e adequado à condição econômica do fornecedor, que deve ser considerada na aplicação da penalidade. Não há afronta ao "sigilo econômico". Ademais, a multa foi reduzida em 1/3 em razão de circunstância atenuante (primariedade, fl. 724). O PROCON observou a orientação legal expressa no art. 57 do CDC, bem como os princípios da razoabilidade e proporcionalidade (art. 37 da CF).

Por tudo isso, a ação é mesmo improcedente.

Pelo meu voto, nego provimento ao recurso.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0000431-44.2012.8.26.0477, da Comarca de Praia Grande, em que é apelante ODAIR BENTO FILHO (JUSTIÇA GRATUITA), são apelados RAULINO MUNIZ DA CUNHA FILHO e PREFEITURA MUNICIPAL DE PRAIA GRANDE.

ACORDAM, em 6ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. V.U. Sustentou oralmente o Dr. José Carlos Barbosa de Jesus.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto n. 21.885)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores REINALDO MILUZZI (Presidente) e MARIA OLÍVIA ALVES.

Acesso ao Sumário

São Paulo, 15 de setembro de 2014.
SIDNEY ROMANO DOS REIS, Relator

Ementa: Apelação Cível – Administrativo – Responsabilidade Civil do Estado – Ação de Indenização por Dano Moral contra o Chefe de Recursos Humanos e o Município de Praia Grande calcada em suposta ofensa por meio de mensagem eletrônica – Sentença de improcedência – Recurso do autor – Desprovimento de rigor.

1. Não procede o pleito reparatório porque não comprovada a existência de dano moral – Isto porque, pese embora a utilização de termos não usuais na mensagem eletrônica forçoso considerar que esta não fora suficiente para ocasionar os alegados danos – Não há se falar em dano moral porque as palavras embora fugindo da impessoalidade que deve nortear as comunicações dos agentes públicos não apresenta qualquer elemento ofensivo e capaz de gerar a alegada ofensa ou caracterizar o assédio moral – Deste modo, patente a ausência de dano, impunha-se a improcedência da demanda.

2. Ônus de sucumbência adequadamente arbitrados, observada a gratuidade da Justiça.

3. Sente mantida nos termos do art. 252 do RITJSP.

Apelação desprovida.

VOTO

1. Por r. Sentença de fls. 171/175, cujo relatório ora se adota, o MM. Juiz de Direito da Vara da Fazenda Pública da Comarca de Praia Grande, nos autos de **Ação de Indenização por Dano Moral** proposta por **Odair Bento Filho** em face de **Raulino Munis da Cunha Filho e Município de Praia Grande,** assim decidiu: "*JULGO IMPROCEDENTE a ação, nos termos do artigo 269, I, do Código de Processo Civil, e condeno o autor no pagamento das custas, despesas processuais e honorários de advogado, que arbitro em 10% sobre o valor da causa atualizada, observando-se, para eventual cobrança da sucumbência, os requisitos da Lei 1.060/50, haja vista que se trata de beneficiário da justiça gratuita*."

Não conformado apela o autor **Odair Bento Filho** com razões de fls.

180/187.

Pretende a reforma da r. Sentença no sentido da procedência da demanda e consequente condenação dos requeridos no pagamento de indenização por dano moral de R$ 30.000,00. Para tanto, em resumo apertado, argumenta que fora ofendido em sua honra com a mensagem eletrônica enviada pelo Chefe de Recursos Humanos do Município, o requerido Raulino, e que o teor da mensagem não se enquadraria no disposto no art. 142, III, do Código Penal, salientando que o pedido de informações formulado pelo autor é o exercício de seu regular direito.

Recebido o apelo (fls. 188), com contrarrazões (fls. 192/196 201/206), subindo os autos.

2. Não comporta acolhida o reclamo do autor **Odair Bento Filho**.

O cerne da controvérsia ora posta reside em saber se a mensagem eletrônica encaminhada ao autor pelo Chefe de Recursos Humanos do requerido Município de Praia Grande – o também requerido **Raulino Muniz** – constitui ofensa capaz de acarretar a reparação civil almejada.

Pese embora o elogiável esforço defensivo e inconteste erudição demonstrados pelo dedicado Advogado subscritor das razões de apelo, não viceja a pretensão.

Isto porque, conquanto efetivamente não usuais os termos em que lavrada a mensagem eletrônica de autoria do requerido **Raulino Muniz** não se poderá dizer que tais termos sejam capazes de atentar contra a honra do autor, isto é, o receptor da mensagem, dado que as palavras utilizadas na missiva não extrapolam o linguajar coloquial e, como já dito pelo Magistrado sentenciante, evidenciam, em verdade, um autêntico desabafo do agente público que a escreveu.

A leitura da mensagem eletrônica permite constatar, com facilidade, que os ânimos de ambas as partes já estava alterado e isto acabou por contaminar e prejudicar a própria impessoalidade que se espera dos pronunciamentos oficiais.

Todavia, como acima salientado, ainda assim, não se há dizer que malferida a honra do autor.

Por oportuno convém destacar os trechos justamente considerados ofensivos pelo autor:

1º) "... mas quando as dúvidas não são mais dúvidas e sim falta do que fazer, 'picuinhas e intrigas' internas entre chefia e subordinado";

2º) "... seus questionamentos deixam vislumbrar que o professor não está feliz no seu labor";

3º) "... é hora do senhor professor repensar na sua permanência neste ambiente, haja vista que é aparente a sua tristeza, mágoa, infelicidade e rancor sem nenhum motivo concreto".

Acesso ao Sumário

Não é preciso muito para se constatar que inexistira ofensa alguma lançada à honra do autor.

Aliás, é indício das susceptibilidades exasperadas do autor sua conduta depois da indigitada mensagem eletrônica porquanto logo tratou de insurgir-se contra tal perante autoridades totalmente estranhas à resolução simplória que a questão até então ensejava.

Se efetivamente entendia que fora desatendido em seu pedido de esclarecimentos bastava apresentar representação perante a autoridade hierarquicamente superior ao Chefe de Recursos Humanos e, certamente, suas indagações seriam solvidas – se acaso não sanadas ante os patentes esclarecimentos anteriores.

Todavia, não há como se deixar de convir que a adoção da estratégia de encaminhar cartas para inúmeras autoridades não diretamente vinculadas ao "problema", tais como o são, o senhor Prefeito, o senhor Vice-Prefeito, o senhor Deputado Estadual demonstra, como dito, a "susceptibilidade exasperada" do autor.

E, conquanto tenha se esforçado, não se poderá dizer configurado o alegado **assédio moral** porque, como sabido, este está vinculado ao abuso ou desvio de poder de autoridade superior (ou de empregador) para expor o servidor (ou o empregado) em nítida e repetida exposição ao ridículo, objetivando humilhá-lo ou vexá-lo no exercício de suas atribuições funcionais.

Não fora o que aconteceu no caso em exame porque os elementos probatórios colacionados aos autos não amparam a narrativa de fatos que possa amparar a pretensão reparatória.

Desse modo, fácil constatar que a conduta do requerido **Raulino Muniz** não fora além de um limite razoável.

Não se deu o que a melhor doutrina *insere como uma das facetas do princípio da boa-fé objetiva e denomina de exercício desequilibrado de direitos (inciviliter agere), em que há manifesta desproporção entre a vantagem auferida pelo titular de um direito e o sacrifício imposto à contraparte, ainda que não haja o propósito de molestar. São casos em que o titular de um direito age sem consideração pela contraparte* **(Fernando Noronha, *O Direito dos Contratos e seus Princípios Fundamentais*, São Paulo: Saraiva, 1994, p. 179).**

O clássico **Menezes de Cordeiro** trata da matéria como desequilíbrio no exercício de direitos, provocando danos inúteis à desproporção dos efeitos práticos. Ensina que *da ponderação dos casos concretos que deram corpo ao exercício em desequilíbrio, desprende-se a idéia de que, em todos, há uma desconexão – ou, se quiser, uma desproporção – entre as situações sociais típicas pré-figuradas pelas normas jurídicas que atribuíam direitos e o resultado prático do exercício desses direitos. Parece, pois, haver uma bitola*

que, transcendendo as simples normas jurídicas, regula, para além delas, o exercício de posições jussubjetivas; essa bitola dita a medida da desproporção tolerável, a partir da qual já há abuso **(*Da Boa Fé no Direito Civil*, Coimbra: Almedina, 1977, p. 859).**

No tocante ao dano moral, ele só é devido quando a conduta do agente causa sofrimento ou humilhação que foge à normalidade, atingindo intensamente a vítima, causando-lhe sérios abalos psicológicos. Neste sentido, ensina Sérgio Cavalieri Filho:

"*Nessa linha de princípio,* ***só deve ser reputado como dano moral a dor, vexame, sofrimento ou humilhação que, fugindo à normalidade, interfira intensamente no comportamento psicológico do indivíduo, causando-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 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***" (Responsabilidade Civil, 2ª ed. Malheiros, 1998, p. 78).

Em suma, não se vê ato doloso ou culposo do requerido **Raulino Muniz** e do **Município de Praia Grande** capaz de gerar o dever de indenizar o autor.

A propósito do tema, convém destacar importante julgado do Excelso Supremo Tribunal Federal:

> ***LIBERDADE DE EXPRESSÃO – DIREITO DE CRÍTICA – PRERROGATIVA POLÍTICO-JURÍDICA DE ÍNDOLE CONSTITUCIONAL – ENTREVISTA JORNALÍSTICA NA QUAL SE VEICULA OPINIÃO EM TOM DE CRÍTICA – DENÚNCIA DE IRREGULARIDADES NO MUNDO ESPORTIVO – CIRCUNSTÂNCIA QUE EXCLUI O INTUITO DE OFENDER – AS EXCLUDENTES ANÍMICAS COMO FATOR DE DESCARACTERIZAÇÃO DO "ANIMUS INJURIANDI VEL DIFFAMANDI" – AUSÊNCIA DE ILICITUDE NO COMPORTAMENTO DO PROFISSIONAL DE IMPRENSA – INOCORRÊNCIA DE ABUSO DA LIBERDADE DE MANIFESTAÇÃO DO PENSAMENTO – CARACTERIZAÇÃO, NA ESPÉCIE, DO REGULAR EXERCÍCIO DA LIBERDADE CONSTITUCIONAL DE EXPRESSÃO – A QUESTÃO DA LIBERDADE DE MANIFESTAÇÃO DO PENSAMENTO (E DO DIREITO DE CRÍTICA NELA FUNDADO) EM FACE DE FIGURAS PÚBLICAS OU NOTÓRIAS – JURISPRUDÊNCIA –***

Acesso ao Sumário

DOUTRINA – SUBSISTÊNCIA, NO CASO, DA DECLARAÇÃO DE IMPROCEDÊNCIA DA AÇÃO INDENIZATÓRIA – "AGRAVO REGIMENTAL" IMPROVIDO. – A liberdade de expressão – que não traduz concessão do Estado, mas, ao contrário, representa direito fundamental dos cidadãos – é condição inerente e indispensável à caracterização e à preservação de sociedades livres, organizadas sob a égide dos princípios estruturadores do regime democrático. O Poder Judiciário, por isso mesmo, não pode ser utilizado como instrumento de injusta restrição a essa importantíssima franquia individual cuja legitimidade resulta da própria declaração constitucional de direitos. – A liberdade de manifestação do pensamento traduz prerrogativa político-jurídica que representa, em seu próprio e essencial significado, um dos fundamentos em que repousa a ordem democrática. Nenhuma autoridade, por tal razão, inclusive a autoridade judiciária, pode prescrever (ou impor), segundo suas próprias convicções, o que será ortodoxo em política, ou em outras questões que envolvam temas de natureza filosófica, ideológica ou confessional, nem estabelecer padrões de conduta cuja observância implique restrição aos meios de divulgação do pensamento. – O exercício regular do direito de crítica, que configura direta emanação da liberdade constitucional de manifestação do pensamento, ainda que exteriorizado em entrevista jornalística, não importando o conteúdo ácido das opiniões nela externadas, não se reduz à dimensão do abuso da liberdade de expressão, qualificando-se, ao contrário, como verdadeira excludente anímica, que atua, em tal contexto, como fator de descaracterização do intuito doloso de ofender. Precedentes do Supremo Tribunal Federal. Jurisprudência comparada (Corte Européia de Direitos Humanos e Tribunal Constitucional Espanhol). (AI 675276 AgR, Relator: Min. CELSO DE MELLO, Segunda Turma, julgado em 22/06/2010, DJe-071 DIVULG 13-04-2011 PUBLIC 14-04-2011 EMENT VOL-02503-02 PP-00299).

Assim, de rigor a improcedência da demanda.

Ônus de sucumbência adequadamente arbitrados e em perfeita consonância com as disposições do art. 20 e seus parágrafos do Código de Processo Civil, observado inclusive o benefício da gratuidade judiciária concedido ao autor e, portanto, suspenso o pagamento enquanto perdurar a situação de hipossuficiência que ensejou a concessão, nos exatos termos do art. 12 da Lei Federal nº 1.060/50.

Portanto, de rigor a manutenção da r. Sentença de Primeiro Grau, por seus próprios e jurídicos fundamentos nos termos do art. 252 do Regimento Interno do Tribunal de Justiça de São Paulo.

Por fim, para efeito de eventual prequestionamento, importa registrar que a presente decisão apreciou todas as questões postas no presente recurso sem

Acesso ao Sumário

violar a Constituição Federal ou qualquer lei infraconstitucional.

3. Ante todo o exposto, pelo meu voto, nego provimento ao apelo.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 4002125-21.2013.8.26.0161, da Comarca de Diadema, em que é apelante PREFEITURA MUNICIPAL DE DIADEMA, é apelada ATMOSFERA GESTÃO E HIGIENIZAÇÃO DE TÊXTEIS S/A.

ACORDAM, em 14ª 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 da Relatora, que integra este acórdão. **(Voto nº 1926)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores OCTAVIO MACHADO DE BARROS (Presidente sem voto), GERALDO XAVIER e JOÃO ALBERTO PEZARINI.

São Paulo, 9 de outubro de 2014.

MÔNICA SERRANO, Relatora

Ementa: Apelação – Embargos à Execução Fiscal – Execução de débitos a serem pagos pela Municipalidade – Correção monetária segundo os critérios do artigo 1º-F da Lei 9494/97 com redação dada pela Lei 11960/09 – Impossibilidade – Declaração de inconstitucionalidade por arrastamento (ADI 4357) que tem aplicação imediata aos processos em curso – Incidência de juros moratórios de 1% ao mês a partir do trânsito em julgado da sentença – Decisão parcialmente reformada. Recurso parcialmente provido.

VOTO

Trata-se de apelação interposta contra sentença que, em sede de execução de sentença proferida em Embargos à Execução, entendeu que os embargos procediam em parte tendo em vista a conta apresentada pela Contadoria Judicial.

Insurge-se a Municipalidade (fls. 49/54) alegando que (a) a exequente não observou a legislação atual pertinente para aferição da correção monetária, tendo utilizado a Tabela Prática para calcular a atualização monetária dos

Acesso ao Sumário

débitos judiciais, quando na realidade, o correto seria a utilização da Tabela Prática para cálculo de atualização monetária dos débitos judiciais relativos às fazendas públicas; (b) os juros moratórios devem incidir à razão de 0,5% ao mês a partir do trânsito em julgado; (c) houve equívoco na atualização monetária dos honorários.

Houve contrarrazões.

É o relatório.

Trata-se originalmente de Ação de Repetição de Indébito, por meio da qual objetivava a apelada a obtenção de provimento jurisdicional que determinasse a devolução de R$ 257.713,59 indevidamente recolhidos ao Município de Diadema a título de ISS no período compreendido entre 08/1998 e 02/2003. Em decisão transitada em julgado ficou determinado que a Municipalidade deveria repetir o valor de R$ 257.713,49, acrescido de correção monetária, a partir do ajuizamento do feito e de juros de mora a partir da citação, além de honorários advocatícios fixados em R$ 2.500,00.

O processo foi enviado à Contadoria Judicial que elaborou os cálculos segundo os seguintes parâmetros (fls. 36): (a) adoção da Tabela Prática para Cálculo de Atualização Monetária dos Débitos Judiciais para correção de todos os débitos; (b) correção monetária a partir do ajuizamento da ação; (c) juros de mora a partir da citação.

Em sentença, o juízo de primeira instância acolheu os cálculos da Contadoria Judicial.

A sentença deve ser parcialmente reformada, apenas no que diz respeito ao termo inicial dos juros moratórios.

Com relação os índices de correção monetária e juros de mora, não tem razão a Municipalidade quando afirma que deve ser usado o artigo 1º-F da Lei 9494/97 com a redação dada pela Lei 11960/09.

Com efeito, já é entendimento mais do que consolidado a não aplicação da Lei 9494/97, artigo 1º-F, com a redação alterada pela Lei 11960/2009. Como se sabe, o artigo 1º-F, com a redação conferida pela Lei 11960/2009, passou a determinar que *nas condenações impostas à Fazenda Pública, independentemente de sua natureza e 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.*

Acesso ao Sumário

Todavia, o Supremo Tribunal Federal, ao julgar a ADI 4357, declarou, por arrastamento, a inconstitucionalidade da previsão do artigo 1º-F com a redação da Lei 11960. Isso porque, ao analisar a redação dada ao § 12, do artigo 100 da Constituição Federal pela EC 62/09, o STF entendeu que o uso do índice oficial da poupança para correção monetária dos precatórios seria inconstitucional, pois

tal índice não consegue evitar a perda de poder aquisitivo da moeda. Segundo a decisão proferida pela corte suprema, este índice é fixado *ex ante*, ou seja, a partir de critérios técnicos não relacionados com a inflação considerada no período, sendo, portanto, incapaz de refletir a real flutuação de preços apurada no período de referência. Assim, como este índice da poupança não consegue manter o valor real da condenação, representa verdadeira afronta à garantia da coisa julgada, tendo em vista que o valor previsto na condenação não será o mesmo a ser recebido pela parte quando do pagamento do precatório.

Sendo assim, impossível a aplicação do artigo 1º-F com a redação dada pela Lei 11960/09 para correção dos valores devidos pela Fazenda Pública porque evidentemente inconstitucional. Dessa forma, está correto o uso da Tabela Prática deste Tribunal de Justiça de São Paulo para a atualização monetária do valor devido pela Municipalidade, a qual utiliza o INPC como indexador.

Aliás, sobre a incidência da decisão proferida na ADI 4357 sobre o caso, o Superior Tribunal de Justiça já se posicionou no sentido de que a declaração de inconstitucionalidade por arrastamento do artigo 1º-F da Lei 9494/97 com a redação dada pela Lei 11960/09 deve ser aplicada de imediato aos processos em curso, à luz do princípio *tempus regit actum* (AgRg nos EDcl no Resp 1392510/DF, rel. Min. Humberto Martins, Segunda Turma, julgamento em 05/12/2013, publicação em 16/12/2013).

Pelo mesmo fundamento acima exposto, não é possível acolher a pretensão da Municipalidade de fazer incidir juros de 0,5% ao mês no valor a ser repetido. Como se demonstrou, o Supremo Tribunal Federal entendeu que a observância dos índices oficiais de remuneração básica e juros aplicados à caderneta de poupança nas condenações impostas à Fazenda seria inconstitucional. Sendo assim, os juros aplicáveis são à razão de 1% ao mês, pois é esta a taxa de juros incidente sobre o crédito tributário, tal como dispõe o artigo 161, § 1º do Código Tributário Nacional. Confira-se:

> *Art. 161. O crédito não integralmente pago no vencimento é acrescido de juros de mora, seja qual for o motivo determinante da falta, sem prejuízo da imposição das penalidades cabíveis e da aplicação de quaisquer medidas de garantia previstas nesta Lei ou em lei tributária.*
>
> ***§ 1º Se a lei não dispuser de modo diverso, os juros de mora são calculados à taxa de um por cento ao mês.***

Por fim, no tocante ao termo inicial dos juros de mora, esta relatoria entende que é o caso de relativizar a coisa julgada e fazer incidir o disposto na Súmula 188 do Superior Tribunal de Justiça que determina:

> *Os juros moratórios, na repetição do indébito tributário,* ***são devidos a partir do trânsito em julgado da sentença.***

É certo que a garantia constitucional da coisa julgada, alçada à condição de cláusula pétrea (art. 60, § 4º, IV, c.c. o art. 5º, XXXVI), tem por finalidade

Acesso ao Sumário

assegurar estabilidade aos efeitos da decisão jurisdicional, impedindo que voltem a ser questionados depois de definitivamente estabelecidos por sentença não mais sujeita a recurso. Em outras palavras, a garantia constitucional e a disciplina legal da coisa julgada recebem legitimidade política e social da capacidade que têm de conferir segurança às relações jurídicas atingidas pelos efeitos da sentença.

Todavia, há casos em que é possível flexibilizar tal garantia, a fim de resguardar outros interesses tão ou mais relevantes. Nesse sentido, Cândido Rangel Dinamarco explicou que deve haver equilíbrio entre a imutabilidade imposta pela coisa julgada e a justiça dos resultados que ela assegura:

> *A síntese desse indispensável equilíbrio entre exigências conflitantes é: o processo deve ser realizado e produzir resultados estáveis tão logo quanto possível, sem que com isso se impeça ou prejudique a justiça dos resultados que ele produzirá. (Cândido Rangel Dinamarco, disponível em: (endereço eletrônico constante no texto original))*

No caso, como se está diante de repetição de verbas públicas que são de interesse público geral, é preciso ponderar sobre a justiça da decisão que impõe o pagamento de juros moratórios desde a citação. Em verdade, o posicionamento do Superior Tribunal de Justiça no sentido de que são devidos os juros de mora apenas a partir do trânsito em julgado, tem fundamento também no interesse público, já que assegura à Fazenda Pública seu direito de ampla defesa, sem o risco de ter de arcar com altas montas de juros.

Aliás, no presente caso, o próprio Código de Processo Civil permite a relativização da coisa julgada, uma vez que prevê a possibilidade de Ação Rescisória em face de sentença que viole literal disposição de lei (art. 485, V, CPC). Como o artigo 167, parágrafo único dispõe expressamente que "a restituição vence juros não capitalizáveis, **a partir do trânsito em julgado da decisão definitiva que a determinar**", a determinação feita pela sentença que está sendo executada fere literal disposição de lei.

Posto isso, DOU PARCIAL PROVIMENTO ao recurso de apelação para manter a sentença tal como proferida em primeira instância, exceto no que diz respeito ao termo inicial dos juros moratórios que deve ser a partir do trânsito em julgado da sentença.

Mantenho, ainda, a sucumbência recíproca.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0617872-39.2008.8.26.0053, da Comarca de São Paulo, em que são apelantes JOSINO

DE CASTRO SOUZA (JUSTIÇA GRATUITA) e DORCILIA DA SILVA SOUZA, é apelada FAZENDA DO ESTADO 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 13007)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores NOGUEIRA DIEFENTHALER (Presidente) e MARIA LAURA TAVARES.

São Paulo, 20 de outubro de 2014.

FRANCISCO BIANCO, Relator

Ementa: RECURSO DE APELAÇÃO – AÇÃO DE INDENIZAÇÃO – ÓBITO DE DETENTO – SUICÍDIO COMPROVADO NOS AUTOS – EXCLUDENTE DE RESPONSABILIDADE – CULPA EXCLUSIVA DA VÍTIMA – DEVER DE INDENIZAR NÃO RECONHECIDO. 1. No caso concreto, os elementos de convicção produzidos nos autos demonstram a presença de excludente de responsabilidade. 2. A atuação estatal não foi omissa no dever de vigilância e incolumidade dos detentos. 3. As circunstâncias de fato apuradas indicam que o suicídio ocorreu durante o repouso noturno. 4. Dever de indenizar, não configurado. 5. Entendimento da jurisprudência. 6. Ação de indenização, julgada improcedente. 7. Sentença, mantida. 8. Recurso de apelação, desprovido.

VOTO

Trata-se de recurso de apelação interposto contra a r. sentença de fls. 252/256, de relatório adotado, que julgou improcedente ação de indenização, por danos morais, condenando a parte vencida ao pagamento das custas, despesas processuais e honorários advocatícios fixados em 10% sobre o valor atribuído à causa.

Em razões de apelação, a parte apelante sustentou, em síntese, o seguinte: a) o óbito ocorrido dentro de cadeia pública está adequadamente demonstrado; b) a hipótese de suicídio não foi devidamente apurada e não está amparada em elementos de convicção; c) no caso dos autos, deve ser aplicada a Teoria da Responsabilidade Objetiva, que prescinde da verificação de culpa na atuação estatal, nos termos do art. 37, § 6º, da CF. Por tais argumentos, postulou a

Acesso ao Sumário

procedência da ação.

Recurso de apelação tempestivo, recebido nos efeitos devolutivo e suspensivo, dispensado de preparo, 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 o 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 indenização, por danos morais, em razão do óbito do filho dos autores, detido na Penitenciária II, de Itapetininga, sob alegação de omissão do dever do Estado de guarda e vigilância dos custodiados.

Pois bem. A responsabilidade estatal pela integridade física dos seus

Acesso ao Sumário

detentos decorre da regra do art. 37, § 6º, da CF. E, o dever de indenizar estará caracterizado, desde que ausentes as respectivas excludentes.

Porém, no caso concreto, inobstante as ponderações recursais, tem-se que o óbito decorre, inequivocamente, de suicídio, ocorrido durante o repouso noturno, mediante asfixia mecânica com o uso de cadarço dos próprios calçados, o que foi devidamente apurado, de acordo com o Inquérito Policial reproduzido a fls. 85/87.

Assim, tais circunstâncias evidenciam a ocorrência de culpa exclusiva da vítima, afastando o nexo de causalidade entre a ação, ou possível omissão estatal, quanto ao dever de incolumidade dos custodiados, e o resultado verificado. É o suficiente para eximir o Poder Público do dever de reparar os eventuais danos experimentados.

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:

"*No caso dos autos, e ao contrário do alegado pelos autores, houve a instauração de um inquérito policial para a averiguação das circunstâncias da morte de seu filho, no qual se concluiu que ele brigou com a namorada/amásia durante a visita no dia dos fatos, e se enforcou com o cadarço do próprio sapato (fls. 91/93).*

Foi ouvida uma testemunha, Marcelo Arruda de Souza, que estava preso na mesma cela que o filho dos autores, disse que ele se enforcou em um cadarço, quando todos os outros sete presos da cela dormiam. Acrescentou que a morte dele ocorreu em um domingo, após a visita, quando ele discutiu com sua namorada (fls. 206).

Não se pode olvidar, de resto que a responsabilidade civil do Estado decore aí de ato omissivo, o que exige se comprove a culpa pela falha do serviço, prova que diz respeito diretamente ao nexo de causalidade.

O filho dos autores, como apurado, se matou durante a noite dentro da cela. Não há nenhum indicativo nos autos de que, assim, que os agentes penitenciários pudessem ter evitado a morte de pessoa que atentou contra a própria vida. Nesse contexto não se vislumbra nenhum ato que dê azo à caracterização da falha ou falta do serviço de fiscalização, excluindo-se, pois, o nexo de causalidade, pelo que a pretensão dos autores não pode ser acolhida." (fls. 252/256).

Finalmente, a jurisprudência deste E. Tribunal de Justiça, a respeito do assunto ora debatido, é no mesmo sentido. Confira-se:

Apelação nº 9000001-55.2008.8.26.0128

Relator o Des. Paulo Galizia

Acesso ao Sumário

Comarca: Cardoso

Órgão julgador: 10ª Câmara de Direito Público

Data do julgamento: 26/11/2012

"*RESPONSABILIDADE CIVIL. DANOS MORAIS. Centro de Detenção Provisória. Suicídio de preso. Enforcamento. Ausência de nexo de causalidade entre a conduta estatal e o evento. Sentença que julga improcedente o pedido. Recurso de apelação interposto pelos autores não provido.*"

Apelação nº 0014362-66.2010.8.26.0451

Relator o Des. Luiz Sergio Fernandes de Souza

Comarca: Pirassununga

Órgão julgador: 7ª Câmara de Direito Público

Data do julgamento: 27/01/2014

"*AÇÃO ORDINÁRIA – Pedido de reparação de danos morais formulado pelos pais de pessoa que, detida na Cadeia Pública de Pirassununga, cometeu suicídio no interior do banheiro da cela, às escondidas, valendo-se das próprias vestes – Vítima que deliberou por termo à própria vida, sem que se pudesse cogitar de auxílio ou instigação por parte de qualquer dos agentes do Estado ou mesmo de descuido, não se podendo levar à conta de causa determinante, ou concorrente, as condições inerentes a todo e qualquer ambiente carcerário – Inexistência de nexo causal entre a conduta da apelada e o resultado ocorrido – Sentença mantida – Recurso improvido.*"

Apelação nº 0020781-44.2012.8.26.0577

Relator o Des. Leonel Costa

Comarca: São José dos Campos

Órgão julgador: 5ª Câmara de Direito Público

Data do julgamento: 29/07/2013

"*RESPONSABILIDADE CIVIL – AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS – SUICÍDIO DE PRESIDIÁRIO – CULPA EXCLUSIVA DA VÍTIMA – Hipótese em que restou comprovado nos autos a regularidade do serviço prestado pelo Estado, do qual não se pode exigir a vigilância individual de todos os presos em período integral – Dever de indenizar afastado, diante da incidência da excludente de responsabilidade – Culpa exclusiva da vítima caracterizada – Sentença de parcial procedência reformada. Recurso da Fazenda e Reexame Necessário providos.*"

Acesso ao Sumário

Portanto, a improcedência da ação era mesmo de absoluto rigor, não comportando nenhuma alteração.

Ante o exposto, **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 0004034-92.2008.8.26.0404, da Comarca de Orlândia, em que é apelante DALVA LIMA BATISTÃO (JUSTIÇA GRATUITA), é apelada FAZENDA DO ESTADO 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: "Negaram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 17.344)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores EDSON FERREIRA (Presidente) e OSVALDO DE OLIVEIRA.

São Paulo, 2 de outubro de 2014.

J. M. RIBEIRO DE PAULA, Relator

Ementa: REPARAÇÃO DE DANO MORAL – Acidente de veículo com morte de motociclista – Divulgação de fotografias do corpo da vítima pela rede mundial de computadores – Imputação de responsabilidade objetiva ao Estado, nos termos do art. 37, § 6º, da Constituição Federal – Prova insuficiente de que tenha havido participação de servidor público na divulgação macabra – Sentença de improcedência confirmada – Recurso de apelação desprovido.

VOTO

Relatório

Ação de indenização por indevida divulgação de fotografias de motociclista morto em acidente de trânsito; imputa a autora responsabilidade à Fazenda do Estado de São Paulo por vazamento das fotos pela perícia criminal.

A r. sentença,[1] de relatório adotado, rejeitou o pedido ao fundamento de que as fotografias divulgadas não conferem exatamente com as mesmas do inquérito policial.

Recorre a autora[2] por reforma da sentença e acolhimento de seu pedido de reparação do dano moral; recurso recebido e respondido.

Fundamentação

A sentença deve ser confirmada por seus fundamentos.

Com efeito, a responsabilidade objetiva do Estado somente poderia ter sido reconhecida, a teor do disposto no art. 37, § 6º,[3] da Constituição da República, em caso de comprovado liame causal entre o fato danoso e ação de agente do Estado.

E foi por ausência dessa prova, indispensável na espécie, que o pedido foi rejeitado em primeiro grau.

Se a fotografia do motociclista morto houvesse sido comprovadamente produzida em dependência de órgão público, aí sim o Estado poderia ser chamado à responsabilidade.

Em caso análogo este Tribunal responsabilizou o Estado por indevida divulgação de fotografias na *internet*, mas o acórdão assim decidiu porque "*as fotos foram tiradas no interior da sala do IML...*"*;* e que "*apenas os servidores públicos que nele trabalham ou alguma outra pessoa por eles autorizada a entrar na sala e efetuar os registros fotográficos*".[4]

Aqui não, como fundamentou a digna Juíza sentenciante; aqui o registro fotográfico foi feito na estrada, no local do acidente; qualquer outro transeunte pode ter fotografado a cena até mesmo de aparelho de telefonia celular.

Lamentável o terrível acidente e a mórbida e reprovável divulgação de chocantes fotografias pela rede mundial de computadores; mais lamentável ainda a perda da vida um jovem saudável em idade de potencial produtividade. Mas no plano jurídico nada há que fazer, mormente de responsabilizar o Estado pela divulgação das fotografias do morto.

Acesso ao Sumário

1 Sentença, fls. 265/266.

2 Recurso,

3 "Art. 37, (…) § 6º – As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa".

4 Apelação Cível nº 0005521-25.2011.8.26.0297, C. 5ª Câmara de Direito Público, Rel. Des. Nogueira Diefenthäler, Comarca de Jales, Apelante: Adolfina Rosa da Silva, Apelado: Fazenda Pública do Estado de São Paulo, j. 27/05/13.

Na petição inicial a autora diz que as fotos deviam ficar restritas à investigação, que vazaram por *irresponsabilidade do perito criminal*; nas razões de apelação já admite que a divulgação possa ter sido obra de terceiros não impedidos de se aproximar do corpo da vítima.

Embora a publicidade não devesse ter ocorrido, essa alternância enfraquece o pleito, não autoriza acolher pedido que requer foco certo para que se cumpra o devido processo legal e o direito de ampla defesa.

Se dano moral houve, isso parece inegável, o Estado não pode ser responsabilizado a pagar indenização, daí por que se confirma a sentença por seus fundamentos e pelos aqui deduzidos.

É como voto.

Dispositivo

RECURSO DE APELAÇÃO DESPROVIDO.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0006204-58.2013.8.26.0114, da Comarca de Campinas, em que é apelante PREFEITURA MUNICIPAL DE CAMPINAS, é apelada ANAKEL SERVIÇOS DE EXPEDIENTE COMERCIAL LTDA..

ACORDAM, em 15ª 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 23627)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores SILVA RUSSO (Presidente sem voto), EUTÁLIO PORTO e REZENDE SILVEIRA.

São Paulo, 16 de outubro de 2014.

RODRIGUES DE AGUIAR, Relator

Ementa: REEXAME NECESSÁRIO E APELAÇÃO – AÇÃO ORDINÁRIA – Multa por não apresentação de documentos fiscais, exercícios de 2005 a 2008 – Município de Campinas – Alegada existência de *bis in idem* – Ocorrência – A conduta de não emitir documentos fiscais absorve a conduta de não apresentá-los, sendo inviável a incidência de duplicidade de multas, uma em razão da não emissão e outra em razão da não apresentação – Sentença

Acesso ao Sumário

mantida – RECURSOS IMPROVIDOS.

VOTO

1. Cuida-se de reexame necessário e apelação interposta por MUNICÍPIO DE CAMPINAS (fls. 117/ss) contra a r. sentença de fls. 112/ss, nos autos da ação ordinária ajuizada por ANAKEL SERVIÇOS DE EXPEDIENTE COMERCIAL LTDA., referente a multa tributária, no valor de R$ 44.763,98.

2. Na inicial, a autora alegou que foi autuada pela não apresentação de documentos fiscais nos exercícios de 2005 a 2008, conforme termos constantes do auto de infração nº 409/2008. Contudo, segundo entende a autora, referido auto de infração não pode subsistir, sob pena de incidência em *bis in idem*, já que no auto de infração nº 589/2010 também houve a imposição de multa pelo fato de a autora não ter emitido os mesmos documentos fiscais. No entender da autora, a não apresentação dos documentos fiscais está inserida na não emissão destes documentos, de forma que a coexistência dos autos de infração caracteriza dupla penalidade pela mesma infração, motivo pelo qual requer seja o crédito tributário representado no auto de infração nº 409/2008 anulado.

3. A r. sentença, proferida pelo MM. Juiz de Direito Mauro Iuji Fukumoto julgou parcialmente procedente o pedido, para manter o auto de infração nº 409/2008 somente com relação a não emissão dos documentos que não sejam nota fiscal, pois com relação aos demais documentos, houve *bis in idem* ante a lavratura do auto de infração nº 589/2010. Fixou honorários advocatícios em 9% sobre o valor da causa.

4. Em seu recurso, o Município sustenta, em síntese, inexistência de duplicidade de punição pela mesma conduta, já que o fato de não emitir documentos fiscais não se confunde com o fato de não apresentar tais documentos.

5. Recurso tempestivo, dispensado de preparo e respondido (fls. 129/ss).

É o relatório.

6. De início, conheço do reexame necessário já que o valor da causa supera a quantia de sessenta salários mínimos nos termos do artigo 475, *caput* e § 2º, do CPC.

Os recursos não merecem provimento.

Com efeito, divergem as partes quanto à existência ou não de *bis in idem* na aplicação das multas constantes dos autos de infração nº 409/2008 e 589/2010.

Pelos termos do auto de infração nº 409/2008, a autora foi autuada por não apresentar os documentos fiscais solicitados, cuja relação vem discriminada no próprio auto de infração, dentre os quais encontram-se as notas fiscais de serviços prestados, referente ao período de 2005 a 2007, conforme cópia

Acesso ao Sumário

acostada às fls. 22.

Por seu turno, pelo auto de infração nº 589/2010, acostado às fls. 27, a autora foi autuada porque deixou de emitir 2.654 notas fiscais de serviços prestados de assessoria e administração de condomínios, no período de 2004 a 2008.

Ora. A conduta referente a não emissão das notas fiscais absorve a conduta da não apresentação dos referidos documentos.

Como bem ressaltado pelo juízo de primeiro grau, a não exibição dos documentos fiscais nada mais é que a infração-meio para a consecução da infração-fim ficando aquela absorvida nesta.

Por tal motivo, não pode prosperar o auto de infração nº 409/2008 na parte em que se refere aos mesmos documentos que foram objeto de autuação no AIIM nº 589/2010, sob pena de duplicidade de punição em razão de conduta única.

Ante o exposto, a r. sentença não merece reparo.

Pelo meu voto, nega-se provimento aos recursos.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0001185-58.2008.8.26.0660, da Comarca de Viradouro, em que é apelante MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO, são apelados ANTONIO CAETANO (E OUTROS(AS)), JOÃO CAETANO, MAURO CAETANO, JOSÉ REIS CAETANO e VIRAALCOOL AÇUCAR E ALCOOL LTDA..

ACORDAM, em 3ª Câmara Extraordinária 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 5541)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores EUTÁLIO PORTO (Presidente sem voto), MARIA LAURA TAVARES e CLÁUDIO MARQUES.

São Paulo, 21 de outubro de 2014.

MARCELO BERTHE, Relator

Ementa: RECURSO DE APELAÇÃO EM AÇÃO CIVIL PÚBLICA. MEIO AMBIENTE. QUEIMA DE PALHA. 1. Procedimento de queima de palha no cultivo de cana-de-açúcar realizado de forma

Acesso ao Sumário

irregular, local situado a menos de 01 km de perímetro urbano, desobediência à Lei Estadual nº 11.241/02 regulamentada pelo Decreto Estadual nº 47.700/03. Reconhecida ilicitude. 2. Responsabilidade civil objetiva e solidária. Aplicação da Teoria do Risco Integral e adoção do Princípio poluidor pagador, art. 14 § 1º da Lei nº 6.938/81, e art. 225 § 3º da CF. Dever de indenizar com base no critério de estimativa de emissão de poluente. Obrigação de não fazer consistente em não empregar o procedimento de queima de palha em desacordo com a legislação aplicável. Sanção de vedação de benefícios fiscais que se mostra desarrazoada. Sentença reformada. Recurso parcialmente provido.

VOTO

Tratam os autos de recurso de apelação extraído de Ação Civil Pública (nº 0001185-58.2008.8.26.0660), interposto contra r. sentença de fls. 1024/1030, proferida pelo MM. Juiz da Vara Cível da Comarca de Viradouro, que julgou improcedentes os pedidos iniciais, sem condenação em custas ou honorários advocatícios.

O Ministério Público do Estado de São Paulo interpôs recurso de apelação, sustentando, em síntese, a ilicitude da queima da palha de cana-de-açúcar em face à violação dos princípios constitucionais que regem o meio ambiente, a ilegalidade da queima por expressa violação de norma regulamentadora Estadual, em razão do local se localizar a menos de 01 (um) quilômetro do perímetro urbano, bem como a responsabilidade objetiva pelos danos ambientais causados (fls. 1032/1047).

Foram apresentadas contrarrazões (fls. 1049/1068).

A Procuradoria de Justiça do Ministério Público apresentou manifestação (fls. 1072/1081).

É o relatório.

O recurso comporta parcial provimento.

A queimada da palha de cana-de-açúcar em 12 (doze) hectares da propriedade rural denominada sítio São Paulo, localizado no Município de Terra Roxa, restou incontroversa nos autos, voltando-se a questão sobre a responsabilidade dos réus, licitude do procedimento de queimada empregada na cultura da cana-de-açúcar e a comprovação do dano ambiental resultante.

É cediço que muito embora a queimada de cana-de-açúcar cause inegável impacto ambiental, a atividade por si só não é ilícita, desde que realizada dentro

Acesso ao Sumário

dos limites estabelecidos em lei e norma regulamentadora, notadamente, da Lei nº 11.241/2002 que estabeleceu critério idêntico do Decreto Federal nº 2.661/98 para a eliminação gradativa da queimada da palha de cana-de-açúcar e Decreto Estadual nº 47.700/2003 que regulamentou o procedimento de referida queima.

No entanto, compulsando os autos verifica-se a irregularidade da queima da palha de cana-de-açúcar, uma vez realizada em propriedade agrícola localizada a menos de 1.000 (mil) metros do perímetro urbano, violando assim norma expressa do art. 4º, inciso I do Decreto Estadual nº 47.700/03 (fls. 05/10).

Neste aspecto, limitaram-se os apelados a sustentarem que uma vez aplicada multa administrativa, pela queimada irregular, não haveria que se falar em aplicação de sanção de natureza civil por meio de Ação Civil Pública. Tese insubsistente diante da tríplice responsabilidade, consagrada expressamente na Constituição Federal em seu art. 225, parágrafo 3º:

> "Art. 225 – Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.
>
> ...
>
> § 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".

Assim, presente a hipótese de dano ambiental em que a mera sanção administrativa se mostre insuficiente, absolutamente regular a pretensão de responsabilização civil para reparar o dano ambiental causado.

Importante frisar, que a responsabilidade civil ambiental é objetiva e solidária, adotada a Teoria do Risco Integral, entendimento este extraído da Lei nº 6.938/81 "Política Nacional do Meio Ambiente" e pela Constituição Federal, impondo o dever de indenizar o resultado lesivo ao meio ambiente, sem a necessidade de aferir o grau de culpa da conduta dos apelados.

Neste sentido, vem se posicionando este Egrégio Tribunal de Justiça:

> **MEIO AMBIENTE** – EMBARGOS INFRINGENTES – AÇÃO CIVIL PÚBLICA – QUEIMA CONTROLADA DA CANA-DE-AÇÚCAR – RESPALDO LEGAL – DANO CARACTERIZADO PELA PRÁTICA EM DESATENDIMENTO AOS DITAMES LEGAIS – RESPONSABILIDADE AMBIENTAL – ADOÇÃO DA TEORIA DO RISCO INTEGRAL – DOUTA MAIORIA – REFORMA PARCIAL DA SENTENÇA – VOTO VENCIDO NO SENTIDO DA IMPROCEDÊNCIA DA AÇÃO – ACOLHIMENTO PARCIAL DOS EMBARGOS. (Embargos Infringentes n° 759-16.2010.8.26.0000, Rel. Des. João Negrini Filho, Ribeirão Preto, 1ª Câmara Reservada ao Meio Ambiente, j. 29.08.2014).
>
> **AÇÃO ANULATÓRIA DE MULTA – QUEIMA DE PALHA DE CANA-**

Acesso ao Sumário

> **DE-AÇÚCAR** – Responsabilidade objetiva e solidária – Aplicabilidade da teoria do risco integral e do artigo 80, § 2º, do Decreto Estadual nº 8.468 – Infração praticada antes do atual Código Florestal – A autoridade administrativa deve se nortear pela legislação vigente à época da infração – NEGADO PROVIMENTO AO APELO. (Apelação n° 0013458-42.2011.8.26.0053, Rel. Des. Ruy Alberto Leme Cavalheiro, São Paulo, 1ª Câmara Reservada ao Meio Ambiente, J. 21.08.2014).

Portanto, sob a ótica da objetividade e solidariedade, tem-se escorreita a responsabilização de todos os apelados, responsáveis pela propriedade e beneficiado pela prática degradadora do meio ambiente, em perfeita harmonia com a legislação ambiental – art. 14 § 1º da Lei nº 6.938/81, e art. 225 § 3º da CF.

A propósito, faz-se mister elucidar, que em razão da adoção do princípio do poluidor pagador, a responsabilidade prescinde de culpa e tampouco da ilicitude da conduta, impondo a sanção contra todos, poluidor direto e indireto, agente causador do dano e em que dele se beneficiou.

Ainda que lícita fosse a queimada, realizada dentro dos parâmetros permitidos, seria admissível a pretensão indenizatória.

No tocante ao dano ambiental experimentado em face da queima de palha de cana-de-açúcar, respeitado o entendimento do MM. Juízo **a quo**, a constatação de sua ocorrência independe de elementos concretos, mormente prova técnica da influência na população local.

Em que pese a vasta documentação acostada aos autos pelos apelados, verifica-se presente o dano ambiental.

Isso porque, os efeitos nefastos ao meio ambiente são notórios, destacando-se a quantidade de CO2 liberada na atmosfera, responsável pelo aquecimento do planeta, a destruição da fauna local, e o impacto causado na população próxima ao local.

Assim, desnecessária maior digressão sobre os efeitos sobre a população local, o meio ambiente e o caráter temporal, porquanto reconhecida a poluição causada pela queimada no local, advindo o subsequente dever de indenizar.

Acesso ao Sumário

Por outro lado, a fórmula de indenização pretendida pelo Ministério Público, calculada com base na queima de 2.048 litros de álcool, não guarda relação com o dano provocado, e, portanto, inaplicável no caso em questão, sendo aplicado o cálculo de acordo com a estimativa de CO2 liberada na atmosfera.

Neste sentido, cumpre destacar o entendimento firmado pela Colenda 1ª Câmara Reservada ao Meio Ambiente, nos autos dos Embargos Infringentes nº 0363759-16.2010.8.26.0000/50000 que determinou a aplicação da seguinte fórmula, nos termos abaixo:

"...Para tanto entendemos que tal cálculo deveria levar em consideração a área queimada multiplicada pela duração da mesma. Prosseguindo neste raciocínio, tais referências podem ser complementadas pela estimativa de 15 toneladas de CO2 por hectare no espaço de 30 a 60 minutos, tempo médio das queimadas.

Equivale dizer: multiplicação da área atingida por 15 (toneladas) para se encontrar a quantidade de CO2, cuja cotação, por sua vez, deve ser apurada no mercado de carbono previsto na BM&F BOVESPA de São Paulo.

Tais critérios servirão de suporte para a apuração da indenização a ser estabelecida em liquidação por arbitramento."

Desse modo, aplicando-se regra já adotada por este E. Tribunal de Justiça, temos que a indenização deve levar em conta a fórmula: 12 hectares x 15 toneladas de CO2 liberados = 180 toneladas de CO2, cujo valor deve ser igualmente apurado no mercado de carbono da BM&F Bovespa de São Paulo em fase de liquidação.

No tocante à obrigação de não fazer, consistente em abstenção de promover a queimada da palha no cultivo de cana-de-açúcar, entende-se aplicável na propriedade em questão, notadamente, em razão da restrição administrativa imposta em face de sua localização próxima ao perímetro urbano.

Por fim, quanto à penalidade de não recebimento de benefícios e incentivos fiscais pelo Poder Público das entidades federativas, condicionados ao integral cumprimento das condenações impostas verifica-se um rigor excessivo que não se entende como necessário, pois que não há nos autos menção de reincidência da conduta dos apelados e tampouco se mostra imprescindível ao cumprimento da condenação de obrigação de não fazer.

Sendo assim, a reforma de r. sentença é medida que se impõe, para condenar os réus a indenizarem os danos ambientais, na forma acima estabelecida e a obrigação de não fazer, consistente em abster-se de utilizar a queima da palha no cultivo de cana-de-açúcar no local, sob pena de multa diária de R$ 10.000,00 em caso de descumprimento da medida.

Pelo exposto, **dá-se provimento parcial** ao recurso.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0005584-49.2010.8.26.0438, da Comarca de Penápolis, em que é apelante PAULO SILAS VIANA, 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 recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 20.199)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores LUIZ DE LORENZI (Presidente), CYRO BONILHA e JOÃO NEGRINI FILHO.

São Paulo, 21 de outubro de 2014.

LUIZ DE LORENZI, Relator

Ementa: REVISÃO ACIDENTÁRIA – PRESCRIÇÃO QUINQUENAL – INOCORRÊNCIA.

"Considerando-se que a demora da Previdência Social em apreciar o pedido de revisão feito administrativamente pelo segurado não permite o fluxo do prazo prescricional (artigo 4º, Decreto 20.190/32), não há como reconhecer, na hipótese, a impossibilidade de o autor questionar judicialmente as diferenças que entende devidas".

REVISÃO ACIDENTÁRIA – SALÁRIO-DE-BENEFÍCIO – INCORREÇÃO COMPROVADA.

"Demonstrado nos autos que o INSS pagou valores a menor em razão de equívoco no cálculo do salário-de-benefício, de rigor o acolhimento da pretensão postulada. As diferenças em atraso serão apuradas na forma da Lei 8.213/91 com atualização pelo IGP-DI e acrescidas de juros de mora (estes à base mensal conforme Lei 11.960/09), adequando-se, no que couber, a modulação que advier do Supremo Tribunal Federal por força do julgamento da ADI 4.357".

Apelação provida.

Acesso ao Sumário

VOTO

Paulo Silas Viana move a presente ação em face do INSS objetivando, em síntese, a revisão do auxílio-doença, recebido entre 05.01.2004 e 03.05.2005, para que no período de maio a outubro de 2004 lhe sejam pagas as parcelas corretamente sob o argumento de que a Previdência o fez em valores inferiores aos devidos (um salário mínimo).

Citado, apresentou o INSS contestação arguindo, preliminarmente, prescrição quinquenal. No mérito, aduz, em suma, que o benefício foi revisto administrativamente e os valores devidos efetivamente pagos (fls. 27/30).

Sobreveio a r. sentença que, reconhecendo a prescrição, julgou extinto o feito e condenou o autor ao pagamento de custas, despesas processuais e honorários advocatícios fixados em R$ 622,00 (fls. 247/249 verso).

Inconformado, apela o autor pugnando pela reforma da r. sentença. Diz, em suma, que até a data de ajuizamento da ação a Previdência Social ainda estava analisando pedido seu formulado na via administrativa, daí não se cogitar de prescrição na hipótese. Pede, por fim, o acolhimento da pretensão deduzida na inicial (fls. 251/256).

O INSS tomou ciência do recurso sem, entretanto, oferecer resposta (fls. 259).

É o relatório, adotado no mais o da r. sentença.

Passo a decidir.

O reconhecimento da prescrição quinquenal pela r. sentença na hipótese, abarcando todas as parcelas do benefício do autor, a meu juízo não se configura a melhor solução.

Vê-se que em setembro de 2004 o autor, ora apelante, postulou administrativamente a revisão do benefício (petição 35419.000531/2004-15), para retroação do termo inicial de 26.04.2004 para 05.01.2004, na medida em que teve reconhecido, junto à Justiça do Trabalho, o vínculo empregatício a contar da última data apontada (ver fls. 47 e 69).

O pedido foi acolhido em novembro de 2004, como se pode observar às fls. 110/111 e 135.

Com base em tais dados, a r. sentença no presente feito prolatada deliberou pela configuração da prescrição por entender que houve interrupção em tal data, reiniciando daí sua recontagem pela metade do prazo, observado o teor da Súmula 383 do Supremo Tribunal Federal, o que faria com que o documento emitido em 11.09.2009 (juntado às fls. 20) pelo INSS não fosse hábil a acarretar nova interrupção, uma vez que o Decreto nº 20.910/32 assim não permite por mais de uma oportunidade.

Contudo, tal documento datado de 11.09.2009 nada mais reflete senão a continuidade do mesmo processo administrativo, tanto que dele consta o mesmo número de Petição (35419.000531/2004-15 – ver fls. 20 e 232), o que leva à conclusão no sentido de que, efetivamente, tal processo ainda não havia se findado, de modo que não poderia dar ensejo a nova contagem de prazo prescricional, nos termos do artigo 4º do Decreto nº 20.910/32 ("*Não corre a prescrição durante a demora que, no estudo, no reconhecimento ou no pagamento da dívida, considerada líquida, tiverem as repartições ou funcionários encarregados de estudar e apurá-la*").

Embora não tenha constado expressamente do formulário preenchido pelo autor (Petição já apontada) a sua pretensão de rever o salário-de-benefício,

Acesso ao Sumário

assim se tem como decorrência lógica do reconhecimento de que o vínculo empregatício era anterior ao considerado pelo INSS, implicando indiscutível modificação da base de cálculo do auxílio-doença na medida em que se permitiu a inclusão de outros salários-de-contribuição no período básico de cálculo.

Corroborando tal assertiva vê-se o próprio INSS anotou que a revisão feita gera "um valor superior" e que haveria uma análise para o correspondente pagamento (fls. 135).

Ademais, o INSS chegou até a apurar diferença (R$ 11.606,00 – fls. 138), mas, ao que tudo consta, a previsão de pagamento foi cancelada (Situação PAB: CANCELADO – fls. 147), por suposta dúvida quanto aos salários apresentados (fls. 148/232).

Logo, ao que se infere do conjunto fático e probatório dos autos, notadamente da análise do documento juntado às fls. 20, efetivamente não se configura na hipótese a prescrição, de sorte que não tendo o INSS pago as diferenças que ele próprio encontrara, aliado ao fato de inexistir quaisquer equívocos nos rendimentos apresentados pelo autor, revela-se de rigor, a meu juízo, a reforma da r. sentença para, afastada a prescrição, dar por procedente o pedido deduzido na inicial.

Ante o exposto, pelo meu voto, dou provimento à apelação para, afastando a r. sentença, julgar procedente o pedido inicial e, consequentemente, condenar o INSS a pagar ao autor:

I) diferenças do auxílio-doença nos meses de maio a outubro de 2004, no valor mensal já apurado administrativamente (R$ 2.141,22 – fls. 133), compensando-se o *quantum* já pago administrativamente no período;

II) reembolso das despesas processuais se comprovadas e honorários advocatícios que fixo em 15% (quinze por cento) sobre o montante devido;

III) os valores em atraso serão corrigidos monetariamente pelo IGP-DI, atualizando-se cada parcela (não se cogita de aplicação da Taxa Referencial (TR) na hipótese por força do julgado do Supremo Tribunal Federal que, em sede da ADI 4.357, expressamente declarou inconstitucional a adoção do índice oficial de remuneração básica da caderneta de poupança como fator de correção dos débitos a serem adimplidos pela Fazenda Pública), com acréscimo de juros de mora contados a partir da citação (17.06.2010 – fls. 26) sobre o montante devido, à base mensal de 1% consoante previsão do Código Civil vigente, até junho de 2009, passando, a partir daí, a ser regidos conforme, neste aspecto (porque não alterado em sede da aludida ADI), a disciplina da Lei 11.960, de 29.06.2009.

Anoto, por fim, levando-se em conta a posição reformulada por esta Câmara acerca da eficácia da declaração de inconstitucionalidade da Lei 11.960/09 e da Emenda Constitucional nº 62 imposta pelo Supremo

Acesso ao Sumário

Tribunal Federal na ADI 4.357, cujos efeitos ainda não foram modulados, que, conquanto ora definido o indexador para a atualização dos valores em atraso, à época da apuração os cálculos correspondentes deverão adequar-se, no que couber, à modulação que advier daquela Corte Suprema acerca do assunto em apreço.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0003932-98.2010.8.26.0081, da Comarca de Adamantina, em que é apelante MARIA LUIZA MESSA (JUSTIÇA GRATUITA), são apeladas PREFEITURA MUNICIPAL DE ADAMANTINA e COMPANHIA DE DESENVOLVIMENTO HABITACIONAL E URBANO DO ESTADO DE SÃO PAULO – CDHU.

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 8.233)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores LUÍS FRANCISCO AGUILAR CORTEZ (Presidente sem voto), XAVIER DE AQUINO e DANILO PANIZZA.

São Paulo, 9 de setembro de 2014.

VICENTE DE ABREU AMADEI, Relator

Ementa: APELAÇÃO – Indenização por danos materiais e morais – Alegação de que o imóvel adquirido pela autora foi construído em local inapropriado – Prova pericial conclusiva no sentido de que os olhos d'água surgem com a conformação da área, novos cortes nas construções dos muros de arrimo e pelas saturações nas precipitações pluviométricas ao longo do tempo – Ausência de nexo de causalidade – Sentença mantida – RECURSO DESPROVIDO.

Uma vez comprovada, até por perícia judicial, que os danos suportados pela autora decorrem dos novos cortes no solo para a construção de muros de arrimo sem a utilização de dreno adequado, não há que se falar em conduta negligente e imprudente das corrés,

Acesso ao Sumário

na construção do imóvel no local, de maneira a excluir a responsabilidade delas pelo evento danoso.

VOTO

Trata-se de apelação (fls. 307/329) interposta por **Maria Luiza Messa** nos autos da ação de indenização por danos materiais e morais, ajuizada em face da **Companhia de Desenvolvimento Habitacional e Urbano do Estado de São Paulo – CDHU** e da **Prefeitura Municipal de Adamantina**, contra a r. sentença (fls. 300/303) que julgou improcedente a demanda, condenando a autora ao pagamento das despesas processuais e de honorários advocatícios, fixados em 10% (dez por cento) sobre o valor da causa, com a ressalva da assistência judiciária.

A apelante pretende o provimento de seu recurso, arguindo: **em preliminar**: nulidade do *decisum*, por cerceamento de defesa, uma vez que seu assistente técnico não foi intimado, nos termos do disposto no art. 431-A do CPC, para acompanhar a realização da segunda perícia; **no mérito: a)** restou demonstrado que as rés não realizaram estudo geotécnico para viabilizar a área para o tipo de construção popular; **b)** o laudo pericial comprova que o local não é adequado para a construção.

Recebido o recurso nos efeitos devolutivo e suspensivo (fls. 330), foi contrariado (fls. 333/338, 339/344), e os autos subiram a este E. Tribunal de Justiça.

É o relatório, em acréscimo ao da r. decisão recorrida.

Satisfeitos os pressupostos de admissibilidade do recurso.

Anote-se, de saída, que foi realizada a primeira perícia (fls. 232/258) com o acompanhamento do assistente técnico da autora e, após, por determinação do Juízo o *expert* judicial foi instado a esclarecer se a CDHU foi a responsável pela construção dos muros de arrimo (fls. 287). Logo, não se trata de nova ou segunda perícia, como alega a apelante e, assim, não há que se falar em cerceamento de defesa por inobservância da regra do art. 431-A do CPC.

Afastada a preliminar, passo ao exame do recurso, considerando, em primeiro plano, os fatos e as questões jurídicas devolvidas ao segundo grau de jurisdição.

A discussão central da lide repousa na existência de nexo causal e de culpa das corrés em relação aos danos sofridos pela autora, e o consequente direito à indenização.

Discorre a autora, Maria Luiza Messa, que reside desde 1996 em um imóvel de alvenaria, localizado no Conjunto Habitacional Adamantina I, financiado pela ré-CDHU em convênio com a Municipalidade-ré, que doou o terreno para a edificação.

Acesso ao Sumário

Informa que sua residência foi construída pela CDHU, com a aprovação da Prefeitura Municipal, em área inapropriada, porquanto no local há diversas "fontes de água" (minas) que fluem constantemente e provocam danos ao imóvel (majorados por ocasião de chuvas) e problemas de saúde aos moradores.

Narra que, em razão da falta de zelo e inobservância dos requisitos legais para a instauração de obra pública desse porte, as requeridas são responsáveis pelos danos materiais e morais suportados, decorrentes das condições insalubres (infiltração de água nas paredes, pelo quintal e por debaixo da residência) e da falta de atenção aos mutuários ignorados, mesmo após pedidos de ajuda, para além de danos ambientais causados à coletividade, porquanto há indícios de que as moradias populares foram construídas em área de preservação permanente (APP).

Pois bem, cumpre salientar que é necessário analisar, na espécie, a existência de nexo de causalidade entre a conduta das requeridas e os danos sofridos pela autora.

Com efeito, realizada prova pericial, o *expert* judicial, em vistoria ao imóvel e análise dos documentos juntados pelo assistente técnico da autora, concluiu que:

> "*Fica muito difícil de se poder aventar a hipótese da existência de olhos d'água em uma determinada área, que surge após 'onze anos de ocupação e urbanização', como enquadramento de APP, já que, não há fundamentação teórica para tal; que a área, originalmente, era totalmente desprovida de qualquer nascente e ou olho d' água, conforme se constata pelas fotos de Aerofotogrametria cujas cópias xerográficas estão anexas, cuja utilização era de cultura temporária em solo seco; Que o surgimento dos olhos d'água se originaram cerca de 11 anos após a urbanização local, segundo a requerente que reside no local acerca de 16 (dezesseis) anos e somente acerca de 5 anos, surgiram os problemas; Que os olhos d'água, surgem com a conformação da área (terraplanagens com cortes diversos), novos cortes nas construções dos arrimos e pelas saturações nas precipitações pluviométricas ao longo do tempo, fazem com que os níveis do lençol freático, se adaptem às conformações sucedidas com o tempo, já que as camadas permeáveis são extremamente reduzidas e para alguns casos, a mesma está aflorada conforme fotos dos fundos do lote vizinho (...); Que as soluções de drenagem subterrâneas são as soluções adequadas, porém, executadas de maneira projetada, calculada e completa com objetivos claros de solucionar os problemas e que a requerente pleiteou tal dispositivo legal às folhas 180/181, exigindo elaboração de um projeto técnico por engenheiro, bem como, a responsabilidade de sua execução; Que a solução que vem sendo proposta pelos requeridos, não se adequa, pois estão sendo ofertadas 'verbas numerárias' (segundo nos disse a procuradora da requerente), para que os proprietários (mutuários) executem os referidos drenos,*

Acesso ao Sumário

sem qualquer orientação técnica, já que, infelizmente a maioria opta por soluções econômicas, com objetivos de sobra de numerários para outras atividades no imóvel; A lamentável ausência dos requeridos, nos impede do entendimento de como foram executados tais drenos, já que não houve comparecimento à vistoria e nem tampouco, nomearam assistentes técnicos para tal; Sabe-se que, 'as umidades existem e se tem mostrado presentes permanentemente', desde os últimos 5 (cinco) anos, mas querer enquadrar a área como uma APP – Área de Preservação Permanente após 16 anos de urbanização, não há fundamentos legais para tal; Que esta umidade provém dos cortes para execução dos muros de arrimos, em solos de camadas de solo extremamente de baixas espessuras e em alguns casos, com as camadas de solos impermeáveis afloradas; Os muros de arrimos existentes devem ser providos de drenos superficiais e subterrâneos, conforme normas vigentes, sabendo-se que 'não existem muros de arrimos com ausência destes dispositivos', que tenham sua função plena atendida; As soluções concretas são as drenagens subterrâneas e superficiais, devendo para tal ser contratadas pessoas capacitadas para projetar e para executar tais dispositivos. Existe a necessidade de elaboração de um projeto padrão, que atenda a todos os interessados e, logicamente, uma empresa que atenda a execução das obras com responsável técnico devidamente habilitado para tais obras" (fls. 232/258).

Por sua vez, em resposta aos quesitos formulados pela requerente, afirmou:

"*As áreas de Preservação Permanentes foram atendidas e obedecidas conforme legislação vigente, sendo que, segundo a autora, os olhos d'água foram aparecendo com o tempo e quando indagada, respondeu-nos que, reside há 16 anos no local e somente há 5 anos, é que apareceram os referidos. Portanto, não pode existir nenhum documento a indicar a área como 'APP', conforme a própria moradora e vizinhanças do local. Que existe sim é que, parte de sua área deve ser enquadrada como APP, dada as distâncias para atender a legislação vigente (...)*

Existem na atualidade olhos d'água ou nascentes, em função da urbanização e terraplanagem executada no local e com os cortes dos muros de arrimos que estão sendo executados, de maneira incompleta (sem drenos) surgiram novas nascentes. Tais constatações são umidades oriundas de drenos por corte do maciço do terreno (...)" (fls. 249).

De outro turno, em resposta à determinação do Juízo, de esclarecimentos, asseverou:

"*Devemos lembrar que, o CDHU somente financia os materiais, sendo a municipalidade a responsável pela execução da mão de obra (pelo sistema de mutirão e podendo contratar encarregados para coordenar tais serviços) e acompanhamento técnico, através do seu*

corpo de engenheiros, porém, tão somente da 'Unidade Habitacional', excetuando-se muros de arrimos/divisas, onde os lotes são entregues com taludes, previamente calculados a fim de ser mantida a estabilidade dos mesmos. Cabe a municipalidade fornecer os lotes para a construção das unidades, devidamente urbanizado, porém, nada os obriga a executar muros de arrimos e ou de divisas, nos referidos lotes, bem como outras obras complementares, senão de infraestrutura. Em contato com os mutuários do referido bairro onde se localiza o imóvel objeto no Conjunto Habitacional Adamantina I, 'todos foram unânimes' em afirmar que construíram seus muros de arrimos e ou divisas, às suas expensas, sem qualquer auxílio, quer técnico, quer financeiro, nem da Municipalidade e nem sequer do CDHU. No nosso caso particular, indagamos ambos os vizinhos da Sra Maria Luiza Messa, onde foram categóricos em afirmar que, a construção dos muros de divisas para com a requerente, foram executados pelo sistema conhecido como 'meio a meio' (parceria de 50% da extensão dos muros para cada confrontante) (...). Em consulta à requerente, Sra Maria Luiza Messa, confirmou-nos que os muros foram executados em parceria com os vizinhos e a ela coube a execução de ambos os lados (em sua cota de 50%) e nos fundos do lote, adquiriu todos os materiais necessários e de comum acordo com o proprietário do imóvel (confrontante com os fundos), pactuou que a mão de obra seria às suas expensas, já que, todos os materiais necessários à construção do muro foram adquiridos por ela. Assim sendo os muros de arrimo e de divisa do imóvel objeto, foram executados 'sem qualquer acompanhamento técnico', com a contratação de pedreiros autônomos, onde foram executados conforme situação atual, às expensas de seus confrontantes, não havendo participação alguma, segundo a requerente e demais mutuários consultados, nem do CDHU e ou Municipalidade local, quer técnica e ou financeira" (fls. 296/299).

Desta forma, restou incontroverso pela perícia judicial e pela prova documental, que instrui o trabalho pericial que no projeto do loteamento as dimensões de APPs foram obedecidas, e que o aparecimento de manchas nas paredes externas do imóvel, junto à base da alvenaria ocorre pela falta ou má impermeabilização e se deve aos respingos da projeção das gotículas pelos beirais e, ademais, não constatadas umidades nas paredes internas que fazem face com as paredes externas e com manchas.

Aliás, as minas (olhos d'água) surgiram após 11 anos da urbanização e as umidades existentes têm se mostrado permanentes desde os últimos 5 anos. E, na atualidade, as nascentes ocorrem em razão da urbanização e de terraplanagem executada no local, com os cortes efetuados para a construção dos muros de arrimos que são executados sem drenos e, portanto, de maneira incompleta.

Ademais, conforme expôs o *expert* judicial, em resposta ao quesito *f* formulado pela demandante: "*É possível aferir que as residências foram*

Acesso ao Sumário

construídas em local inadequado o que veio provocar prejuízos a autora e familiares?" "*O local propriamente dito não é inadequado, mas sim, em camadas permeáveis pouco espessas, evitando infiltração das águas, fazendo com que as camadas impermeáveis aflorem em alguns pontos, fazendo com que o lençol, se exponha de forma mais fácil e as vezes frequente*" (fls. 248/249).

Assim, em que pesem as alegações da autora na inicial, ante o constatado pelo perito judicial, não se pode fugir da evidência de que o corte do terreno para a construção do muro de arrimo interrompe o caminho do fluxo d'água, pela supressão dos materiais o que faz a água aflorar. Em outras palavras, a urbanização, a terraplanagem executada no local e os cortes para a execução dos muros de arrimo, sem drenos, fizeram com que surgissem novas nascentes e estão na causa eficiente do infortúnio, observando, ainda, como afirma o perito, categoricamente, que "*as soluções concretas são as drenagens subterrâneas e superficiais, devendo para tal ser contratadas pessoas capacitadas para projetar e executar tais dispositivos*" (fls. 245).

Evidentemente, portanto, há rompimento do nexo de causalidade entre o infortúnio e a conduta omissiva e negligente atribuída às corrés, excluindo, por completo, a responsabilidade delas pelo evento danoso.

Logo, correta a sentença, impõe-se o desprovimento do apelo.

Por último, em relação ao prequestionamento, basta que as questões tenham sido enfrentadas e solucionadas no v. acórdão, como ocorreu, pois "*desnecessária a citação numérica dos dispositivos legais*" (STJ, EDCL. no RMS nº 18.205/SP, rel. **Min. Felix Fischer**, j. 18/04/2006), mas, mesmo assim, para que não se diga haver cerceamento de direito de recorrer, dou por prequestionados todos os dispositivos legais referidos nos recursos.

Pelo exposto, **NEGA-SE PROVIMENTO** ao recurso.

ACÓRDÃO

Acesso ao Sumário

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0000094-95.2011.8.26.0572, da Comarca de São Joaquim da Barra, em que é apelante CRISTIANE DE QUEIRÓZ BARIQUELLO MOREIRA (JUSTIÇA GRATUITA), é apelado INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL – INSS.

ACORDAM, em 16ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 12.441)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores LUIZ DE LORENZI (Presidente) e CYRO BONILHA.

São Paulo, 7 de outubro de 2014.

LUIZ FELIPE NOGUEIRA, Relator

Ementa: Acidente do trabalho – Coisa julgada reconhecida – Ações idênticas – Mesmo advogado atuando na causa – Violação dos artigos 14, II e 17, II, do CPC – Litigância de má-fé – Penalidade mantida. Recurso da autora improvido.

VOTO

RELATÓRIO.

Apelação da autora contra r. sentença que, reconhecendo a coisa julgada, extinguiu o feito sem apreciação do mérito, condenando a segurada nas penas por litigância de má-fé e, ainda, determinando fosse oficiado à Comissão de Ética da OAB.

A apelante sustenta que apenas exerceu seu direito de buscar a revisão da aposentadoria, desconhecendo, em termos técnicos, que já havia sido intentada ação anterior e, inexistindo culpa, não houve má-fé. Insurge-se, também contra a condenação no pagamento dos honorários sucumbenciais. Prossegue argumentando que as duas ações foram ajuizadas por patronos distintos, não merecendo ser penalizado por infração ética (fls. 102/116).

Contrarrazões à fl. 118.

FUNDAMENTO E DECIDO.

Ajuizada ação acidentária, visando a revisão da aposentadoria por invalidez acidentária, sobreveio notícia de que já fora ajuizada lide anterior, com idênticas partes, pedido e causa de pedir (fl. 27).

O magistrado sentenciante, então, reconheceu a coisa julgada e declarou extinto o feito sem resolução do mérito, conforme artigo 267, V, do CPC (fl. 98).

Ademais, considerando a informação de que ambas as ações foram ajuizadas pelo mesmo advogado, condenou-se a parte na multa por litigância da má-fé (1% sobre o valor da causa) prevista no artigos 18, do Código de Processo Civil.

E, referente ao advogado, com base no artigo 14 do mesmo diploma legal determinou fosse oficiado à Comissão de Ética da Seção Regional da OAB (fls. 98/99).

A apelação da segurada insurge-se quanto às penas aplicadas, de modo que a elas cinge-se a controvérsia.

Acesso ao Sumário

Pois bem, o primeiro processo revisional está apenso aos autos e mostra que a procuração para atuação nos autos constituiu como procurador o Dr. Ednei Marcos Rocha de Morais e este substabeleceu à advogada Dra. Áurea Aparecida da Silva, sendo certo que esta atuou nos autos (fls. 08/11).

Já na presente demanda, a procuração de fl. 14 nomeia procurador o mesmo advogado, Dr. Ednei Marcos Rocha de Morais, e este subscreveu as peças (fl. 13).

As petições iniciais são praticamente idênticas, assim como o instrumento da procuração, o que afasta a alegação da apelante no sentido de desconhecimento da existência da lide anterior.

Frise-se que nem mesmo decorreu espaço de tempo considerável entre o trânsito em julgado da primeira ação (18.10.2010 – fl. 87 do apenso) e o ajuizamento da segunda lide 05.01.2011 (fl. 02).

Assim, dado relevante foi omitido na presente ação, no caso, a existência de uma anterior idêntica, fato que era de ciência do advogado.

Caracteriza-se, portanto, a litigância de má-fé, violando-se os artigos 14, II e 17, II, do CPC justificando a incidência do artigo 18 do mesmo diploma legal, tal como constou na r. sentença.

Aliás, o julgado encontra precedente:

ADMINISTRATIVO. PROCESSUAL CIVIL. MANDADO DE SEGURANÇA. POLICIAL MILITAR DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL. PROMOÇÃO. AÇÃO ORDINÁRIA AJUIZADA ANTERIORMENTE. LITISPENDÊNCIA. OMISSÃO DE FATO RELEVANTE. LITIGÂNCIA DE MÁ-FÉ. RECURSO ORDINÁRIO CONHECIDO E IMPROVIDO.

1. O ordenamento jurídico pátrio repudia a reprodução de ações entre as mesmas partes para a solução de um único litígio. Prevê soluções processuais para evitar a proliferação de causas idênticas e, ainda, a possibilidade de decisões divergentes. Nos termos do art. 301, § 1º, do Código de Processo Civil, ocorre litispendência quando se reproduz ação anteriormente ajuizada.

2. Hipótese em que o recorrente, major da Brigada Militar do Estado do Rio Grande do Sul, ajuizara, anteriormente ao mandado de segurança, ação ordinária em que também buscava a promoção ao posto de Tenente-Coronel.

3. Há identidade de partes em ação ordinária e mandado de segurança em que o recorrente busca promoção ao posto de Tenente-Coronel, pois é o Estado do Rio Grande do Sul – que tem legitimidade para recorrer ou contra-arrazoar no mandado de segurança – quem irá responder pelos efeitos patrimoniais da decisão eventualmente favorável ao recorrente.

4. Mostra-se correta a decisão que condenou o recorrente à pena de litigância de má-fé, tendo em vista o fato de que ele omitiu fato relevante ao julgamento da lide (ter ajuizado, anteriormente ao mandado de

Acesso ao Sumário

segurança, ação ordinária em que também buscava a promoção ao posto de Tenente-Coronel).

5. Recurso ordinário conhecido e improvido. (RMS 17407/RS, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, 5ª Turma, Dj em 10.04.2006, p. 230).

Observe-se também decisão desta Câmara:

ACIDENTE DO TRABALHO – AUXILIAR DE LIMPEZA – EXTINÇÃO DO PROCESO SEM JULGAMENTO DO MÉRITO – COISA JULGADA – LITIGÂNCIA DE MÁ-FÉ – MULTA E INDENIZAÇÃO DEVIDAS À PARTE CONTRÁRIA – DECISÃO MANTIDA. Recurso improvido. (Apelação sem Revisão nº 0085749-80.2009, Rel. Des. João Negrini Filho, 16ª Câmara de Direito Público, TJ/São Paulo, Julgado em 06.09.2011).

Frise-se que a alegação da segurada no sentido de que a inexistência de dano à parte contrária excluiria a pena não procede, pois afasta somente a indenização prevista no *caput* do artigo 18, do Código de Rito.

Ademais, correta se mostrou a solução do juiz de primeiro grau no sentido de que a caracterização da litigância de má-fé, em relação ao advogado, é disciplinada pelo artigo 14, do CPC, o qual determina que a conduta e eventuais danos sejam apurados em ação própria (artigo 32 do EOAB).

Neste sentido, também ensinamentos do Superior Tribunal de Justiça:

RECURSO ESPECIAL. PROCESSUAL CIVIL. RECURSOS ESPECIAIS INTERPOSTOS PELA OAB/SP E PELO AUTOR DA AÇÃO POSSESSÓRIA E SEUS PATRONOS. LITIGÂNCIA DE MÁ-FÉ. DANO PROCESSUAL. INDENIZAÇÃO. NÃO DEMONSTRAÇÃO DO PREJUÍZO. MULTA. CONDENAÇÃO SOLIDÁRIA DO PROMOVENTE E SEUS ADVOGADOS. IMPOSSIBILIDADE. NECESSIDADE DE AÇÃO PRÓPRIA. ACOLHIMENTO DAS TESES RECURSAIS.

1. (...)

2. (...)

3. Na fixação da indenização, considerada sua natureza reparatória, é necessária a demonstração do prejuízo efetivamente causado à parte adversa, em razão da conduta lesiva praticada no âmbito do processo, diferentemente do que ocorre com a multa, para a qual basta a caracterização da conduta dolosa.

4. Reconhecida a litigância de má-fé nas instâncias ordinárias, sem demonstração do prejuízo causado à ré, mostra-se cabível aplicação ao autor da multa não excedente a 1% sobre o valor da causa, afastando-se a indenização do art. 18 do CPC.

5. (...)

6. Em caso de litigância de má-fé (CPC, arts. 17 e 18), descabe a condenação solidária da parte faltosa e de seus procuradores. A conduta processual do patrono da parte é disciplinada pelos arts. 14 do CPC e 32 do Estatuto da Advocacia e da Ordem dos Advogados do Brasil –

Acesso ao Sumário

EOAB (Lei 8.906/94), de maneira que os danos processuais porventura causados pelo advogado, por dolo ou culpa grave, deverão ser aferidos em ação própria.

7. Recurso especial da OAB/SP provido.

8. Recurso especial do autor e seus patronos parcialmente provido. (REsp 1331660/São Paulo, Rel. Ministro Raul Araújo, Quarta Turma, DJe em 11.04.2014).

Deste modo, conquanto a autora esteja isenta dos encargos da sucumbência, conforme artigo 129, parágrafo único, da Lei nº 8.213/91, subsiste a condenação à multa por litigância de má-fé e determinação de que seja oficiado à OAB para as medidas cabíveis.

POSTO ISTO, pelo meu voto, **NEGO PROVIMENTO** à apelação da autora.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0407020-86.1998.8.26.0053, da Comarca de São Paulo, em que é apelante MARGARIDA DE LIMA FERREIRA, é apelado INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL – INSS.

ACORDAM, em 16ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 21.149)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores LUIZ DE LORENZI (Presidente sem voto), JOÃO NEGRINI FILHO e VALDECIR JOSÉ DO NASCIMENTO.

São Paulo, 30 de setembro de 2014.

CYRO BONILHA, Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: ACIDENTÁRIA – Honorários advocatícios – Parte que pretende que os valores depositados sejam levantados por advogada nomeada pelo Convênio PGE/OAB – Descabimento – Caso em que a autora foi assistida pelo Ministério Público até o trânsito em julgado dos embargos à execução – Honorários arbitrados em 30% da Tabela de Honorários do Convênio PGE/OAB – Valor suficiente

para remunerar condignamente a patrona da autora – Recurso desprovido.

VOTO

A r. sentença de fls. 319, proferida nos autos de ação acidentária proposta por Margarida de Lima Ferreira contra o INSS, julgou extinta a execução, nos termos do art. 794, inciso I, do CPC, fixando os honorários da patrona da autora em 30% da Tabela de Honorários do Convênio PGE/OAB e destinando a verba advocatícia já depositada pelo INSS aos cofres da Secretaria de Negócios da Fazenda do Estado de São Paulo.

Inconformada, opôs a exequente embargos de declaração, sob o fundamento de que a sentença padece de contradição e omissão. Alega que o juízo "a quo" preteriu a advogada ativa nos autos ao determinar que a Secretaria de Negócios da Fazenda do Estado de São Paulo recebesse os honorários advocatícios já depositados pelo réu, sem sequer mencionar a base legal para tanto. Ressalta que o Ministério Público deixou de atuar em defesa dos seus interesses no decorrer do processo. Sustenta ser cabível a fixação de honorários na fase de execução, mencionando jurisprudência que reputa respaldar sua pretensão. Aduz, ainda, que os honorários de sucumbência, quando fixados, pertencem integralmente ao advogado nomeado pela Defensoria Pública, nos termos do Convênio PGE/OAB.

Os embargos foram recebidos como apelação pela decisão de fls. 331.

Processado o recurso, a parte contrária não apresentou contrarrazões.

A Procuradoria Geral de Justiça não mais se manifesta nas ações acidentárias.

É o relatório.

Incensurável a r. sentença.

Extrai-se dos autos que a autora foi assistida pelo Ministério Público do Estado de São Paulo até julho de 2007, quando passou a ser representada por advogada nomeada por meio do Convênio PGE/OAB (fls. 236/237).

Verifica-se que a advogada dativa só começou a atuar no processo após o trânsito em julgado dos embargos à execução, limitando-se a solicitar a remessa dos autos à Contadoria para apuração do "quantum debeatur" e a posterior expedição de precatório (fls. 240/241).

Descabida, portanto, a sua pretensão de levantar os honorários advocatícios depositados pelo réu, porquanto, conforme já decidiu esta Câmara, "*a remuneração do advogado é estabelecida em prol daquele que prestou, efetivamente, um serviço e não àquela que ingressou posteriormente nos autos, depois do trabalho ultimado, pretendendo, apenas, levantar os honorários*

Acesso ao Sumário

decorrentes do trabalho de outrem" (Agravo de Instrumento nº 804.226-5/1-00, rel. Des. Valdecir José do Nascimento, j. em 09/12/2008).

Tem-se, assim, que a fixação dos honorários da patrona da autora em 30% do valor previsto na Tabela de Honorários do Convênio PGE/OAB afigura-se suficiente para remunerá-la condignamente, considerado o trabalho realizado e o tempo exigido para o seu serviço.

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

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0002800-68.2014.8.26.0597, da Comarca de Sertãozinho, em que é apelante PREFEITURA MUNICIPAL DE SERTÃOZINHO, é apelada MARIA CELIA RAMOS.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 12ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 34.367)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores EDSON FERREIRA (Presidente sem voto), VENICIO SALLES e J. M. RIBEIRO DE PAULA.

São Paulo, 14 de outubro de 2014.

BURZA NETO, Relator

Ementa: Mandado de Segurança – Servidora Pública Municipal – Remoção em razão de perseguição política – Falta de motivação e finalidade do ato administrativo inquinado – Ordem concedida – Sentença mantida – Recurso improvido.

VOTO

Trata-se de apelação voltada contra a sentença de fls. 199/200 de relatório adotado que concedeu a ordem de segurança, para o fim de manter a impetrante na lotação anterior de cargo, confirmando-se a liminar concedida.

Inconformada, apela a Municipalidade requerendo o provimento do recurso a fim de reformar a r. sentença, denegando-se a segurança.

Recurso recebido e processado somente no efeito devolutivo, 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 que:

"**Nos recursos em geral, o relator poderá limitar-se a ratificar os fundamentos da decisão recorrida, quando, suficientemente motivada, houver de mantê-la**".

O recurso não comporta provimento.

Trata-se de mandado de segurança, em que a impetrante alega, em síntese, que é servidora pública municipal efetiva no cargo de atendente e que sempre desenvolveu suas funções junto às Unidades Básicas de Saúde, seja como atendente seja em cargo de comissão.

Que, ao ser transferida (removida) de local de trabalho, dentro da mesma secretaria, e no mesmo cargo que é efetiva, a apelada se insurge contra o ato, alegando perseguição política e falta de motivação do ato, pleiteando direito liquido e certo de permanecer trabalhando onde lhe apraz.

A r. sentença concedeu a segurança sob o fundamento de que os documentos anexados aos autos pela impetrante demonstram vício na forma (motivação) e na finalidade (desvio) do ato de remoção.

Em que pesem as razões expostas pela apelante, a r. sentença deve ser mantida pelos seus próprios e jurídicos fundamentos.

O motivo alegado pela Prefeitura Municipal de Sertãozinho (*não seria pontual no serviço público*) para justificar a remoção da servidora ora impetrante, não poderia mesmo ser aceito.

Como bem fundamentou o Nobre Magistrado "***a quo***", *não se pode aceitar a remoção de alguém por desrespeito aos deveres do servidor, já que, além de não se tratar de conveniência e oportunidade ao serviço, é caso de punição administrativa*.

Aliás, ao que parece, a impetrante foi removida porque passou a exigir, após a eleição para o cargo de vereadora, informações da Secretaria de Saúde e do Prefeito.

Tratando-se de desvio de finalidade do ato administrativo; bem como a falta de motivação do mesmo, outra solução não havia senão a sua anulação e a procedência do presente "***Writ***".

Nesse sentido:

ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. SERVIDOR PÚBLICO ESTADUAL. REMOÇÃO *EX OFFICIO* PARA LOCALIDADE DIVERSA DAQUELA PARA QUAL O CANDIDATO SE INSCREVEU. FALTA DE MOTIVAÇÃO DO ATO INQUINADO. NULIDADE. DIREITO

Acesso ao Sumário

LÍQUIDO E CERTO CONFIGURADO. SEGURANÇA CONCEDIDA. Recurso provido, para conceder a segurança. (*STJ. 5ª Turma. RMS 29.206. Rel. conv. Min. Campos Marques. Publicado no DJ de 05/06/2013*).

Por essas razões, não merece reparo a sentença apelada, que fica mantida tal como lançada.

Por derradeiro, considera-se prequestionada toda matéria infraconstitucional e constitucional, observando-se que é pacífico no Superior Tribunal de Justiça que, tratando-se de prequestionamento, é desnecessária a citação numérica dos dispositivos legais, bastando que a questão posta tenha sido decidida.

E mais, os embargos declaratórios, mesmo para fins de prequestionamento, só são admissíveis se a decisão embargada estiver eivada de algum dos vícios que ensejariam a oposição dessa espécie recursal (EDROMS-18205/SP, Ministro FELIX FISCHER, DJ-08.05.2006, p. 240).

Ante o exposto, NEGA-SE provimento ao recurso.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0501050-84.2011.8.26.0562, da Comarca de Santos, em que é apelante PREFEITURA MUNICIPAL DE SANTOS, é apelada MITRA DIOCESANA DE SANTOS.

ACORDAM, em 18ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 19.217)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores WANDERLEY JOSÉ FEDERIGHI (Presidente) e BEATRIZ BRAGA.

São Paulo, 23 de outubro de 2014.

ROBERTO MARTINS DE SOUZA, Relator

Ementa: Apelação – Exceção de pré-executividade acolhida – IPTU e Taxa de Remoção de Lixo Domiciliar do exercício de 2010 – Suspensão da exigibilidade do IPTU em ação anulatória em razão da imunidade – Ajuizamento indevido da execução – Aplicação do art. 252, do RITJSP – Recurso desprovido.

Acesso ao Sumário

VOTO

Trata-se de apelação interposta pela **Prefeitura Municipal de Santos**, contra r. sentença de fls. 80/82 que acolheu exceção de pré-executividade oposta pela **Mitra Diocesana de Santos** à execução fiscal ajuizada contra a recorrida, para cobrança do IPTU e Taxa de Remoção de Lixo Domiciliar do exercício de 2010, no valor de R$ 3.451,94, extinguindo a ação. Carreou à apelante as custas, despesas processuais e honorários advocatícios fixados em R$ 300,00 (trezentos reais).

Nas suas razões recursais (fls. 92/95), pugna a apelante pela reforma da sentença. Aduz, em síntese, que a r. sentença não poderia ter acolhido exceção de pré-executividade, em razão da suspensão da exigibilidade do crédito tributário em ação ordinária proposta pela executada, pois a sentença proferida naquela ação não confirmou a tutela antecipada, razão pela qual a apelação foi recebida no duplo efeito. Por fim, alega que não era caso de extinção do processo mas de suspensão da ação, pois a sentença proferida na ação ordinária ainda está sujeita ao reexame em razão da apelação interposta. Requer provimento ao recurso, invertendo-se os ônus sucumbenciais.

Recurso recebido (fls. 100) e processado, apresentadas contrarrazões às fls. 104/112.

É o relatório.

Trata-se de apelação interposta pela **Prefeitura Municipal de Santos**, contra r. sentença de fls. 80/82 que acolheu exceção de pré-executividade oposta pela **Mitra Diocesana de Santos** à execução fiscal ajuizada contra a recorrida, para cobrança do IPTU e Taxa de Remoção de Lixo Domiciliar do exercício de 2010, no valor de R$ 3.451,94, extinguindo a ação.

A r. sentença combatida deve ser mantida por seus próprios e jurídicos fundamentos, os quais ficam inteiramente adotados como razão de decidir, nos termos do art. 252, do Regimento Interno desta E. Corte, que estabelece: "Nos recursos em geral, o relator poderá limitar-se a ratificar os fundamentos da decisão recorrida quando, suficientemente motivada, houver de mantê-la".

Sobre o tema, o E. Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do Recurso Especial nº 662.272 – RS, assim se posicionou:

> "***PROCESSUAL CIVIL. ACÓRDÃO PROFERIDO EM EMBARGOS DECLARATÓRIOS. RATIFICADA A 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 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 a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça em reconhecer***

Acesso ao Sumário

a validade de o órgão julgador adotar ou ratificar o juízo de valor firmado na sentença, inclusive transcrevendo-a no acórdão, sem que tal medida encerre omissão ou ausência de fundamentação no decisum. 3. Recurso Especial não provido."

No mesmo sentido: REsp nº 641.963/ES, Segunda Turma, Rel. Min. Castro Meira, DJ de 21.11.2005; REsp nº 592.092-AL, 2ª T, Rel. Min. Eliana Calmon, DJ. de 17.12.2004; e REsp nº 265.534-DF – 4ª T, Rel. Min. Fernando Gonçalves, DJ de 01.12.2003.

In casu, a leitura atenta dos autos revela que a r. decisão bem analisou as questões suscitadas e avaliou o conjunto probatório dentro dos parâmetros legais, dando correto deslinde à controvérsia.

De fato, como bem explicitou o MM. Juiz:

"**A presente execução nem poderia ter sido iniciada, vez que a discussão acerca do alcance da imunidade tributária já foi delimitada em ação ordinária apropriada, em ordem a suspender a exigibilidade do crédito tributário e anular os lançamentos do imposto que se relaciona com os imóveis de propriedade da excipiente a partir do exercício de 2008 (fl. 71).**

Nesse passo, há que se destacar que a apelação interposta contra a referida sentença não afasta a suspensão da exigibilidade do crédito, pois recebida somente no efeito devolutivo no ponto em que o julgado confirma a antecipação dos efeitos da tutela.

Destarte, o crédito tributário objeto desta execução permanecerá com sua exigibilidade suspensa até que a matéria seja reexaminada pelo juízo 'ad quem'.

Outrossim, no tocante à cobrança da taxa de remoção de lixo domiciliar, a contribuinte, reconhecendo-a devida, efetuou o depósito do valor referente ao exercício de 2010 na ação ordinária (fls. 60/62).

Nota-se que, ao contrário do alegado pela excepta, a sentença judicial proferida nos autos da ação ordinária conexa fez menção ao depósito do montante referente à taxa de remoção de lixo domiciliar, sendo que cabia à credora impugnar oportunamente o valor depositado naquele feito, se o caso. Nesta sede não lhe cabe questionar suficiência daquele depósito."

Acesso ao Sumário

Esclareça-se que, diferentemente do alegado pela apelante, a sentença proferida na ação declaratória cumulada com anulatória de lançamento ajuizada pela apelada foi julgada procedente para anular os lançamentos de IPTU a partir do exercício de 2008, de modo que o crédito cobrado nesta execução (2010) foi alcançado por aquela decisão.

Ademais, na referida ação houve depósito integral do valor da taxa de remoção de lixo domiciliar, inexistindo prejuízo à apelante.

Nesse sentido, já decidiu esta Corte em ação envolvendo as mesmas partes, quando do julgamento da apelação n.º 0500293-90.2011.8.26.0562, pela 14ª Câmara de Direito Público, em 24/07/2014, de relatoria do Des. Henrique Harris Júnior, como bem citou a apelada em contrarrazões:

"**Apelação – Execução fiscal – IPTU e taxa de remoção de lixo domiciliar, exercício de 2010 – Acolhimento de exceção de pré-executividade – Suspensão da exigibilidade determinada em demanda diversa – Ajuizamento indevido – Decisão mantida – Recurso improvido.**"

Ante o exposto, **nego provimento** ao recurso, mantida r. sentença, nos termos do art. 252, do RITJSP.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0027443-95.2010.8.26.0576, da Comarca de São José do Rio Preto, em que é apelante SILVA & EDUARDO GRÁFICA REAL LTDA., são apelados PREFEITO MUNICIPAL DE SÃO JOSÉ DO RIO PRETO (E OUTROS(AS)) e SECRETARIA DA FAZENDA DO MUNICÍPIO DE SÃO JOSÉ DO RIO PRETO.

ACORDAM, em 15ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento parcial ao recurso, nos termos que constarão do acórdão. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 25.380)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores SILVA RUSSO (Presidente) e RODRIGUES DE AGUIAR.

São Paulo, 4 de setembro de 2014.

ERBETTA FILHO, Relator

Ementa: ISS – Composição gráfica – Município de São José do Rio Preto – Mandado de segurança voltado ao reconhecimento de nulidade de AIIM e do procedimento de apuração do débito – Insurgência contra a denegação da ordem – Validade tanto do Auto como do levantamento fiscal que ensejou sua lavratura – Inocorrência de irregularidades no julgamento dos recursos administrativos interpostos – Inexistência de provas da alegada não sujeição dos serviços ao ISS –

Acesso ao Sumário

Cabimento da segurança apenas para a redução da multa imposta – Recurso parcialmente provido.

VOTO

Vistos.

Mandado de segurança impetrado com vistas a que "*as autoridades coatoras se abstenham de inscrever a impetrante em dívida ativa e ajuizar execução no que tange aos tributos referentes ao AIIM nº 046-P/2009 e procedimento administrativo gerado por este auto de infração*".

Da sentença de fls. 696/700, prolatada pelo Meritíssimo Juiz de Direito Luís Guilherme Pião, que denegou a segurança, apela a impetrante insistindo na obtenção da ordem. Depois de sustentar a legitimidade do Procurador Geral do Município para figurar como impetrado, passou a expor, em apertada síntese: **a)** não há como ser aferida a base de cálculo do tributo, uma vez que o AIIM nº 046-P/2009 não informou quais as notas fiscais que ensejaram a autuação; **b)** houve supressão de uma instância recursal administrativa prevista pelo Código Tributário Municipal; **c)** o AIIM nº 046-P/2009 não indicou o período fiscalizado; **d)** o suposto crédito tributário foi extinto pela decadência, ante a homologação tácita, no que se refere ao período de 01/01/2004 a 25/08/2004; **e)** as decisões administrativas são carentes de fundamentação, faltando-lhes justificativas e embasamento legal, sendo portanto contrárias à legislação tributária e, **f)** os serviços referentes à produção de jornais, livros e periódicos gozam de imunidade tributária, não se sujeitando à cobrança de ISS. Invoca, por fim, a ilegalidade na aplicação da correção monetária e da multa incidentes sobre o valor do crédito tributário.

Regularmente processado e respondido, abstendo-se a douta Procuradoria de Justiça de oficiar no feito.

É o relatório.

Apenas em parte procede a irresignação.

Acesso ao Sumário

A impetração objetivou impugnar a cobrança do ISS sobre a prestação de serviços da impetrante, nos termos Levantamento Fiscal realizado pelos agentes da Municipalidade de São José do Rio Preto, que culminou na lavratura do AIIM nº 046-P/2009, enquadrando os serviços da ora apelante no item 13.05 da lista anexa ao art. 1º da Lei Complementar Municipal nº 178/2003 – "*composição gráfica, foto composição, clicheria, zincografia, litografia, fotolitografia*".

Releva inicialmente confirmar a sentença no que excluiu o Procurador Geral do Município da condição de autoridade impetrada, uma vez que os pedidos formulados com a inicial não se acham diretamente vinculados a algum ato do Procurador passível de impugnação.

Não prospera a arguição de nulidade do AIIM questionado, reproduzido

a fls. 38 destes autos.

Esse auto se reporta a anexos, dentre eles mapas contendo a enunciação dos valores considerados, além do "Termo de Encerramento de Fiscalização" de fls. 124 dos presentes, que esclarece terem sido vistoriadas as "*Notas Fiscais numeradas de 5055 a 6797*". Daí não requerer dificuldade alguma a identificação da base de cálculo levada em conta pela fiscalização.

Inviável atinar-se, depois, com a alegada supressão de uma instância recursal administrativa. Extinta por lei complementar a secretaria municipal que apreciaria o recurso administrativo em segunda instância (não importa, *data venia*, o que tenha constado da notificação da decisão de primeira instância), o Prefeito Municipal passou a fazer as vezes de segunda instância. Bem por isso, a propósito, o Prefeito examinou o recurso, e lhe negou provimento. Adicione-se a tudo que a impetrante não apresentou qualquer prova de prejuízo resultante da sustentada supressão de instância administrativa recursal, não passando de especulação a ideia de que a Secretaria Jurídica pudesse prover o recurso administrativo.

Não se sustenta, outrossim, a alegação de falta ou insuficiência de motivação das decisões administrativas em torno dos recursos manejados pela apelante. O Prefeito Municipal adotou como razões de decidir as mesmas elencadas pelo órgão que havia anteriormente examinado o recurso, prática essa admissível mesmo na esfera judicial.

O AIIM questionado, por outro lado, indicou não só uma, mas duas vezes o período fiscalizado, não se sabendo exatamente a que atribuir semelhante queixa da contribuinte. O dia inicial do período examinado – saliente-se – nada tem a ver com a data do início da ação fiscal.

Não é o caso de reconhecimento de decadência ou prescrição. A autuação, no caso, deveu-se à falta de pagamento da totalidade do tributo, prova alguma existindo nestes autos de que tenha a contribuinte declarado e efetuado antecipadamente o pagamento a menor. Ora, conforme já decidido pelo STJ quando do julgamento do REsp nº 766.050/PR (1ª Seção, Relator Ministro Luiz Fux, v.u., DJ de 25.02.2008), nos casos de tributos sujeitos a lançamento por homologação, havendo omissão do contribuinte na antecipação do pagamento, o termo inicial do prazo decadencial recai no primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado, nos termos do que dispõe o inciso I do art. 173 do CTN. Assim, referindo-se a autuação ao período de 1º/01/2004 a 30/06/2007, e recaindo o termo inicial do prazo decadencial em 1º/01/2005, impõe-se afastar o reconhecimento da decadência, constituído que foi o crédito com a notificação da contribuinte em 25/08/2009 (fls. 38), antes, portanto, de escoado o quinquênio.

Sem fomento fático e jurídico, depois, a alegação da impetrante de

Acesso ao Sumário

que a autuação referiu-se a serviços gráficos de produção de livros, jornais e periódicos alcançados por imunidade. Não há comprovação de que as notas sobre as quais incidiu a ação fiscal se relacionem a serviços gráficos voltados para tal produção, daí não haver como ser desfeita a presunção estabelecida pelo auto de infração, segundo o qual os serviços que ensejaram a autuação são os de composição gráfica e afins, enquadrados no item 13.03 da lista anexa à lei local sobre ISSQN. De qualquer modo, não custa lembrar que, segundo se depreende do enunciado da Súmula 156 do STJ, estão sujeitos ao ISS os serviços de composição gráfica personalizados, feitos sob encomenda.

No tocante aos acréscimos ao principal da dívida, assiste-se de razão a ora recorrente ao apontar a incorreção do valor da multa aplicada. Nas contrarrazões, a Municipalidade-apelada alegou que a multa de 40% tem base no art. 73, I, a da Lei Complementar Municipal nº 178/2003. Sucede que o auto de infração impugnado informa como base legal da multa a letra c do inciso I daquele dispositivo, segundo a qual a mesma é de 20%. Assim, e adicionando-se não se revelar o caráter confiscatório de semelhante imposição, impõe-se reconhecer o direito da impetrante à redução da multa para esse patamar.

A incidência dos juros não se orientou pela UFM, como afirmado pela apelante, mas sim pela Lei Complementar Municipal nº 158/2002, que os fixa em 1%, calculado sobre o valor do imposto corrigido, contado a partir do dia seguinte ao último do período abrangido pelo levantamento fiscal.

Nada há de irregular, por fim, no cômputo da correção monetária, com apoio naquele mesmo texto, pela UFM, que é atrelada ao IGP-M.

Somente para o fim acima explicitado, em suma, deve ser concedida a segurança, de sorte que, para tanto, meu voto dá provimento parcial ao recurso.

ACÓRDÃO

Acesso ao Sumário

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0006623-78.2013.8.26.0114, da Comarca de Campinas, em que são apelantes ROBERTO ANTONIO RAIMUNDO e INSTITUTO DE PREVIDÊNCIA SOCIAL DO MUNICÍPIO DE CAMPINAS – CAMPREV, é apelada ANTONIA FRANCISCA DOS SANTOS.

ACORDAM, em 10ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso e ao reexame necessário. V.U. (Sustentou oralmente o Ilmo. Dr. Guilherme Fonseca Tadini).", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 7572)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores TORRES DE CARVALHO (Presidente sem voto), ANTONIO CARLOS VILLEN e ANTONIO CELSO AGUILAR CORTEZ.

São Paulo, 8 de setembro de 2014.

PAULO GALIZIA, Relator

Ementa: MANDADO DE SEGURANÇA. ADMINISTRATIVO. EDITAL DE ELEIÇÕES 2012 para "composição do Conselho Municipal de Previdência e Diretoria Executiva (Diretor Administrativo, Financeiro e Previdenciário)" da autarquia CAMPREV. Candidata mais votada que obteve, judicialmente, a prorrogação do prazo para apresentação do certificado previsto no item 2.2 do edital. Requisito cumprido. Aptidão para a posse no cargo para a qual fora eleita. Prevalência da vontade das urnas sobre o cumprimento do requisito formal. Sentença confirmada. Art. 252, do Regulamento Interno no TJSP.

Recursos e reexame necessário não providos.

VOTO

Trata-se de recurso de apelação interposto contra a r. sentença de fls. 174/175 que concedeu a segurança e tornou definitiva a liminar que concedeu "o prazo de dez dias, contados da posse"[1], para a entrega do "comprovante de certificação, organizado por entidade autônoma de reconhecida capacidade técnica e difusão no mercado brasileiro de capitais.," exigido pela errata do edital de eleições[2], pela impetrante, candidata mais votada para o cargo de Diretor Financeiro da CAMPREV, que seria submetida ao exame para a obtenção da certificação aos 04.02.2013 (fls. 06), ata posterior à prevista para posse (01/02/2013)[3].

Inconformados apelam Roberto Antonio Raimundo, segundo colocado nas eleições, admitido como assistente litisconsorcial da autoridade impetrada[4]

1 Fls. 66

2 Item 2.2 do edital – O Diretor Financeiro deverá obrigatoriamente ter experiência comprovada na área e formação superior, preferencialmente em Administração, Finanças, Economia, Contabilidade, Ciências Atuariais ou Seguridade. Além disso, deverá possuir, até o ato da posse, o comprovante de certificação, organizado por entidade autônoma de reconhecida capacidade técnica e difusão no mercado brasileiro de capitais, por força do disposto na Portaria MPS nº 519/2011 (fls. 56)

3 Fls. 55

4 Fls. 119

Acesso ao Sumário

e o Instituto de Previdência Social do Município de Campinas – CAMPREV.

O primeiro alega não haver direito liquido e certo a ser protegido, pois, a impetrante, no dia previsto para a posse, 01/02/2013, não possuía o comprovante de certificação, organizado por entidade autônoma de reconhecida capacidade técnica e difusão no mercado brasileiro de capitais, exigido pelo edital (item 2.2. – fls. 56).

Afirma que a r. sentença impugnada foi proferida mediante evidente desvio de finalidade, pois não era caso de concessão da segurança uma vez que a exigência contida no item 2.2 do edital de eleições não era ilegal, não configurava abuso de poder e, pelo contrário, visava atender às determinações contidas na Portaria MPS nº 519/2011. Desnecessária a intervenção do Judiciário diante da inexistência de ato coator.

Salienta que se não fosse pelo ato jurisdicional ilegal e ou indevido, "estaria eleito hoje como Diretor Financeiro do Instituto de Previdência Social de Campinas – CAMPREV, haja vista que a Apelada na época não preenchia os requisitos legais para a investidura no referido cargo, sendo que esta última somente tomou posse do cargo mediante ato ilegal advindo da decisão *a quo*" (fls. 192/193); e, o risco de dano é evidente, "uma vez que lhe foi tolhido o direito de ser empossado como segundo candidato mais votado haja vista a primeira não preencher os requisitos das regras do edital no ato da posse dos eleitos" (fls. 193).

Entende presentes o "fumus boni iuris" e o "periculum in mora" e requer o deferimento da medida em sede de cognição sumária para suspender os efeitos da segurança concedida no MS nº 0006623-78.2013.8.26.0114.

Requer o provimento do recurso para o fim de anular a decisão que concedeu a segurança (fls. 178/193).

O segundo alegando que o regulamento das eleições para o cargo de Diretor Financeiro do CAMPREV foi publicado no DOM de 28.11.2012 e, dois dias depois, dia 30.11.2012, foi publicada a errata acrescentando o requisito de que o candidato vencedor nas eleições apresentasse, até a data da posse, *comprovante de certificação organizado por entidade autônoma de reconhecida capacidade técnica e difusão no mercado brasileiro de capitais*, conforme exigência prevista na Portaria nº 519/2011 do Ministério da Previdência Social – MPS. Tal fato não ofendeu o princípio da publicidade permitindo aos concorrentes "adotar as medidas cabíveis para seu cumprimento" no prazo superior a dois meses.

Ressalta que "inexistiram impugnações questionando a validade da referida cláusula editalícia" (fls. 197v).

Sustenta a legalidade da exigência fixada no edital; e discorre sobre os princípios da isonomia, vinculação ao edital e separação dos poderes.

Acesso ao Sumário

Argumenta que a "situação consolidada" pelo tempo foi criada pelo próprio juízo ao deferir a medida liminar em contrariedade às regras do edital e ao princípio da igualdade entre os participantes do certame. Outrossim, o empossamento ocorreu há poucos meses, que não configura um período de tempo suficiente para considerar a situação consolidada (fls. 199v).

Ressalta que outro candidato impugnou o resultado da eleição o que evidencia inexistir período de situação estabilizada que permita adotar a teoria do fato consumado. E, o STF possui precedentes no sentido de que a antecipação da tutela não permite a aplicação dessa teoria ainda que decorrido longo prazo até a decisão contrária.

Requer a procedência do recurso para que a sentença seja integralmente reformada (fls. 196/200).

Recursos processados e respondidos (fls. 205/221).

É O RELATÓRIO.

A r. sentença está sujeita ao reexame necessário, nos termos do art. 14, § 1º, da Lei 12.016/09.

Cuida-se de mandado de segurança impetrado por Antonia Francisca dos Santos contra ato do Diretor Presidente da CAMPREV insurgindo-se contra o ato que a impediu de tomar posse no cargo de Diretora Financeira, para o qual foi eleita, sob a alegação de que não possuía o certificado de aprovação em exame organizado por entidade autônoma de reconhecida capacidade técnica e difusão no mercado brasileiro de capitais.

O Diretor Presidente do Instituto de Previdência Social do Município de Campinas – CAMPREV expediu edital de eleições 2012 para composição do Conselho Municipal de Previdência e Diretoria Executiva (Diretor Administrativo, Financeiro e Previdenciário) do Instituto, estabelecendo o período de 03 de dezembro a 19 de dezembro de 2012 para inscrições; o dia 15 de janeiro de 2013 para as eleições; e, a posse dos eleitos para a Diretoria Executiva aos 01/02/2013 (fls. 51).

Aos 30/11/2012 foi publicada errata ao edital de eleições 2012 – CAMPREV, para, em atendimento à Portaria MPS nº 519/11, acrescentar ao Diretor Financeiro eleito o dever de apresentar, no ato da posse, "*comprovante de certificação organizado por entidade autônoma de reconhecida capacidade técnica e difusão no mercado brasileiro de capitais*" (fls. 56).

Aos 17 de janeiro de 2013 foi publicada a lista geral de apuração das eleições realizadas aos 15/01/2013 apontando como mais votados para o cargo de Diretor Financeiro os candidatos "TONINA//FUMEC/H.MÁRIO GATTI", com 673 votos, e "ROBERTO DO CAMPREV", com 413 votos (fls. 48/49).

A impetrante, ora apelada, candidata que recebeu o maior número de votos, requereu a dilação do prazo para apresentação do comprovante de certificação

Acesso ao Sumário

previsto no item 2.2 do edital, uma vez que somente seria submetida ao exame para sua obtenção aos 04/02/2013 (fls. 61), data posterior à prevista para posse da Diretoria do CAMPREV (01/02/2013), o que foi deferido; e, dentro do prazo, apresentou a certificação exigida (fls. 106), confirmando a sentença a liminar anteriormente deferida.

Conquanto a candidata vencedora não detivesse o comprovante de certificação exigido na data da posse, a investidura no cargo de Diretor Financeiro é realizada mediante eleição direta, nos termos do § 2º, art. 6º, da Lei Complementar Municipal nº 10, de 30 de julho de 2004, *in verbis*:

> § 2º Os integrantes das Diretorias Financeiras, Administrativa e Previdenciária serão nomeados dentre os servidores participantes, da administração direta, suas autarquias e fundações públicas e da Câmara Municipal, através de eleição direta, em atendimento à lei federal que trata das normas gerais dos regimes próprios de previdência social dos servidores públicos. (g.n.)

Ademais, em princípio, como bem salientado pelo magistrado, na ponderação entre os interesses individuais do terceiro e a vontade soberana dos eleitores, deve prevalecer a última, mesmo porque não se vislumbra mais qualquer prejuízo ao interesse público.

O não preenchimento temporário de um requisito formal, cumprido em curtíssimo espaço de tempo (04/02/2013)[5], três dias após o prazo previsto para a posse (01/02/2013), por questão de razoabilidade, não deve ser óbice a impedir a nomeação da impetrante ao cargo *eletivo*.

Portanto, a r. sentença foi bem lançada e suficientemente motivada, de modo que a ratifico, nos termos do art. 252 do Regimento Interno do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

Pelo meu voto, nego provimento aos recursos e ao reexame necessário.

ACÓRDÃO

Acesso ao Sumário

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0017554-39.2010.8.26.0602, da Comarca de Sorocaba, em que é apelante EDIVAR RUELA PIRES, é apelado FUNSERV – FUNDAÇÃO DE SEGURIDADE DOS SERVIDORES PÚBLICOS MUNICIPAIS.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 10ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto da relatora, que integra este acórdão. **(Voto nº 12.479)**

5 Fls. 106

O julgamento teve a participação dos Desembargadores TORRES DE CARVALHO (Presidente sem voto), PAULO GALIZIA e ANTONIO CARLOS VILLEN.

São Paulo, 10 de outubro de 2014.

TERESA RAMOS MARQUES, Relatora

Ementa: PREVIDÊNCIA

Contribuição – Assistência à saúde – Servidor municipal – Dois vínculos – Cobrança em duplicidade – Devolução – Possibilidade:

– A contribuição para assistência à saúde não pode ser compulsória e não incide em duplicidade quando o servidor tem dois vínculos laborais com a mesma pessoa jurídica de direito público.

VOTO

RELATÓRIO

Sentença de procedência parcial, para determinar a cessação dos descontos alusivos à contribuição para assistência à saúde e condenar a ré a devolver ao autor as contribuições descontadas após o ajuizamento da demanda, devidamente atualizada e acrescidos de juros de mora desde o trânsito em julgado. Custas e honorários pela ré, fixados em 10% do valor da condenação, já considerada a sucumbência do autor.

Apela o autor (fls. 52/58), alegando que, desde 2007, mantém dois vínculos com o Município, razão pela qual é obrigado a contribuir em dobro para a denominada contribuição à saúde. Havendo a incidência da contribuição sobre mais de uma remuneração incorre-se em bitributação. Não obstante, nas hipóteses de mais de um vínculo com entidades da Administração Direta e/ou Indireta, havendo opção do servidor, deve ser mantido o atendimento à saúde do servidor e seus dependentes, mediante a contribuição única e exclusiva da maior remuneração, ficando isenta a contribuição nos demais vínculos, até perder a qualidade de dependente, seja pela garantia da dependência do titular do outro vínculo, por determinação da Lei, e/ou por vedação da bitributação. Tudo isso porque, pelo princípio da razoabilidade e pela qualidade de dependente, não poderá contribuir pela remuneração de mais de um vínculo e a contribuição não poderá se fazer pela menor. A Constituição Federal não permite aos estados e municípios instituir contribuições para financiamento de serviços de saúde. A Constituição Federal não recepcionou a Lei Complementar Estadual nº 452/74 na parte referente à contribuição compulsória para manutenção da assistência médica, por desacordo com o seu art. 149, parágrafo único.

Acesso ao Sumário

Não houve contrarrazões (fl. 62).

FUNDAMENTOS

1. Trata-se de demanda ajuizada por servidor municipal de Sorocaba, titular de dois cargos públicos (médico I e médico plantonista), desde 7.6.1988 e 11.2.2007, respectivamente.

Como mantém, desde 2007, dois vínculos com o Município, alega ter sido obrigado a contribuir duas vezes, com 5% dos seus vencimentos, para a denominada contribuição da saúde, razão pela qual requer seja determinada a devolução dos descontos realizados por força do segundo vínculo (fl. 6), a despeito do pedido administrativo de cessação do mesmo (fls. 34/35):

"*2) **Seja condenada a ré a devolver ao autor as contribuições descontadas do seu segundo vínculo, já ressalvada a prescrição quinquenal**, e, para fins de execução, **DECLARANDO-SE AINDA, QUE ISSO DEVERÁ SE REALIZAR SEM PREJUÍZO DO ATENDIMENTO,** devendo os valores serem atualizados na data do desconto ou desembolso, até efetivo pagamento, contados juros de 1% ao mês desde a citação.*" (realces no original)

Realmente, a Constituição Federal não autoriza a contribuição compulsória para a assistência à saúde, de forma que cabe ao servidor optar ou não pelo desconto a este título.

Além disso, a existência de dois vínculos realmente não justifica o desconto em dobro da contribuição de assistência à saúde, diante da inviabilidade de se aproveitar em dobro dos benefícios que enseja.

Nessas condições, é mesmo devida a devolução das contribuições descontadas pelo segundo vínculo, independentemente da data do ajuizamento da demanda, uma vez que, diante da impossibilidade material do aproveitamento da assistência à saúde em dobro, enriqueceu a Administração sem causa com o recolhimento duplo.

O direito à devolução surgiu a partir do momento que passou a ser feito o desconto em duplicidade, mas cumpre observar o prazo da prescrição das diferenças mensais vencidas cinco anos antes da data do ajuizamento.

Acesso ao Sumário

No caso presente, o autor informou que passou a ter o desconto em dobro desde 11.2.2007, quando iniciou o segundo vínculo. Ajuizada a demanda em maio de 2010, nada prescreveu, abrangendo a devolução todos os descontos feitos em duplicidade.

Diante da natureza tributária da contribuição, os juros da mora são de 1% ao mês, mas incidem apenas a partir do trânsito em julgado da condenação.

Destarte, pelo meu voto, dou provimento ao recurso para julgar procedente a demanda, condenando a ré a devolver os descontos da contribuição assistencial que incidiram sobre o segundo vínculo, com a atualização monetária a partir de

cada incidência e com juros moratórios de 1% ao mês, mas contados apenas a partir do trânsito em julgado da condenação. Reembolso de custas e despesas e honorários advocatícios de 10% do total vencido pela ré.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0901495-81.2012.8.26.0439, da Comarca de Pereira Barreto, em que são apelantes MARIA DE LOURDES DIAS, LIA MAURO FUZETO e MARCOS ANTONIO THEREZA, é apelado MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em 11ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento aos recursos. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 14104)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores LUIS GANZERLA (Presidente sem voto), AROLDO VIOTTI e RICARDO DIP.

São Paulo, 14 de outubro de 2014.

OSCILD DE LIMA JÚNIOR, Relator

Ementa: DIREITO ADMINISTRATIVO – AÇÃO CIVIL PÚBLICA – Improbidade administrativa – Exercício da advocacia concomitantemente ao desempenho de cargos na Administração Pública Municipal – Atipicidade das condutas – Dois dos corréus não estavam impedidos de advogar – Mera ilegalidade ou infração ético-profissional não relacionada à Administração, praticada pela terceira corré, Vice-Prefeita, não constitui improbidade – Sentença reformada.

Recursos providos.

VOTO

Trata-se de ação civil pública por ato de improbidade administrativa ajuizada pelo Ministério Público do Estado de São Paulo contra Maria de Lourdes Dias, Lia Maura Fuzeto e Marcos Antonio Thereza, na qualidade, respectivamente, de Vice-Prefeita, de Secretária Municipal de Administração, Planejamento e Trânsito, e de Diretor Administrativo Municipal, todos do

Acesso ao Sumário

Município de Pereira Barreto, alegando que os corréus exerceram a advocacia privada concomitantemente ao exercício dos seus cargos públicos, infringindo o disposto no artigo 28 da Lei 8.906/1994, que arrola as atividades incompatíveis com o exercício da advocacia, e, por conseguinte, praticaram ato de improbidade previsto no artigo 11, "caput", da Lei 8.429/1992, devendo ser condenados nas penas do seu artigo 12, inciso III, bem como condenados no pagamento por dano moral coletivo.

A r. sentença de fls. 618/620 julgou parcialmente procedentes os pedidos, com resolução de mérito, nos termos do artigo 269, inciso I, do Código de Processo Civil, para reconhecer os requeridos como incursos no artigo 11, "caput", da Lei 8.429/1992, e aplicar-lhes a pena de multa civil de 20 (vinte) vezes o valor da última remuneração recebida por cada um deles, como previsto no artigo 12, inciso III, da mesma lei. Condenou os réus no pagamento das custas e despesas processuais, pelo princípio da causalidade.

Lia Mauro Fuzeto e Marcos Antonio Thereza apresentaram recurso de apelação a fls. 632/661, sustentando, em síntese, que não praticaram ato de improbidade, principalmente porque seus cargos não eram incompatíveis com o exercício da advocacia, pedindo a improcedência total do feito.

Maria de Lourdes Dias apelou a fls. 666/697, alegando, preliminarmente, a ausência de justa causa para o ajuizamento da ação civil pública e a ilegitimidade ativa do Ministério Público, e, no mais, a existência de mera irregularidade administrativa sujeita a procedimento regido pelas normas do Estatuto da OAB. Aduz, também, que não praticou qualquer ato enquanto Vice-Prefeita e que o exercício da advocacia não violou qualquer dos princípios da Administração Pública, e que não restou demonstrado dolo. Pede, assim, a improcedência da ação, ou, então, a redução da multa civil.

Os recursos foram recebidos em ambos os efeitos (fl. 746) e respondidos (fls. 748/751).

Parecer da Procuradoria Geral de Justiça pelo desprovimento dos recursos (fls. 755/768).

É o relatório.

As preliminares devem ser rejeitadas.

A falta de justa causa foi apreciada na decisão que recebeu a petição inicial, após a defesa prévia, e restou inatacada pelo recurso então cabível, nos termos do artigo 17, § 10, da Lei 8.429/1992, operando-se a preclusão nesse ponto.

Do mesmo modo, o entendimento aplica-se à discussão sobre a legitimidade ativa do Ministério Público para ajuizar ação civil pública por improbidade administrativa, que, ressalte-se, deriva diretamente do artigo 129, incisos III e IX, da Constituição Federal, bem como expressamente do artigo 17,

"caput", da Lei 8.429/1992.

Ademais, a legitimidade ativa infere-se do pedido formulado na petição inicial, não interferindo, neste aspecto, a eventual procedência ou não do pleito.

No mérito, porém, os recursos merecem provimento.

Como é cediço, a Constituição Federal disciplina os princípios da Administração Pública e dispõe acerca da imposição de sanções para atos de improbidade administrativa, conforme se extrai da leitura do texto transcrito:

> ***Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:***
>
> ***(...)***
>
> ***§ 4º – Os atos de improbidade administrativa importarão a suspensão dos direitos políticos, a perda da função pública, a indisponibilidade dos bens e o ressarcimento ao erário, na forma e gradação previstas em lei, sem prejuízo da ação penal cabível.***

Por sua vez, a Lei nº 8.429/92, em complemento ao § 4º do art. 37 da CF, disciplina os mecanismos de combate à improbidade administrativa, classificando os atos de improbidade em três modalidades distintas: atos que importam em enriquecimento ilícito (art. 9º); atos que causem dano ao erário (art. 10), e atos que violam os princípios gerais da Administração Pública (art. 11), cominando-lhes sanções políticas, civis e administrativas (art. 12).

Isto porque, de acordo com os ensinamentos de **Marcello Caetano**, "o funcionário deve servir à Administração com honestidade, procedendo no exercício de suas funções sempre no intuito de realizar os interesses públicos, sem aproveitar os poderes ou facilidades delas decorrentes em proveito pessoal ou de outrem a quem queira oferecer"[1].

Pois bem.

O exercício concomitante da advocacia pelos corréus com os cargos públicos ocupados é fato incontroverso nos autos, restando, apenas, a questão relativa à configuração de ato de improbidade administrativa previsto no artigo 11 da Lei 8.429/1992.

A Vice-Prefeita teria violado o inciso I (Chefe do Poder Executivo e seus substitutos legais), e os demais, o inciso III (ocupantes de cargos ou funções de direção em órgãos da administração pública direta ou indireta) do artigo 28 da Lei 8.906/1994, que lista as atividades incompatíveis com o exercício da advocacia, entendida a incompatibilidade, nos termos do seu artigo 27, como a proibição total do exercício da advocacia.

Acesso ao Sumário

1 Manual de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, Forense, 1970, t. 2, p. 684.

No tocante a Lia Mauro Fuzeto e Marcos Antonio Thereza, sequer há provas, nos autos, de que lhes seria aplicável, juridicamente, o disposto no inciso III do artigo 28 da Lei 8.906/1994, haja vista que o § 2º do mesmo dispositivo dispõe:

"Não se incluem nas hipóteses do inciso III os que **não detenham poder de decisão relevante sobre interesses de terceiro**, **a juízo do conselho competente da OAB**, bem como a administração acadêmica diretamente relacionada ao magistério jurídico".

Ou seja, para incidir na vedação, não basta que o advogado esteja exercendo cargo de direção na administração pública: é preciso que tal cargo tenha "**poder de decisão relevante sobre interesses de terceiro**", a ser aferido, no caso, pela OAB.

Não basta, portanto, uma presunção de prestígio político amealhado pelo cargo de Secretária Municipal por Lia Mauro Fuzeto.

Sobre Marcos Antonio Thereza, apesar do nome do cargo ocupado, não consta qualquer demonstração de que tenha qualquer poder de mando, de alta direção, muito menos de que possua poder de julgamento no âmbito administrativo, como exige o Estatuto da OAB.

Por sua vez, Maria de Lourdes Dias, Vice-Prefeita, incidira na proibição do inciso I do artigo 28 aludido, pois a norma expressamente inclui o Chefe do Poder Executivo (Prefeito) e seus substitutos legais (Vice-Prefeito), sendo juridicamente indiferente que jamais tenha praticado, para esse efeito, qualquer ato pela Prefeitura.

Contudo, não se deve confundir eventual infração ético-profissional com improbidade administrativa.

Isso porque não há como afastar o entendimento de que não é toda e qualquer ilegalidade, de per si, que caracteriza ato de improbidade administrativa. Vale dizer, improbidade não é sinônimo de ilegalidade, e para que o ato seja reputado como tal, imprescindível a presença de outros requisitos, especificamente aqueles descritos nos artigos 9º, 10 e 11 da Lei nº 8.429/92, que tratam das espécies de atos de improbidade administrativa.

Acesso ao Sumário

Dessa forma, embora tenha ocorrido ilegalidade, por parte de Maria de Lourdes Dias, não restou clara a ocorrência de ato de improbidade. Não se confunde ilegalidade, imoralidade e improbidade. Na verdade, toda improbidade requer a existência premente de uma imoralidade ou uma ilegalidade, mas o inverso não é verdadeiro. Nem toda ilegalidade é uma improbidade. Para que haja uma improbidade, é preciso que o ato ilegal ou imoral tenha como condão o elemento subjetivo de desonestidade ou má-fé. Não é por outro motivo que **José Afonso da Silva** define ato de improbidade administrativa como um "***ato de imoralidade qualificada***".

Pode-se cogitar da eventual ilegalidade do ato, mas sem a demonstração do caráter volitivo do réu, não há como se fixar a responsabilidade pretendida.

No caso dos autos, não ficou demonstrada sequer a pertinência da ilegalidade com a improbidade na Administração Pública. Não há qualquer linha a respeito, por exemplo, do uso da influência do cargo para amealhar clientes ou conseguir vantagens.

Verifica-se, na verdade, que a petição inicial e a sentença embasaram a improbidade no simples fato dos réus, o que inclui, por óbvio, a Vice-Prefeita, serem advogados, e, portanto, conhecedores das vedações ao exercício da advocacia impostas pela Lei 8.906/1994.

Com efeito, "**a lei alcança o administrador desonesto, não o inábil**" (REsp 213.994, 1ª Turma, rel. Ministro GARCIA VIEIRA). "**Deve afastar-se o versarismo que vê configurada improbidade administrativa já e só com as notas da ilegalidade objetiva e negligência da conduta. Ora, a normativa referente aos atos ímprobos não estatui punição para a mera quebra da legalidade, qual se tratara de uma responsabilização objetiva**" (AC nº 0002038-94.2005.8.26.0588, rel. Des. Ricardo Dip, voto RHMD nº 24.956).

Ora, deve haver um mínimo de correlação entre a ilegalidade perpetrada pelo agente público e a sua conduta nessa qualidade, ainda que potencial. Caso contrário, qualquer ato do agente que violasse qualquer lei poderia ser enquadrado como violador do princípio da legalidade e, por conseguinte, ato de improbidade, como, por exemplo, uma multa de trânsito.

Veja-se que o artigo 1º da Lei 8.429/1992 determina que "[o]s atos de improbidade praticados por qualquer agente público, servidor ou não, contra a administração direta, indireta [...] serão punidos na forma desta lei" (grifo nosso). Em outras palavras, a conduta deve causar lesão à administração pública, mesmo que imaterialmente, o que não houve.

Desse modo, a improcedência dos pedidos é medida que se impõe, pela atipicidade da conduta.

Para fins de eventual prequestionamento da matéria, consigne-se inexistir ofensa aos dispositivos legais e constitucionais mencionados nas razões e contrarrazões recursais.

Ante o exposto, pelo meu voto, dou provimento aos recursos, para reformar a r. sentença e, por conseguinte, julgar improcedentes os pedidos, com fulcro no artigo 269, inciso I, do Código de Processo Civil. Em razão da sucumbência, impende ressaltar que os honorários advocatícios e custas processuais não são devidos por parte do órgão do Ministério Público[2].

Acesso ao Sumário

2 O Ministério Público é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado incumbindo-lhe defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis (art. 127 CF). Ademais, é função institucional do Ministério Público, dentre outras, promover o inquérito civil e a ação civil pública para a proteção do patrimônio público e social e de outros interesses

Apelações/Reexames Necessários

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação/Reexame Necessário nº 1013689-47.2014.8.26.0053, da Comarca de São Paulo, em que são apelantes FAZENDA DO ESTADO DE SÃO PAULO e JUÍZO *EX OFFICIO*, são apelados NEIDE DE MATTIS CORREIA, MARA REGINA DOS SANTOS MAIA, MARCOS ROBERTO DOS SANTOS, MARISA MARIA MORI, NAIR MATHIAS MENDES, ROSILENE APARECIDA LOPES, SANDRA MARA CAMPOFREDO, SANDRO ROGÉRIO GUBOLIN, SUSÉLIDE GONÇALVES BORELLI, AILTON DIAS CAMPANELI, LUCIANA BARREIRA NOGUEIRA CHIAPARINI, KLÉBER LUÍS BATISTA ENES, IACI MARIA DE FREITAS MACHADO, ELIANE VIEIRA DO AMARAL, DIONÉA MARCELINO LIMA ASSE, DILVANIA APARECIDA VIEIRA, DENER MARCELO BERTOLINI, AYDÊ REZENDE GARCIA, ALESSANDRO APARECIDO MARJIOTTO e ALÉCIO POMINI NOGARINI JÚNIOR.

ACORDAM, em 9ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Rejeitada a preliminar, negaram provimento, nos termos que constarão do acórdão. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 17572)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores MOREIRA DE CARVALHO (Presidente), CARLOS EDUARDO PACHI e REBOUÇAS DE CARVALHO.

São Paulo, 17 de setembro de 2014.

MOREIRA DE CARVALHO, Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: APELAÇÃO – Servidores do Poder Judiciário do Estado de São Paulo – Preliminar de não conhecimento do recurso – Inocorrência – Servidores afastados do serviço nos termos do art. 78 da Lei nº 10.261/68 – Privação do percebimento da verba de auxílio-alimentação – Ilegalidade – Mencionado diploma legal prevê como efetivo exercício para todos os fins legais os dias de afastamento previstos – Sentença de procedência mantida – Afastada a preliminar e recurso desprovido.

VOTO

Trata-se de ação sob o rito ordinário ajuizada por **NEIDE DE MATTIS CORREIA E OUTROS** em face da **FAZENDA DO ESTADO DE SÃO PAULO**. Alegam que são servidores do Poder Judiciário do Estado de São Paulo encontrando-se afastados nos termos do art. 78, da Lei nº 10.261/68 e privados do percebimento da verba denominada auxílio-alimentação. Requereram a abstenção dos respectivos descontos em seus holerites, a título de antecipação de tutela e a procedência do pedido, ao final, para se apostilar o direito, consignando-se a natureza alimentar do débito, condenando-se a ré no pagamento dos valores indevidamente descontados, acrescidos dos encargos legais. Postularam, outrossim, os benefícios da gratuidade.

A r. sentença de fls. 438/442 julgou procedente o pedido formulado e extinto o processo, nos termos do art. 269, inciso I, do Código de Processo Civil, para declarar o direito dos autores em perceber o auxílio-alimentação, durante as hipóteses de afastamento, previstas no art. 78, da Lei nº 10.261/68, apostilando-se. Condenou a ré se abster de efetuar os descontos em holerite, de imediato, nos termos do art. 273, inciso I, do Código de Processo Civil, bem como a ressarcir os autores quanto aos valores indevidamente retidos, a este título, resguardada a prescrição quinquenal, à que alude o Decreto nº 20.910/32, a serem apurados em liquidação de sentença. Sobre tais valores incidirão juros moratórios, no percentual de 0,5% ao mês, desde a citação, nos termos do art. 1º-F, da Lei nº 9.494/97, com a redação dada pela Medida Provisória nº 2.180/01 e correção monetária pela tabela prática do Tribunal de Justiça. Reconhecido o caráter alimentar do débito. Condenou, ainda, em face da sucumbência, a ré ao pagamento das custas, despesas processuais e honorários advocatícios, estes fixados em R$ 2.500,00, nos termos do art. 20, parágrafo 4º, do CPC.

Apela a Fazendo do Estado de São Paulo (fls. 447/454). Alega serem legais os descontos efetuados a título de auxílio-alimentação quando do afastamento das atribuições, conforme o Regulamento Interno dos Servidores do Tribunal de Justiça.

Houve apresentação de contrarrazões ao recurso (fls. 457/469). Alega preliminarmente que a apelação interposta não deve ser conhecida, ante a inobservância do requisito de admissibilidade do recurso de apelação previsto no art. 514, II, do Código de Processo Civil.

Vieram os autos para julgamento.

RELATEI.

Incialmente, em relação à alegação preliminar de não conhecimento da apelação interposta, tem-se que as razões do recurso preencheram corretamente todos os requisitos dos art. 514, do Código de Processo Civil, já que devolveu

Acesso ao Sumário

a este tribunal toda a matéria impugnada, com fundamentos de fato e de direito para a reforma da mesma.

Frise-se que a mera reprodução parcial da inicial não implica na ausência dos requisitos para conhecimento do apelo ordinário, não ofendendo o princípio dialético do art. 514, II, do CPC. Nesse sentido, a jurisprudência do Colendo STJ:

> "*PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. APELAÇÃO. OBSERVÂNCIA DOS REQUISITOS PREVISTOS NO ART. 514 DO CPC. NÃO CONHECIMENTO DO RECURSO QUE IMPLICA RIGOR EXCESSIVO E INJUSTIFICADO. 1. A repetição dos argumentos deduzidos na contestação não impede, por si só, o conhecimento do recurso de apelação, notadamente quando suas razões deixam claro o interesse pela reforma da sentença. Assim, havendo impugnação específica dos fundamentos que motivaram a sentença, contendo a apelação os nomes e a qualificação das partes, os fundamentos de fato e de direito e o pedido de nova decisão, ficam preenchidos os requisitos previstos no art. 514 do CPC. Na hipótese, o não-conhecimento do recurso, sob o fundamento de que houve mera reprodução da contestação, constitui rigor excessivo e injustificado. 2. Além disso, tratando-se de sentença proferida em desfavor da Fazenda Pública, está ela sujeita ao duplo grau de jurisdição, a teor do disposto no art. 475, II, do CPC. Assim, na hipótese, o Tribunal de origem, obrigatoriamente, devia ter apreciado as questões decididas em prejuízo do Estado do Espírito Santo, em sede de reexame necessário. 3. Recurso especial provido*" (REsp nº 1.195.789, 2ª Turma, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, j. 21/09/10, DJe 08/10/10).

Afastada a preliminar, passo a análise do mérito recursal.

Ao que se depreende dos autos, a questão litiga em saber a legalidade dos descontos da verba de auxílio-alimentação dos servidores do Poder Judiciário do Estado de São Paulo, que se encontram afastados nos termos do art. 78, da Lei nº 10.261/68.

No que tange ao auxílio-alimentação, prevê o art. 123 do Regulamento Interno dos servidores do Tribunal de Justiça, o qual dispõe sobre os deveres, proibições, responsabilidades, direitos e vantagens de tais servidores.

> *Art. 123 – Será concedido auxílio-alimentação a todos os servidores do Quadro do Tribunal de Justiça, em valor fixado pela Presidência do Tribunal de Justiça, independentemente da retribuição global percebida.*
>
> *Parágrafo único – O benefício será devido somente nos dias efetivamente trabalhados no Tribunal de Justiça.*

Ocorre que em contrapartida, o art. 78 da Lei nº 10.261/68 – Estatuto dos Funcionários Públicos Civis do Estado, assim dispõe:

> *Art. 78 – Serão considerados de efetivo exercício, para todos os efeitos legais, os dias em que o funcionário estiver afastado do serviço em*

virtude de: (grifo nosso)

I – férias;

II – casamento, até 8 (oito) dias;

III – falecimento do cônjuge, filhos, pais e irmãos, até 8 (oito) dias;

IV – falecimento dos sogros, do padrasto ou madrasta, até 2 (dois) dias;

V – serviços obrigatórios por lei;

VI – licença quando acidentado no exercício de suas atribuições ou atacado de doença profissional;

VII – licença à funcionária gestante;

VIII – licenciamento compulsório, nos termos do art. 206;

IX – licença-prêmio;

X – faltas abonadas nos termos do § 1º do art. 110, observados os limites ali fixados;

XI – missão ou estudo dentro do Estado, em outros pontos do território nacional ou no estrangeiro, nos termos do art. 68;

XII – nos casos previstos no art. 122;

XIII – afastamento por processo administrativo, se o funcionário for declarado inocente ou se a pena imposta fôr de repreensão ou multa; e, ainda, os dias que excederem o total da pena de suspensão efetivamente aplicada;

XIV – trânsito, em decorrência de mudança de sede de exercício, desde que não exceda o prazo de 8 (oito) dias; e

XV – provas de competições desportivas, nos termos do item I, do § 2º, do art. 75;

XVI – nascimento de filho, por 1 (um) dia, ao pai, no decorrer da primeira semana.

Tendo em vista a previsão legal do supramencionado artigo, o Estado de São Paulo ao deduzir os descontos do auxílio-alimentação dos servidores afastados em decorrência de uma das hipóteses previstas em seus dezesseis incisos contraria diretamente o dispositivo de lei, o qual prevê como efetivo exercício para todos os fins legais os dias de afastamento previstos naquele mandamento.

A despeito das mencionadas hipóteses de afastamento, não se vislumbra qualquer violação a princípios constitucionais ou administrativos, o que ocorre é a interpretação conforme o ordenamento jurídico vigente. Além disso, indiscutível o caráter alimentar do débito, isto é, verba destinada à alimentação do servidor, tendo em vista que subsiste independente da ocasião dos afastamentos em análise.

Assim, é evidente que não poderia a apelante suprimir o direito ao auxílio-alimentação em tais períodos de afastamento, pois inexiste qualquer previsão excepcional a respeito, quer seja no referido Estatuto dos Funcionários Públicos

Acesso ao Sumário

do Estado de São Paulo ou diverso diploma legal.

Nesta toada, segue o entendimento pacificado do Superior Tribunal de Justiça:

> *ADMINISTRATIVO. SERVIDOR PÚBLICO. AUXÍLIO-ALIMENTAÇÃO. AFASTAMENTOS CONSIDERADOS COMO DE EFETIVO EXERCÍCIO. CABIMENTO. APELAÇÃO E REMESSA OFICIAL IMPROVIDAS.*
>
> *1. É devido o auxílio-alimentação nos afastamentos considerados como de efetivo exercício, conforme entendimento pacífico do STJ.*
>
> *2. Ação ajuizada em 30/07/02, objetivando o pagamento do auxílio-alimentação no período de dezembro/97 a dezembro/2001. Rejeição da alegada prescrição quinquenal.*
>
> *3. Apelação e remessa oficial improvidas.*
>
> (AC 424639 CE 0012851-74.2002.4.05.8100 – Rel. Des. Federal Rogério Fialho Moreira. Julg. 04/03/2010. DJe 18/03/2010)
>
> *ADMINISTRATIVO. SERVIDORES PÚBLICOS FEDERAIS. AFASTAMENTOS CONSIDERADOS COMO DE EFETIVO EXERCÍCIO. LEI 8.112/90, ART. 102. DIREITO AO BENEFÍCIO DO AUXÍLIO-ALIMENTAÇÃO.*
>
> *É pacífica a jurisprudência do eg. Superior Tribunal de Justiça no sentido de que é cabível o pagamento de auxílio-alimentação nos períodos de férias ou licença, por serem considerados como de efetivo exercício, nos termos do art. 102 da Lei 8.112/90. 2. Apelação e Remessa Oficial não providas.*
>
> (APEL/REEX 9288 CE 0015343-05.2003.4.05.8100 – Rel. Desembargador Federal Paulo Gadelha. Julg. 09/02/2010. DJe 19/03/2010)

Outrossim, considerando que a atitude da apelante viola expressamente o texto legal, bem como a jurisprudência consolidada do E. Superior Tribunal de Justiça, deve ser corrigida a indevida supressão de valores que vinham sendo pagos e deveriam assim permanecer, compondo o patrimônio jurídico dos apelados.

Desta forma, correta a r. sentença que julgou procedente o pedido para declarar o direito dos apelados em perceber o auxílio-alimentação durante as hipóteses de afastamento previstas no art. 78 da Lei nº 10.261/68.

Ocorrendo isto, **AFASTO A PRELIMINAR E NEGO PROVIMENTO AO RECURSO**, nos termos supramencionados.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação/Reexame Necessário nº 0018904-07.2003.8.26.0053, da Comarca de São Paulo, em que são apelantes

FAZENDA DO ESTADO DE SÃO PAULO e JUÍZO *EX OFFICIO*, são apelados MARIANO MARIO MARIUSSO e REGINA FERRARI MARIUSSO.

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 5894)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores MAGALHÃES COELHO (Presidente) e COIMBRA SCHMIDT.

São Paulo, 4 de agosto de 2014.

LUIZ SERGIO FERNANDES DE SOUZA, Relator

Ementa: AÇÃO ORDINÁRIA – Pedido de reparação de danos morais e materiais – Detento da Penitenciária do Carandiru que, acometido por grave doença, sabendo-se mais tarde tratar-se de tuberculose, não foi encaminhado a tempo para Hospital que se revelasse em condições de estabelecer o diagnóstico de forma adequada, prestando-lhe o atendimento devido, omissão esta que contribuiu para o óbito do paciente – Responsabilidade subjetiva do Estado configurada – Reparação dos danos morais que se impõe – Recurso improvido.

VOTO

Vistos, etc.

Cuida-se de ação ordinária proposta por Mariano Mario Mariusso e Regina Ferrari Mariusso em face da Fazenda do Estado de São Paulo, na qual buscam a reparação de danos morais e materiais em razão da morte do filho, Mario Cesar Mariusso, que contraiu grave doença pulmonar durante o período em que se encontrava preso na Casa de Detenção Professor Flamínio Fávero – Penitenciária Carandiru I, à falta de tratamento adequado, pois mesmo internado no Hospital do Mandaqui – vencidas as dificuldades para que pudesse ser atendido fora do sistema penitenciário – não se logrou diagnosticar a tempo o mal de que efetivamente padecia.

A ação foi julgada parcialmente procedente, reconhecendo o d. magistrado *a quo* a responsabilidade objetiva do Estado, investido no dever de guarda, vigilância e preservação da integridade física dos presos que estão sob sua custódia. Em decorrência, a Fazenda do Estado foi condenada à reparação dos danos morais, fixada em R$ 75.000,00, para cada autor, valor este a ser

Acesso ao Sumário

corrigido a partir da data da sentença, nos termos da Lei nº 11.960/09, incidentes juros de mora, a contar do evento, à taxa de 1%, até o início da vigência da referida Lei. O magistrado de 1º grau deixou de acolher o pedido de reparação dos danos materiais, por entender não comprovada a dependência econômica dos pais em relação ao filho. Por reconhecer a sucumbência recíproca, o juiz *a quo* compensou a condenação em honorários advocatícios, repartindo, em igual proporção, o pagamento das custas e despesas processuais.

Em sede de apelação, a Fazenda do Estado alega que não ficou demonstrada a responsabilidade do Estado, que dispensou ao detento todos os cuidados necessários ao tratamento de sua saúde, não podendo figurar como segurador universal. Pede também a redução do *quantum* fixado a título de danos morais.

Os autores apresentaram contrarrazões de apelação, nas quais pedem a confirmação da r. sentença.

É o relatório.

O apelo da Fazenda do Estado não merece provimento.

Segundo se apurou, Mario Cesar Mariusso encontrava-se recolhido na Penitenciária Carandiru I, desde março de 2000, quando, em 10 de maio de 2001, procurou atendimento médico, queixando-se de dores no pulmão – fato este confirmado pelo médico, Dr. Carlos Otavio Branco Graminho (fls. 321).

Após o episódio, houve progressivo comprometimento do estado de saúde do detento, cujo quadro clínico já era grave em setembro de 2001, sem que se lograsse identificar a causa da doença.

Nos dias 12 a 14, 16, 18 a 21 e 23 daquele mês, o paciente recebeu atendimento na enfermaria da penitenciária (fls. 203 a 206). Em 24 de setembro, foi transferido ao Hospital do Mandaqui, depois que a coautora, Regina Ferrari Mariusso, sua genitora, dirigiu-se ao presídio, pedindo que seu filho tivesse tratamento adequado.

No referido nosocômio, Mario Cesar deu entrada "em precárias condições clínicas", com hipóteses diagnósticas de "neoplasia a esclarecer com metástases pulmonares, tuberculose pulmonar", o que indicava a gravidade do quadro (fls. 245), tanto assim que veio a falecer em 10 de outubro de 2001, constatando a necropsia que fora acometido de tuberculose.

É bem verdade que se tratava de difícil diagnóstico, tanto assim que o exame de pesquisa do bacilo da tuberculose resultou negativo (fls. 411). Entretanto, não se pode negar que houve demora no encaminhamento do preso a um hospital com mais recursos, que não se justificava, diante da rápida evolução da doença, sem que se tivesse diagnóstico certo.

Estivesse o paciente em liberdade, poderia valer-se da rede do SUS, onde há hospitais que são referência, além daqueles conveniados. Mas, na condição em que se encontrava, não lhe cabia escolha, dependendo única e exclusivamente

Acesso ao Sumário

do atendimento ambulatorial e hospitalar do presídio, sabidamente precário, como indicam as máximas da experiência.

A propósito, consignou o magistrado *a quo* que era do conhecimento de todos as precárias condições do atendimento médico-hospitalar aos presos do Carandiru, os quais, em razão da superlotação do presídio, encontravam-se expostos a doenças respiratórias, em especial a tuberculose, com taxa de incidência altíssima. Diante desse trágico quadro, o médico responsável pelo ambulatório teria razões bastantes para desconfiar da gravidade da doença, o que recomendava o imediato encaminhamento do paciente a um hospital.

Diante de tais circunstâncias, veja-se que patente se mostra a responsabilidade subjetiva do Estado, que tinha o dever de guarda e vigilância, pois a vítima estava presa, e, por óbvio, dependia de autorização para ser transferida, providência que somente foi adotada quando sua saúde já estava muito debilitada, impossibilitando a reversão do quadro.

Veja-se, a propósito da injustificada demora no encaminhamento do preso ao Hospital do Mandaqui, o relatório elaborado pelo Diretor Técnico do Serviço de Pneumologia e Tisiologia daquele conjunto hospitalar, a fls. 337 a 340, dando conta de que tão precário era o estado clínico do paciente que não foi possível avançar nas investigações, que demandariam a realização de biopsia para elucidação diagnóstica (Tuberculose ou Neoplasia do Pulmão).

Enfim, quer se adote a *teoria da concausa*, a *teoria das causas equivalentes* ou a *teoria da causa sine qua non*, tudo se orienta no sentido de que as dificuldades encontradas para o encaminhamento do preso ao Hospital do Mandaqui compõem o nexo de causalidade entre a conduta omissiva apontada na inicial e o evento morte.

Dano, no dizer de Enneccerus, é toda desvantagem que sofremos em nossos bens jurídicos, patrimônio, corpo, vida, saúde, honra, crédito, bem-estar (Enneccerus *apud* Antonio Chaves, *Tratado de Direito Civil*, vol. III, SP, RT, 1985, p. 573). O nosso Código Civil não continha qualquer dispositivo que, expressamente, contemplasse reparação de danos morais.

Todavia, desde Clóvis Bevilacqua (*Teoria Geral de Direito Civil*, 4ª ed., RJ, Ed. Francisco Alves, 1954, p. 30) tem-se entendido que o próprio interesse moral, previsto no artigo 76 do Código Civil de 1916, autoriza a concluir, à vista do disposto no art. 159 do mesmo Código, pela responsabilidade de indenizar independentemente dos reflexos patrimoniais que a lesão possa ter. Essa discussão, nos dias de hoje, guarda apenas um valor histórico, diante do disposto no artigo 5º, incisos V e X, da Constituição Federal.

No caso do dano moral, é impossível repor as coisas ao estado em que se encontravam. A reparação, em tais circunstâncias, reside no pagamento de uma soma em pecúnia, arbitrada pelo consenso do juiz, que possibilite ao lesado uma

Acesso ao Sumário

satisfação compensatória de sua dor íntima. Há também um caráter dissuasório e preventivo quanto a novas e futuras investidas do ofensor.

Entende-se que os autos fornecem elementos suficientes para que se possa entregar prestação jurisdicional certa e líquida. O Código Civil não dispõe, objetivamente, acerca de critérios que permitam estabelecer a indenização ou a compensação pelos danos morais, no dizer de alguns. Bem por isso, à falta de critério preestabelecido, a jurisprudência tem-se inclinado a adotar os parâmetros fixados no Código Brasileiro de Telecomunicações (Lei nº 4.117/62), ainda que em parte revogado pelo Decreto-Lei nº 236/67 e pela Lei nº 5.250/67 (Carlos Roberto Gonçalves, *Responsabilidade Civil*, SP, Saraiva, 1995, p. 413), ainda que também revogada recentemente.

Importa considerar a condição do ofensor e do ofendido, a gravidade, a extensão do dano e o grau de culpa. De um lado, tem-se o Estado, cujo dever de guarda e vigilância, em relação à vítima, que se encontrava presa, não foi observado, e de outro, a figura dos pais que perderam o filho precocemente. Isto tudo pesa na fixação do *an debeatur*. Quer-se crer, assim, que quantia correspondente a R$ 150.000,00, conjuntamente, tal como judiciosamente fixada pelo magistrado, estará em condições de pelo menos consolar os autores (se é que isto se mostra possível), a quem restará a certeza, outrossim, de que o Estado teve de pagar pela conduta omissiva.

Justifica-se a fluência dos juros de mora a partir do evento, tal como estabelecido na r. sentença, diante do reconhecimento da responsabilidade subjetiva, fundada na noção de culpa, de ilícito, aplicando-se, destarte, a regra do artigo 398 do Código Civil.

Nestes termos, nego provimento ao recurso.

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/Reexame Necessário nº 0004521-05.2010.8.26.0368, da Comarca de Monte Alto, em que é apelante/apelado EUGÊNIO FREIRE DE ANDRADE e Apelante JUÍZO *EX OFFICIO*, é apelada/apelante PREFEITURA MUNICIPAL DE MONTE ALTO.

ACORDAM, em 1ª Câmara Extraordinária de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Acolhida a remessa obrigatória, negaram provimento às apelações, V.U.", de conformidade

com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 33.702-CE)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores RICARDO DIP (Presidente), PIRES DE ARAÚJO e VERA ANGRISANI.

São Paulo, 30 de setembro de 2014.

RICARDO DIP, Relator

Ementa: DIREITO FUNERÁRIO. REVOGAÇÃO, POR FATO ADMINISTRATIVO, DE CONCESSÃO DE USO DE TERRENO PARA SEPULTAMENTO. DANOS MATERIAIS. INDENIZAÇÃO. LESÕES MORAIS. COMPENSAÇÃO. CABIMENTO. JUROS E CORREÇÃO MONETÁRIA.

– Objeto apenas de concessão, os terrenos de cemitérios públicos, uma vez que, de fato, se hajam revogado o ato ou contrato de concessão de seu uso, não autorizam reivindicação, nem compulsivo império de preservação do contrato. O fato administrativo da revogação somente atrai um direito indenizatório (e, quando o caso, compensatório) em favor do particular prejudicado.

– O culto dos mortos – desde suas formas antigas (e ainda em alguns lugares persistentes) de cultivo de penates ou lares, até agora o de veneração da memória dos mortos – é algo que diz respeito efetivamente aos vivos, e, pois, autoriza reconhecer a moléstia do direito de esperar a preservação dos locais de sepultamento e da expectação de bem preparar-se esses lugares para a acolhida dos restos mortais dos entes queridos. Precedentes do eg. STJ (REsp 125.127 – Min. SÁLVIO DE FIGUEIREDO TEIXEIRA; AgR no REsp 1.342.731 – Min. HERMAN BENJAMIN).

– Negar-se-ia, enfim, a perseverança do dever moral de piedade supor que os vivos não se interessem já por seus mortos.

– Juros de mora e correção monetária: cindibilidade de sua contagem em vista do advento da Lei nº 11.960, de 2009.

Não provimento das apelações.

Acolhida da remessa obrigatória.

Acesso ao Sumário

VOTO

RELATÓRIO:

1. O M. Juízo de origem, nestes autos, acolheu, em parte, pretensão ajuizada por Eugênio Freire de Andrade contra a Municipalidade de Monte Alto, impondo o pagamento de valor indenitário de danos materiais por despesas com aquisição de direito relativo a terreno de cemitério e edificação correspondente, e ainda de valor compensatório, à conta de lesões morais, assinado no equivalente a R$ 5.400,00 (fls. 108-21).

2. Da r. sentença, de par com remessa obrigatória, apelaram ambas as partes.

O requerente, com os pleitos de exumação de restos mortais enterrados no local e devolução da área para o uso objeto de contratação anterior (fls. 123-8).

O Município monte-altense, insistindo, em resumo, na denunciação da lide de nova titular da concessão do terreno objeto – Márcia Morgado de Souza –, e, quanto ao mérito, na total improcedência da demanda, por não provado o ajuste aquisitivo em que se apoiou o suplicante, operando-se, em todo o caso, caducidade do uso, nos termos da lei local, com o descabimento ainda da condenação por lesões morais (fls. 131-41).

Respondeu-se aos recursos (fls. 142-6 e 148-54).

É o relatório em acréscimo ao da sentença, conclusos os autos recursais, por força de redistribuição (Resolução nº 652, de 20-8-2014, do eg. Órgão Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo), em 9 de setembro de 2014 (fl. 159).

VOTO:

3. Fosse caso de prover o recurso do autor – no quanto pretende retomar o uso do terreno da quadra nº 35, placa nº 12.689-A, do cemitério municipal monte-altense –, inevitável seria não a denunciação da lide a Márcia Morgado da Silva (a quem o Município de Monte Alto cedeu, por agora, o direito correspondente a esse uso no cemitério local), mas a vocação litisconsorcial dos sucessores de todos aqueles cujos restos mortais se encontram enterrados no lugar, porque, uma vez feita a inumação, é preponderante direito dos sucessores o de que se preserve o sepultamento (*vidē* FARIAS DA SILVA, Justino Adriano. *Tratado de direito funerário*. São Paulo: Método, 2000, tomo II, p. 484 *et sqq*.), ressalvada a subsidiária atuação estatal em vista de interesses públicos singulares (p.ex., a saturação dos cemitérios e sua interdição).

Todavia, objeto apenas de **concessão** (cf. LOPES MEIRELLES, Hely. *Direito municipal brasileiro*. 16. ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 465-6), os terrenos de cemitérios públicos, uma vez que, de fato, **se hajam revogado** o ato ou contrato administrativos de concessão de seu uso, **não autorizam**

Acesso ao Sumário

reivindicação – qual se fossem esses terrenos suscetíveis de domínio particular – ou compulsivo império de preservação do contrato. O **fato administrativo da revogação** somente atrai um **direito indenizatório** (e, quando o caso, **compensatório**) em favor do particular prejudicado (*vidē* DROMI, Roberto. *Derecho administrativo*. 12. ed. Buenos Aires – Madrid – México: Ciudad Argentina: Hispania Libros, 2009, p. 630; FERREIRA DA ROCHA, Silvio Luís. *Manual de direito administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 467).

Daí o não cabimento da suscitada denunciação da lide, bem como a não acolhida da apelação do autor, que persegue a exumação dos restos corporais sepultos no lugar.

4. Há confirmação razoável nos autos de que o Município monte-altense concedeu o uso do jazigo em exame a Eugênio Freire de Andrade (fl. 12). Com efeito, do documento exibido – com timbre municipal – consta a referência à "**perpetuação** de um terreno para jazigo" (o destaque gráfico não é do original), e a Administração de Monte Alto não refutou a origem pública desse documento, limitando-se a dar-lhe uma compreensão que não se afeiçoa a sua letra, qual a de tratar-se de mera solicitação para ulterior aperfeiçoamento do ajuste. Ao revés, a expressa referência à "perpetuação" e a seu preço antes induzem considerar que se trata ali de uma aquisição do perpétuo direito de uso do jazigo.

5. A normativa local que se aponta, para o caso, regente da concessão de terrenos no cemitério do lugar, previa, é certo, **caducidade pelo não uso** (art. 211 da Lei nº 597/1928, de 12-12), mas, em contrário ao pretendido, neste passo, pelo Município de Monte Alto, nenhuma, para logo, é a prova de que não se ocupara **nem se demarcara** o local, requisitos para a caracterização da versada caducidade. Lê-se, com efeito, no referido dispositivo:

> "O terreno concedido que não for ocupado imediatamente, será marcado dentro de três dias, sob pena de caducidade."

Observe-se que parecer do Departamento Jurídico da Municipalidade não adversa a asserção de que se construíra um túmulo, com seis gavetas, no terreno objeto (cf. fl. 17).

6. Correta, portanto, **no substancial**, a r. sentença, no que concerne a indenizar-se o requerente à conta do **fato da Administração** que vulnerou o direito do concessionário, infligindo-se ao Município de Monte Alto o pagamento dos **danos patrimoniais** correspondentes (fl. 120).

7. Também, a meu ver, parece justa a solução da origem, ainda uma vez, no substancial, relativamente à compensação das lesões morais.

A noção de "cemitério" embora apresente um primeiro sentido material – qual seja, o de lugar de sepultamento, enterro ou inumação de cadáveres –, também compreende uma acepção formal, assim o do procedimento que, no todo ou em parte, se consuma com o sepultamento. Já se lia, a propósito, em

Acesso ao Sumário

S. ISIDORO de Sevilha (ETIMOLOGIAS, XV-11) que *sepulchrum a sepulto dictum*, de sorte que o conceito de lugar do sepulcro é secundário da noção de sepultamento: até porque, prossegue esse Autor, **nos tempos antigos os corpos das pessoas mortas se enterravam nas casas em que viveram**.

Assim, o procedimento funerário, transitando desde os avisos e convites fúnebres aos acompanhamentos, passando pelos pêsames, o velório e o cortejo (ou saimento), culmina com o enterro (cf. FARIAS DA SILVA, Justino Adriano. *Tratado de direito funerário, cit*., tomo I, p. 743 *et sqq*.), ou, em outros termos, compreende o traslado do cadáver, as exéquias e a deposição local, na referência do antigo Código de Direito Canônico de 1917: *cadaveris translatione ad ecclesiam, exsequiis super illud in eadem celebratis, illius depositione in loco legitime* (cânon 1.204).

A uma e outra dessas acepções relacionam-se as noções de **direito (e dever)** de efetuar e manter o sepulcro, tema já reconhecido no Direito romano (cf., *brevitatis causa*, D'ORS, Álvaro. *Derecho privado romano*. 9. ed. Pamplona: Eunsa, 1997, p. 180; KASER, Max. *Direito privado romano*. Lisboa: tradução portuguesa, Fundação Calouste Gulbenkian, 1999, p. 122; ORTOLAN. *Histoire de la législation romaine*. Paris: Plon, 1884, p. 598).

Disse, a propósito, Lewis MUMFORD que, no entorno das sepulturas, também se encontram "os primórdios de instituições cívicas" (*A cidade na história*. São Paulo: tradução brasileira, Martins Fontes, 1998, p. 16), **de modo que as exéquias são, de algum modo, objeto de direitos e usos de vivos**. Não é por menos que, na indicação das *Etimologias*, ao *sepulchrum* corresponde também o nominativo *monumentum*, o que **faz sobreviver o morto na memória dos vivos** (*mentem monere*).

É assim que o culto dos mortos – desde suas formas antigas (e ainda em alguns lugares persistentes) de cultivo de penates ou lares, até agora o **de veneração da memória dos mortos** – é algo que diz respeito efetivamente aos **vivos**, e, pois, autoriza reconhecer a moléstia do direito de esperar a preservação dos locais de sepultamento e da expectação de bem preparar-se esses lugares para a acolhida dos restos mortais dos entes queridos.

Acesso ao Sumário

Tem razão o M. Juízo da origem ao referir a dor moral consistente na supressão injusta da expectativa de manter-se um local – já construído, para mais – em que se inumariam os restos dos corpos dos familiares do autor (cf., nesse sentido, REsp 125.127 – STJ – Rel. Min. SÁLVIO DE FIGUEIREDO TEIXEIRA, j. 22-9-1998; e, em situação mais aguda embora, AgR no REsp 1.342.731-STJ – Rel. Min. HERMAN BENJAMIN, j. 21-5-2013).

Negar-se-ia, enfim, a perseverança do **dever moral de piedade** supor que os vivos não se interessem já por seus mortos.

8. O valor adotado pelo M. Juízo de primeiro grau para a compensação

das discutidas lesões morais (R$ 5.400, 00, em 4-3-2011: fls. 120 e 121), correspondendo a dez vezes o salário mínimo coevo (Medida Provisória nº 516, de 30-12-2010) **não** padece de manifesta excessividade, de modo que recomenda manutenção.

A correção monetária desse valor compensatório teve por marco *a quo* o do arbitramento (fl. 120*, in fine*), harmônica essa determinação com o verbete nº 362 da Súmula do egrégio Superior Tribunal de Justiça.

Quanto aos juros de mora, a r. sentença afastou-se do enunciado do verbete nº 54 do Direito sumular do colendo Superior Tribunal de Justiça, mas com isso se conformou o autor, inibindo a reforma do ponto por este Tribunal (*tantum devolutum quantum apellatum*).

9. No que se refere aos danos patrimoniais, a sentença está em consonância com o enunciado nº 43 da Súmula do egrégio Superior Tribunal de Justiça.

10. Em relação à **taxa dos juros de mora** e à contagem da indexação, aquela, assinou-a a r. sentença em **1% ao mês** (fl. 120), para a correção monetária, a adoção dos critérios da Tabela Prática deste Tribunal. Averbe-se a circunstância de que, sem recurso do suplicante, o M. Juízo de origem fixou o termo inicial da fluência os juros na data da citação que ocorreu, nestes autos, após a vigência da Lei nº 11.960/2009 (de 29-6 – fl. 26).

Essa Lei nº 11.960/2009 alterou o texto do art. 1º-F da Lei nº 9.494 (de 10-9-1997), enunciando:

> "Nas condenações impostas à Fazenda Pública, independentemente de sua natureza e 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."

Já antes da reorientação da jurisprudência do colendo Superior Tribunal de Justiça (cf. EDv no REsp 1.207.197 – Rel. Min. CASTRO MEIRA, e REsp nº 1.205.946, julgado sob o regime do art. 543-C do Cód.Pr.Civ. – Rel. Min. BENEDITO GONÇALVES) ressalvara eu, sem votar vencido, embora, ser meu entendimento o da **cisão das taxas dos juros e da correção monetária**, adotando-se o critério da lei do dia da incidência.

Solidei-me desde logo na doutrina, aqui iterada, de Paul ROUBIER e de Carlos MAXIMILIANO, ambos admitindo, em caso de sucessão normativa, a aplicação cindida das taxas de juros.

Diz ROUBIER:

> "*Les lois nouvelles qui modifient le taux legal de l'intérêt moratoire doivent également s'appliquer dès leur entrée en vigueur même aux créances antérieures, et cela même dans le cas où la mise en demeure est antérieure à la loi nouvelle, pour tous les intérêts qui courront à partir de*

l'entrée en vigueur de cette loi" (*Le droit transitoire*. 2. ed. Paris: Dalloz, 1960, p. 317)

E MAXIMILIANO:

"Os juros legais, processuais ou delituais, são diariamente produzidos de novo; por isto, vigora a taxa nova, a partir do dia da lei nova" (*Direito intertemporal ou teoria da retroatividade das lei*s. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1946, nº 107, p. 206).

Observa-se que, pese embora o egrégio Supremo Tribunal Federal ter declarado a inconstitucionalidade da Emenda constitucional 62/2009 e, por arrastamento, da Lei nº 11.960/2009, avista-se (assim se tem propalado) nova decisão daquela colenda Corte com a finalidade de modular os efeitos do julgado.

A cautela recomenda que se aguardem as disposições sobre eventual modulação da versada eficácia, para que se altere o entendimento já consolidado nesta Corte estadual e no egrégio Superior Tribunal de Justiça sobre a aplicação da norma em tela.

Corrobora esse entendimento a liminar concedida pelo colendo Supremo Tribunal Federal, no dia 13 de novembro de 2013, para determinar o sobrestamento do Ag 1.417.464 em trâmite no egrégio Superior Tribunal de Justiça:

"Com efeito, não obstante a declaração de inconstitucionalidade das expressões 'índice oficial de remuneração básica da caderneta de poupança' e 'independentemente de sua natureza', contidas no § 12 do art. 100 da CF/88, bem como a declaração de inconstitucionalidade, em parte, por arrastamento do art. 1º-F da Lei 9.494/97 (redação dada pelo art. 5º da Lei nº 11.960/2009), o relator para acórdão das Ações Diretas de Inconstitucionalidade 4.357 e 4.425, Min. Luiz Fux, atendendo a petição apresentada pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, na qual se noticiava 'a paralisação do pagamento de precatórios por alguns Tribunais de Justiça do País, determinada após o julgamento conjunto das Ações Diretas de Inconstitucionalidade nº 4.357 e 4.425, realizado em 14/03/2013, pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal', em 11/04/2013, deferiu medida cautelar, determinando:

'ad cautelam, que os Tribunais de Justiça de todos os Estados e do Distrito Federal deem imediata continuidade aos pagamentos de precatórios, na forma como já vinham realizando até a decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal em 14/03/2013, segundo a sistemática vigente à época, respeitando-se a vinculação de receitas para fins de quitação da dívida pública, sob pena de sequestro'.

Essa medida cautelar, deferida pelo relator, foi ratificada pelo Plenário da Corte na sessão de julgamento de 24/10/2013, a significar que, enquanto não revogada, continua em vigor o sistema de pagamentos

Acesso ao Sumário

de precatórios 'na forma como vinham sendo realizados', não tendo eficácia, por enquanto, as decisões de mérito tomadas pelo STF Ações Diretas de Inconstitucionalidade 4.357 e 4.425.

Ora, como se pode perceber em juízo preliminar e sumário, o Superior Tribunal de Justiça, ao estabelecer índice de correção monetária diverso daquele fixado pelo art. 1º-F da Lei 9.494/97 (com redação dada pelo art. 5º da Lei nº 11.960/2009), nos termos do decidido pela Corte no julgamento de mérito das ADIs 4.357 e 4.425, aparentemente, descumpriu referida medida cautelar.

3. Ante o exposto, defiro a liminar, para determinar o sobrestamento do AI 1.417.464-AgR/RS, em trâmite no Superior Tribunal de Justiça, até o julgamento final desta reclamação ou ulterior deliberação em sentido contrário" (MC na Rcl 16.745 – Rel. Min. TEORI ALBINO ZAVASCKI).

Esse posicionamento foi reiterado com a concessão de liminar, em 13 de março de 2014, em nova medida cautelar para suspender outra decisão do colendo Superior Tribunal de Justiça:

"Ao julgar, em conjunto, as ADIs 4357 e 4425, esta Corte declarou que a atualização monetária dos débitos fazendários inscritos em precatórios segundo o índice oficial de remuneração da caderneta de poupança viola o direito fundamental de propriedade (CF, art. 5º, XXII) na medida em que é manifestamente incapaz de preservar o valor real do crédito de que é titular o cidadão.

Outrossim, decidiu que a quantificação dos juros moratórios relativos a débitos fazendários inscritos em precatórios segundo o índice de remuneração da caderneta de poupança vulnera o princípio constitucional da isonomia (CF, art. 5º, *caput*) ao incidir sobre débitos estatais de natureza tributária, pela discriminação em detrimento da parte processual privada que, salvo expressa determinação em contrário, responde pelos juros da mora tributária à taxa de 1% ao mês em favor do Estado (*ex vi* do art. 161, § 1º, CTN), pelo que foi declarada inconstitucional parcialmente sem redução da expressão independentemente de sua natureza, contida no art. 100, § 12, da CF, incluído pela EC nº 62/09, para determinar que, quanto aos precatórios de natureza tributária, sejam aplicados os mesmos juros de mora incidentes sobre todo e qualquer crédito tributário.

O Plenário do STF assentou ainda que o art. 1º-F da Lei nº 9.494/97, com redação dada pela Lei nº 11.960/09, ao reproduzir as regras da EC nº 62/09 quanto à atualização monetária e à fixação de juros moratórios de créditos inscritos em precatórios incorre nos mesmos vícios de juridicidade que inquinam o art. 100, § 12, da CF, razão pela qual se revela inconstitucional por arrastamento.

Na sessão de 24/10/2013, formulei proposta de que tais declarações de inconstitucionalidade fossem dotadas de efeitos retroativos. A deliberação colegiada foi interrompida com o pedido de vista do Ministro Luís Roberto Barroso.

Acesso ao Sumário

> *Ex positis*, tendo em vista que ainda pende de decisão a questão alusiva à modulação dos efeitos da decisão, o que influenciará diretamente o desfecho da presente reclamação, defiro a liminar para suspender efeitos da decisão do Superior Tribunal de Justiça nos autos do RESP n° 1.410.519 – AgR, determinando que os pagamentos devidos pela Fazenda Pública sejam efetuados **observada a sistemática anterior à declaração de inconstitucionalidade parcial da EC Nº 62/2009**, até julgamento final desta Corte relativamente aos efeitos das decisões nas mencionadas ações diretas de inconstitucionalidade" (MC na Rcl nº 17.301 – Rel. Min. LUIZ FUX – o destaque não é do original).

Provê-se, pois, nesse capítulo, a remessa obrigatória, averbando-se temperada a fixação originária dos honorários advocatícios (R$ 1.500,00 – fl. 121), fixação que se preserva pelo meu voto.

11. Em remate, para o prequestionamento que se tem entendido indispensável à interposição de recurso especial e de recurso extraordinário, cabe mencionar que todos os dispositivos legais indicados nestes autos já se encontram, de algum modo, sob a incidência dos fundamentos suficientes para o desate das questões decididas, recolhendo-se aqui o critério paradigmático que se assentou no egrégio Superior Tribunal de Justiça:

> "Já é pacífico nesta e. Corte que, tratando-se de prequestionamento, é desnecessária a citação numérica dos dispositivos legais, bastando que a questão posta tenha sido decidida" (EDcl no RMS 18.205 – Rel. Min. FELIX FISCHER, j. 18-4-2006).

NOS TERMOS EXPOSTOS, meu voto nega provimento às apelações de Eugênio Freire de Andrade e do Município de Monte Alto e, mantida no mais a r. sentença de primeiro grau, dá acolhida à remessa obrigatória para determinar que se aplique, no tocante com a contagem dos juros de mora e a correção monetária, os critérios assinados na Lei nº 11.960, de 2009, ressalvado, quanto à correção relativa à indenização por danos materiais, o cálculo atinente ao período anterior à eficácia dessa Lei, período antecedente em que se observarão os critérios adotados na origem.

É como voto (autos nº 386.01.2010, da 2ª Vara da Comarca de Monte Alto).

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação/Reexame Necessário nº 1011719-46.2013.8.26.0053, da Comarca de São Paulo, em que são apelantes BRUNO FERNANDO TUNES e JUÍZO *EX OFFICIO*, é apelada FAZENDA

DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em 9ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 13683)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores MOREIRA DE CARVALHO (Presidente) e CARLOS EDUARDO PACHI.

São Paulo, 13 de agosto de 2014.

OSWALDO LUIZ PALU, Relator

Ementa: APELAÇÃO. Concurso público. Soldado PM de 2ª Classe. Reprovação na fase de investigação social. Apuração da prática de indisciplina escolar na adolescência. Impetrante com 14 anos quando teria arremessado chiclete no cabelo de colegas, gerado perigo de acidente, jogado carga de caneta na cabeça de professora, tendo se sujeitado por duas vezes a pena de suspensão e duas vezes sendo advertido. Ausência de apuração na investigação social de outros fatos importantes na definição de conduta do candidato. A adolescência se caracteriza por transformações amplas, rápidas e variadas o desenvolvimento psíquico-cognitivo da pessoa, com modificações bioquímicas, anatômicas e mentais, conforme informa a Organização Mundial da Saúde, sendo comumente sabido que nela predomina a impulsividade e excitabilidade. Candidato sujeito no mesmo concurso ao exame psicológico, meio hábil a identificar a superação das condutas infantis então praticadas e a presença dos requisitos psíquicos para o exercício do cargo de policial militar. Ação ora julgada procedente, reformando-se a r. sentença, para a imediata reintegração do candidato no concurso público. Recurso provido.

VOTO

I. RELATÓRIO.

Cuida-se de **recurso de apelação** interposto por **BRUNO FERNANDO TUNES** em face da r. sentença de **fls. 151/154** e **161** que julgou improcedente o mandado de segurança impetrado pelo apelante contra ato do **DIRETOR DE PESSOAL DA POLÍCIA MILITAR DO ESTADO DE SÃO PAULO**

Acesso ao Sumário

objetivando o reconhecimento do seu direito de continuar participando do concurso público para o provimento do cargo de Soldado PM de 2ª Classe da Polícia Militar do Estado de São Paulo, tendo em vista que foi desclassificado na fase de investigação social. **Inconformado, recorre o impetrante** (fls. 163/169), sustentando, em breve síntese, a sua aprovação nos exames de escolaridade, condicionamento físico, médico e psicológico; a ausência de conduta que o desabone; o princípio da ampla acessibilidade aos cargos, empregos e funções públicas; a inadmissibilidade de tratamento pessoal aos candidatos em concursos públicos; a falta de proporcionalidade e de razoabilidade no ato impugnado; a ausência de motivos para a reprovação no concurso. **Contrarrazões da Fazenda Estadual** às fls. 172/179.

II. FUNDAMENTO E VOTO.

1. O recurso comporta provimento, porque procedente a ação, caracterizado o direito líquido e certo.

2. Extrai-se dos autos que o impetrante, **BRUNO FERNANDO TUNES**, participou do concurso para o provimento do cargo de Soldado PM de 2ª Classe da Polícia Militar do Estado de São Paulo, com aprovação em todas as provas a que submetido, porém, foi considerado inabilitado na fase de investigação social, em razão da apuração das indisciplinas no ambiente escolar, praticadas pelo candidato na adolescência, especificamente no ano de 2004, como perigo de acidente no ano de quando foi admoestado pelas autoridades escolares sobre normas disciplinares, atiramento de pedaços de chicletes nos cabelos dos colegas de classe, ocasião em que foi suspenso por um dia, desrespeito a professora em sala de aula, arremessando carga de caneta na sua cabeça, por tal fato advertido, e reincidência das mesmas indisciplinas com suspensão por três dias no mês de setembro daquele ano. É o quanto relata o documento de fls. 78.

3. A r. sentença, pois, deve ser reformada, porque os motivos alegados para a reprovação do autor não encontram consonância com as disposições do edital do concurso, cuja investigação a respeito da conduta social dos candidatos tem por escopo assegurar que os aprovados tenham comportamento perfeitamente compatível com as funções que irão exercer ao longo da carreira na Corporação, sendo evidente que os atos praticados na adolescência – embora sejam importantes e direcionadores da avaliação psicológica também levada a efeito no mesmo concurso –, sozinhos, não repercutem a ponto de permitir a conjetura de que não terá o candidato comportamento compatível com as funções do cargo almejado.

4. É certo que à administração pública compete estabelecer os requisitos para aprovação de candidatos que se submetem a concurso público, desde que tais requisitos não colidam com o disposto em lei. E, no caso em tela, a exigência da Corporação de que o candidato tenha conduta social irrepreensível

Acesso ao Sumário

obviamente não está em desacordo com qualquer disposição legal.

5. Ocorre que as condutas consideradas pela autoridade requerida para a reprovação do candidato se deram no ano de 2004, época em que o impetrante tinha apenas 14 anos, porque nascido no ano de 1990 (fls. 09). Desse modo, o candidato, na ocasião das indisciplinas escolares, ainda se encontrava na adolescência. A **Organização Mundial da Saúde**, pelo **Informativo Técnico nº 308**[1], derivado da coleta de pareceres de um grupo internacional de especialistas sobre a adolescência, destaca já na introdução do documento, em tradução aqui livre, que a adolescência é um período da vida e uma série de transformações amplas, rápidas e variadas, que se registram entre os 10 e os 20 anos, diferenciando-se nele, os períodos compreendidos entre os 10 e os 14 anos, no qual o adolescente começa a se fazer adulto, e o período compreendido entre os 16 e os 20 anos, neste o amadurecimento se fazendo mais lento. Salienta ainda o documento que a adolescência se caracteriza por uma série de modificações bioquímicas, anatômicas e mentais que não se observam em outros grupos de idade, sendo as alterações rápidas e profundas que diferenciam o adolescente da criança e do adulto. Ademais, é comumente sabido que a adolescência se caracteriza especialmente pela impulsividade e excitabilidade.

6. Por essas razões que o Código Civil já no seu artigo 3º, classifica os menores de dezesseis anos como absolutamente incapazes, condição social e jurídica na qual se encontrava o impetrante quando, com 14 anos de idade, praticou as indisciplinas que lhe foram imputadas. Assim, embora possam as indisciplinas escolares ser fator importante para a análise da condição psicológica e social atual, não assumem relevância sozinhas. Entanto, das condutas imputadas ao candidato na adolescência, não se verifica assumam gravidade, sendo que algumas não passaram de brincadeiras em associação com outro colega (fls. 141), ato indutor ou induzido não se sabe, mas que não é incomum na faixa etária ou até mesmo fora dela, sem que possa ser tida por importante, a ponto de obstar o ingresso nos quatros da Polícia Militar. Cabe salientar, não se apurou para o segundo período da adolescência, após os 15 anos qualquer fato desabonador ou identificador de incompatibilidades com o exercício do cargo almejado. Aliás, as declarações de fls. 17/18 dão conta de que não houve qualquer conduta que desabonasse o impetrante nos registros escolares do Centro Educacional SESI e no Serviço Militar Inicial. O candidato esteve, pois, no mesmo concurso, sujeito ao exame psicológico, no qual foi aprovado, fato admitido tacitamente pela autoridade requerida, sendo evidência de que o seu desenvolvimento psíquico-social-cognitivo traspassou as características da impulsividade e excitabilidade que marcaram sua adolescência.

7. Em suma, a ré não apontou qualquer fato desabonador quanto à pessoa do candidato, que ultrapassassem a mera indisciplina escolar da primeira fase

Acesso ao Sumário

1 OMS – Informe Técnico nº 308: (endereço eletrônico constante no texto original)

da adolescência, sendo que a superação daquelas características próprias da impulsividade e excitabilidade do menor incapaz foi objeto do exame psicológico a que submetido, não podendo a parte ser penalizada o restante de sua vida por atos infantis, praticados em ocasião na qual era tido como absolutamente incapaz, até mesmo para condutas realmente graves, como a prática de crimes, dos quais se manteve distante, conforme se apurou na investigação social.

8. Ante o exposto, por meu voto, dou provimento ao recurso, julgando procedente a ação e concedendo a ordem para que seja imediatamente restabelecido o impetrante no concurso, afastando sua reprovação na investigação social. Sem custas em reembolso, face à gratuidade processual, e sem honorários advocatícios, nos termos do artigo 25 da Lei nº 12.016/09.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação/Reexame Necessário nº 0002981-78.2012.8.26.0358, da Comarca de Mirassol, em que são apelantes PREFEITURA MUNICIPAL DE MIRASSOL e JUÍZO *EX OFFICIO*, é apelada IGREJA EVANGÉLICA PENTECOSTAL O BRASIL PARA CRISTO EM MIRASSOL.

ACORDAM, em 18ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "V.U. Negaram provimento ao recurso, mantendo-se a sentença reexaminada.", de conformidade com o voto da Relatora, que integra este acórdão. **(Voto nº 16647)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores WANDERLEY JOSÉ FEDERIGHI (Presidente) e OSVALDO CAPRARO.

São Paulo, 9 de outubro de 2014.

BEATRIZ BRAGA, Relatora

Acesso ao Sumário

Ementa: Mandado de segurança. IPTU. Imóvel locado à igreja. Imunidade tributária não caracterizada – a igreja é mera locatária e não pode ser considerada contribuinte ou responsável pelo pagamento do encargo. Isenção – existência de lei municipal isentiva do imposto na hipótese versada nos autos. Exceção à regra geral do art. 123 do CTN. Permissivo legal. Preenchimento dos requisitos. Nega-se provimento ao recurso, mantendo-se a sentença reexaminada.

VOTO

Trata-se de reexame necessário e apelação interposta contra sentença que concedeu a ordem nos autos do mandado de segurança impetrado pela **Igreja Evangélica Pentecostal O Brasil Para Cristo em Mirassol** contra ato do **Prefeito do Município de Mirassol**. Diante da sucumbência, o impetrado foi condenado ao pagamento das custas e despesas processuais (fls. 71/73).

Apela o Município. Alega a que o imóvel tributado possui como locatária a Igreja apelada; no contrato de locação ficou assentado que é da locatária a responsabilidade pelo pagamento do IPTU; inexiste qualquer espécie de imunidade ou isenção tributária na espécie; ainda que exista legislação municipal a tratar do assunto, esta não pode ser aplicada pois não foram cumpridos os requisitos da própria legislação; o sujeito passivo do IPTU é o proprietário do imóvel e não a igreja-locatária; o contrato particular de aluguel não pode ser oposto ao fisco (fls. 79/82).

Sem contrarrazões (fls. 87).

É o relatório.

Pretende a apelada, igreja evangélica, que o Município se abstenha de cobrar IPTU sobre o imóvel que aluga para manter suas atividades religiosas enquanto perdurar o contrato de locação. Fundamenta sua pretensão em duas premissas: i) existência de lei municipal isentiva e ii) imunidade tributária de templo religioso.

A ordem foi concedida. Segundo o juiz, é irrelevante o fato da impetrante não ser proprietária do imóvel tributado, pois o contribuinte do IPTU, nos termos do art. 24 do CTN, pode ser o possuidor a qualquer título. Assim, considerou tanto a imunidade da impetrante como a isenção conferida pela legislação municipal para fundamentar a concessão da ordem.

Apelou o Município ventilando todos os argumentos expostos no relatório.

Cabe analisar, portanto, se a impetrante possui direito à imunidade ou isenção em relação ao pagamento do IPTU incidente sobre imóvel que aluga de terceiro.

Em primeiro, não há falar-se em imunidade tributária no caso em apreço. É que a igreja impetrante-apelante é locatária de imóvel, não sendo, portanto, contribuinte ou responsável pelo recolhimento do imposto.

Ademais, também não é caso de aplicação da Súmula 724 do STF ("*ainda quando alugado a terceiros, permanece imune ao IPTU o imóvel pertencente a qualquer das entidades referidas pelo art.* ***150***, ***VI***, ***c***, *da* ***Constituição***, *desde que o valor dos aluguéis seja aplicado nas atividades essenciais de tais entidades*"), eis que tal enunciado vale apenas para a hipótese em que a igreja aluga um imóvel de sua propriedade a terceiro. Não se aplica, destarte, a situações em que a Igreja figura como locatária de imóvel de outrem.

Acesso ao Sumário

Diferente, entretanto, é a análise da isenção tributária em relação ao IPTU. É que no caso em apreço há lei municipal isentiva do tributo na hipótese versada nos autos.

Dispõe o Código Tributário Nacional que:

*Art. 123. **Salvo disposições de lei em contrário**, as convenções particulares, relativas à responsabilidade pelo pagamento de tributos, não podem ser opostas à Fazenda Pública, para modificar a definição legal do sujeito passivo das obrigações tributárias correspondentes.*

No caso dos autos, não há falar-se em oposição de convenção particular ao Fisco ante a mera existência de contrato particular de aluguel (fls. 8/11), pois existe legislação municipal dispondo acerca da pretensão do apelante. Saliente-se que o artigo acima citado abre referida margem ao legislador por meio da expressão "salvo disposições de lei em contrário".

Assim, tem-se que o Município de Mirassol editou a LC 2.893/06, que alterou a redação do art. 74 da LC 2.454/01, passando a dispor o seguinte:

"Art. 74.

(...)

§ 4º – A **isenção** prevista no inciso II deste artigo será tanto **para os templos** titulares do domínio do imóvel fato gerador de tributação como para os possuidores diretos deste, **em decorrência de contrato de locação** ou comodato.

§ 5º – Para fazer jus ao disposto no parágrafo anterior, deverá o contribuinte, anualmente, até o dia 31 de outubro de cada ano, comprovar as condições ali dispostas, bem assim de que se trata de entidade religiosa, sem fins lucrativos, máxime com relação à utilização do imóvel, e que, pelo contrato, ficou obrigada a arcar com os tributos que nela incidam."

Desta forma, no caso específico do Município de Mirassol, a Igreja apelante preencheu os requisitos legais e possui, portanto, direito à isenção tributária em relação ao IPTU incidente sobre o imóvel do qual é locatária. Assim, a ordem concedida deve ser mantida, porém, por fundamento diverso do consignado na sentença.

Acesso ao Sumário

Por fim, para viabilizar o acesso aos Tribunais Superiores consideram-se prequestionadas as questões deduzidas e imprescindíveis à solução do caso, uma vez que, dirimida a controvérsia, tem-se como desnecessária a citação numérica de dispositivos de lei, conforme entendimento do E. Superior Tribunal de Justiça *(EDcl no RMS 18205/SP, Min. Felix Fischer, DJ 8.5.2006)*.

Ante o exposto, **nega-se provimento ao recurso, mantendo-se a sentença reexaminada.**

Conflitos de Competência

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Conflito de Competência nº 0042618-72.2014.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é suscitante 16ª CÂMARA DE DIREITO PÚBLICO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA, é suscitada 3ª CÂMARA DE DIREITO PÚBLICO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA.

ACORDAM, em Turma Especial – Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Julgaram procedente o conflito e competente a C. 3ª Câmara de Direito Público, V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 2965/2014)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores TORRES DE CARVALHO (Presidente), RICARDO DIP, ERBETTA FILHO, ZÉLIA MARIA ANTUNES ALVES, EUTÁLIO PORTO, COIMBRA SCHMIDT, SIDNEY ROMANO DOS REIS, WANDERLEY JOSÉ FEDERIGHI, VENICIO SALLES, FERMINO MAGNANI FILHO, LUIZ FELIPE NOGUEIRA, REBOUÇAS DE CARVALHO, PAULO BARCELLOS GATTI, BORELLI THOMAZ, CRISTINA COTROFE e JOSÉ LUIZ GERMANO.

São Paulo, 29 de agosto de 2014.

HENRIQUE HARRIS JÚNIOR, Relator

Ementa: CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA. Câmara de Direito Público e Câmara Acidentária. Ação declaratória de doença profissional. Servidora pública estadual. Regime previdenciário próprio – art. 40 da Constituição Federal. Demanda relativa a acidente do trabalho, mas NÃO fundada em direito especial. Artigo 3º da Resolução nº 623/2013 do TJSP. Precedentes. Competência para julgamento da Câmara de Direito Público suscitada. Conflito PROCEDENTE.

Acesso ao Sumário

VOTO

Trata-se de ação declaratória ajuizada por LILIAN LARGMAN em face da FAZENDA DO ESTADO DE SÃO PAULO. A demanda objetiva o reconhecimento de moléstias como doença profissional. A sentença (fls. 461/463) julgou improcedente o pedido, por ausência de provas da relação

das doenças e a atividade profissional desempenhada. Inconformada a autora interpôs apelação (fls. 465/471).

O recurso foi distribuído livremente para a 3ª Câmara de Direito Público (fl. 478), que em decisão colegiada declinou a competência, sob o fundamento de que a lide versa sobre doença profissional e, invocando o art. 2º, II, "c" da Resolução 194 de 29.12.2004, competiria o julgamento às 16ª e 17ª Câmaras de Direito Público (fl. 484). Assim, determinaram a redistribuição dos autos para as Câmaras Especializadas em Acidente do Trabalho.

O feito foi encaminhado para a 16ª Câmara de Direito Público (fl. 488). Esta, por sua vez, suscitou o presente Conflito Negativo de Competência (fls. 491/493), porquanto o caso *sub judice* não seria ação acidentária fundada no direito especial federal.

É o relatório.

Consta dos autos que a autora é perita criminal da Polícia Técnico-Científica do Estado de São Paulo, ou seja, servidora pública estadual. Do relato da exordial se depreende que ela adquiriu doenças durante o desempenho da função e pretende o reconhecimento como doença profissional.

De proêmio, resta incontroverso entre as Câmaras envolvidas neste conflito que a causa de pedir está relacionada a acidente de trabalho. A dúvida reside no enquadramento da competência recursal preferencial do art. 3º, III, da Resolução 623/2013, *in verbis*:

> "***Art. 3º.*** *A Seção de Direito Público, formada por 8 (oito) Grupos, numerados ordinalmente, cada um deles integrado por 2 (duas) Câmaras, salvo o 1º Grupo, que é integrado pelas três primeiras Câmaras, e o 7º Grupo, que é integrado pelas Câmaras 14ª, 15ª e 18ª, é constituída por 18 (dezoito) Câmaras, também numeradas ordinalmente, assim distribuídas:*
>
> ***III – 16ª e 17ª Câmaras, com competência preferencial para as ações relativas a acidente de trabalho fundada no direito especial***." (g.n.)

Com efeito, como já mencionado, a presente ação é relativa a acidente do trabalho, contudo não está fundada em direito especial, o que afasta a competência preferencial das Câmaras Especializadas (16ª e 17ª).

Isto porque a autora é **servidora pública estadual**, submetida a regime de previdência próprio, nos termos do **art. 40 da Constituição Federal**. Assim, a matéria jurídica é regida por lei específica e não por direito especial federal. Conforme indicado pela Câmara suscitante (fl. 492), o regime previdenciário se desvincula do INSS e dos benefícios previstos na Lei nº 8.213/91, que são de sua competência.

Este é inclusive o posicionamento já adotado em casos semelhantes pela Turma Especial deste E. Tribunal:

Acesso ao Sumário

"*Conflito de Competência – Ação indenizatória proposta por servidor contra a Municipalidade – Pretensão fundada em Lei e no Código Civil – Feito que não se insere na competência das Câmaras Acidentárias, às quais cabe o julgamento de recursos oriundos de ações acidentárias propostas contra o INSS, com fulcro na Lei nº 8.213/91 – Inteligência do art. 2º, II, 'c', da Resolução nº 194/2004-TJSP – Competência da 2ª Câmara de Direito Privado (suscitada) para o julgamento do recurso – Precedentes do Colendo Órgão Especial e da Egrégia Turma Especial da Seção de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo.*" (TJSP. Turma Especial. Conflito de Competência nº 0036406-06.2012.8.26.0000; Rel. Des. Adel Ferraz; j. 17/08/2012)

"*DÚVIDA DE COMPETÊNCIA.*

– Demanda objeto voltada ao reconhecimento de doença profissional e à indenização de danos materiais e compensação por lesões morais em face da Fazenda do Estado de São Paulo.

– Nos termos da Resolução n° 194/2004 do egrégio Órgão Especial deste Tribunal de Justiça, competem a uma de suas 1ª a 13ª Câmaras de Direito Público a apreciação e a decisão dos recursos interpostos nas ações indenitárias ajuizadas por servidor em face da Fazenda Pública estadual e das municipais.

– Dúvida procedente, afirmando-se a competência interna da colenda 2ª Câmara de Direito Público para apreciar e decidir o caso." (TJSP. Turma Especial. Conflito de Competência nº 0182746-16.2012.8.26.0000; Rel. Des. Ricardo Dip; j. 14/12/2012)

Diversos julgados sobre o tema reforçam a competência das 1ª a 13ª Câmaras de Direito Público:

"*SERVIDOR PÚBLICO ESTADUAL – Pretensão de obter reconhecimento de seu direito à licença saúde por doença de trabalho – Prova pericial e testemunhal favoráveis ao pleito – Nexo de causalidade demonstrado – Sentença de procedência mantida – Recurso de apelação desprovido.*" *(TJSP. **12ª CÂMARA DE DIREITO PÚBLICO**. Apelação n° 0133648-73.2007.8.26.0053; Rel. Des. J. M. Ribeiro de Paula; j. 14/05/2014)*

"***ACIDENTE DE TRABALHO**. Servidora estadual. Acidente 'in itinere'. Funcionária que se acidentou abrindo o portão da garagem da residência para sair de automóvel, em direção ao trabalho. Interpretação do artigo 21, IV, 'd', da Lei 8213/1991. Abrangência dos atos iniciais de colocação do trabalhador em percurso. Consideração da hipótese como de acidente de trabalho. Recurso provido para julgar procedente a demanda.*" *(TJSP. **12ª CÂMARA DE DIREITO PÚBLICO**. Apelação nº 0000035-15.2011.8.26.0053; Rel. Des. Edson Ferreira; j. 12/02/2014)*

Portanto, infere-se pelo exposto que possui competência preferencial para julgamento do apelo a 3ª Câmara de Direito Público, preventa pela distribuição,

Acesso ao Sumário

de acordo com a Resolução 623/2013:

"***Art. 3º**. A Seção de Direito Público, formada por 8 (oito) Grupos, numerados ordinalmente, cada um deles integrado por 2 (duas) Câmaras, salvo o 1º Grupo, que é integrado pelas três primeiras Câmaras, e o 7º Grupo, que é integrado pelas Câmaras 14ª, 15ª e 18ª, é constituída por 18 (dezoito) Câmaras, também numeradas ordinalmente, assim distribuídas:*

***I** – 1ª a 13ª Câmaras, com competência preferencial para o julgamento das seguintes matérias:*

(...)

***I.1** – Ações relativas a concursos públicos, servidores públicos em geral, questões previdenciais e ações fundadas na Lei Estadual nº 4.819/1958.*"

Pelo meu voto, julgo **PROCEDENTE** o Conflito de Competência para declarar competente a Câmara suscitada (3ª Câmara de Direito Público), para o julgamento do recurso de apelação interposto por Lilian Largman.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Conflito de Competência nº 0071808-80.2014.8.26.0000, da Comarca de Tambaú, em que é suscitante 15ª CÂMARA DE DIREITO PÚBLICO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA, é suscitada 8ª CÂMARA DE DIREITO PÚBLICO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA.

ACORDAM, em Turma Especial – Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Conheceram do conflito e o julgaram procedente para estabelecer a competência da 8ª Câmara de Direito Público, suscitada, V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº CC-0014/14)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores TORRES DE CARVALHO (Presidente), ANTONIO CARLOS MALHEIROS, RICARDO DIP, ZÉLIA MARIA ANTUNES ALVES, ERBETTA FILHO, EUTÁLIO PORTO, COIMBRA SCHMIDT, DANILO PANIZZA, SIDNEY ROMANO DOS REIS, WANDERLEY JOSÉ FEDERIGHI, VENICIO SALLES, FERMINO MAGNANI FILHO, LUIZ FELIPE NOGUEIRA, REBOUÇAS DE CARVALHO, PAULO BARCELLOS GATTI, HENRIQUE HARRIS JÚNIOR, SOUZA MEIRELLES, LUCIANA BRESCIANI e CRISTINA COTROFE.

São Paulo, 7 de novembro de 2014.

TORRES DE CARVALHO, Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: COMPETÊNCIA. Ação de ressarcimento. Imóvel dado em pagamento de tributos em atraso. Declaração de ineficácia e arrematação de metade em ação proposta antes do acordo. Pretensão do município de receber dos réus o valor correspondente à parte perdida. – A dação em pagamento (que as partes intitularam 'permuta') implicou na quitação dos tributos objeto do acordo; a ação não visa à cobrança de tributo, mas à responsabilidade pela evicção ou, no dizer da administração, ao ressarcimento do valor correspondente à parte descumprida do ajuste. Demanda sem causa de pedir ou pedido de natureza tributária. – Conflito conhecido e julgado procedente, estabelecida a competência da 8ª Câmara de Direito Público.

VOTO

1. Os réus em 16-10-2003 confessaram uma dívida tributária no valor de R$ 281.428,43 com a Prefeitura de Tambaú e deram-lhe dois imóveis de sua propriedade em pagamento, responsabilizando-se pelos riscos da evicção e por eventuais débitos incidentes sobre o imóvel (fls. 8/11); em 4-6-2004 foi averbada sob nº 2 na M-8.016 a declaração de ineficácia da doação de um dos imóveis lançada no Proc. nº 97.704319-9 da 26ª Vara Cível Central desta Capital; em 14-2-2007 foi averbada sob nº 3 a penhora na mesma ação e em 30-4-2010 foi registrada sob nº 4 a adjudicação de 50% do imóvel à Bradesco Auto/Re Cia de Seguros (fls. 6).

Em decorrência, o Município propôs esta ação onde pretende o ressarcimento do dano causado ao erário no valor de R$ 83.160,00, correspondente à metade do valor da avaliação do imóvel por ocasião da confissão de dívida e da dação em pagamento (que as partes, estranhamente, denominaram 'permuta' do crédito fiscal pelos imóveis). A ação foi julgada procedente em 30-5-2011 (fls. 42/45). As partes apelaram e os recursos, bem processados, vieram ao tribunal.

A 8ª Câmara de Direito Público, 23-5-2012, Rel. Cristina Cotrofe (fls. 66/72), não conheceu do recurso e determinou a distribuição à câmara especializada uma vez que, afastado ato ilícito que dê origem à indenização, o crédito cobrado deve ser analisado como tributário, decorrente do inadimplemento de IPTU pelos requeridos. A 15ª Câmara, 14-8-2014, Rel. Erbetta Filho (fls. 79/83) suscitou o conflito; anotou que no instrumento contratual a administração deu plena, geral e irrevogável quitação de paga e satisfeita para nunca mais repetir em relação ao crédito municipal; o crédito foi extinto nos termos do art.

Acesso ao Sumário

156, inciso I do CTN (extinção pelo pagamento) e a discussão restringe-se à responsabilização dos réus pelo inadimplemento contratual.

É o relatório.

2. Com razão a câmara suscitante. A dação em pagamento implicou na extinção do crédito tributário e a administração não pleiteia eventual anulação parcial da avença ou a reconfiguração do tributo; pleiteia apenas o valor correspondente à parte perdida do imóvel, decorrente da evicção e do inadimplemento superveniente da avença. Não se trata da cobrança de crédito tributário, pois extinto, mas de dívida civil decorrente do inadimplemento contratual: a perda por ato superveniente dos réus de parte do imóvel transmitido à administração na escritura já mencionada.

A ação não se refere a tributo municipal nem a dívida inscrita, a afastar a competência da câmara especializada.

Isto posto, a Turma Especial conhece do conflito e o julga procedente **para estabelecer a competência da 8ª Câmara de Direito Público**, suscitada.

Embargos Infringentes

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Embargos Infringentes nº 9207697-23.2009.8.26.0000/50001, da Comarca de Ribeirão Preto, em que é embargante OLIVEIRA ZAPAROLLI HERNANDES E MATHIAS S.S., é embargada PREFEITURA MUNICIPAL DE RIBEIRÃO PRETO.

ACORDAM, em 15ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Por maioria de votos acolheram os embargos, vencidos os 3º e 5º Juízes.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 22357)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores SILVA RUSSO (Presidente), RODRIGUES DE AGUIAR, REZENDE SILVEIRA e ERBETTA FILHO.

São Paulo, 16 de outubro de 2014.

EUTÁLIO PORTO, Relator

Ementa: EMBARGOS INFRINGENTES – Ação declaratória interposta em 28/05/2007 – ISS –

Acesso ao Sumário

Sociedade de profissionais formada por quatro médicos – Pretendido recolhimento do tributo em valor fixo anual, conforme disposição prevista no art. 9º, § 3º do Decreto-Lei nº 406/68 – Prestação de serviços em nome da empresa, sob responsabilidade pessoal dos sócios – Caráter empresarial afastado, conforme cláusulas "B" §§ 1º e 3º, III, § único, VII, XI do Contrato Social – Registro do Contrato Social efetivado no Oficial de Registros de Títulos e Documentos e Civil de Pessoa Jurídica – Inteligência do art. 998 do Código Civil – Sentença mantida – Prevalência do voto vencido – Embargos infringentes acolhidos.

VOTO

RELATÓRIO

Trata-se de embargos infringentes propostos por OLIVEIRA ZAMPAROLLI HERNANDES E MATHIAS S.S. em face da PREFEITURA MUNICIPAL DE RIBEIRÃO PRETO, com apoio em voto minoritário do 2º Juiz, Exmo. Desembargador Erbetta Filho (fls. 332), que negava provimento ao recurso de apelação da Municipalidade, ora embargada, para manter a sentença que julgou procedente o pedido declaratório para que o recolhimento do ISS seja feito na forma fixa, nos termos do § 3º, do art. 9º, do Decreto-Lei nº 406/68.

A douta maioria, contudo, consoante voto do Exmo. Desembargador Rezende Silveira, deu provimento ao apelo da Municipalidade, sob o fundamento de que o caráter empresarial da embargante restou comprovado de acordo com as cláusulas constantes do contrato social (fls. 18/24), reformando a sentença e invertendo-se os ônus sucumbenciais (fls. 327/331).

Contrarrazões aos infringentes às fls. 354/359.

Este é, em síntese, o relatório.

VOTO

O ponto que levou à divergência no julgado diz respeito ao entendimento da maioria da Turma julgadora no sentido de dar provimento ao apelo da Municipalidade de Ribeirão Preto, reformando a sentença que reconhecera o direito da embargante de recolher o ISS na forma preconizada no art. 9º, §§ 1º e 3º do Decreto-Lei nº 406/68.

Este entendimento teve como contraponto o voto discordante (fls. 332), que concluiu pelo cabimento do pedido formulado pela embargante de recolher o ISS com alíquota fixa.

Assim, busca a embargante a prevalência do voto vencido.

Acesso ao Sumário

Os embargos devem ser acolhidos.

Trata-se de ação declaratória objetivando o reconhecimento do direito da autora ao recolhimento do ISS sob alíquota fixa, na forma preconizada no § 3º do art. 9º do Decreto-Lei nº 406/68, por tratar-se de sociedade uniprofissional formada por quatro médicos, Dr. Messias Antonio de Oliveira, Dr. Luiz Henrique Zaparolli, Dr. Ramiro Teixeira Hernandes e Dra. Mara Lúcia Mathias, para a prestação de serviços médico-hospitalares.

A controvérsia, portanto, encontra-se centrada na alegação da autora de que faz jus ao recolhimento do ISS por alíquota fixa, nos termos do § 3º, do art. 9º, do Decreto-Lei 406/68, que garante às sociedades prestadoras de serviços o pagamento do tributo incidente sobre cada profissional e não em razão do faturamento.

A interpretação literal do § 3º, do art. 9º, do Decreto-Lei nº 406/68 levaria à conclusão de que basta a sociedade ser uniprofissional e de prestação de serviços para o enquadramento tributário previsto no supramencionado dispositivo legal.

Porém não é bem assim, pois a jurisprudência do STJ tem entendido que referido benefício "somente é devido às sociedades unipessoais integradas por profissionais que atuam com responsabilidade pessoal, não alcançando as sociedades empresariais, como as sociedades por quotas, cuja responsabilidade é limitada ao capital social" (AgRg no AI nº 1.349.283/RO, Min. Humberto Martins).

Com efeito, verifica-se que com a alteração do Código Civil a sociedade simples acabou se desdobrando em dois tipos, ou seja, sociedade simples pura e sociedade simples limitada.

A sociedade simples considerada pura tem como finalidade essencial a atividade intelectual, de natureza literária, científica ou artística, conforme previsão contida no parágrafo único do art. 966 do CC, mas também pode se organizar na forma de sociedade limitada e, optando por este tipo societário, na verdade acaba assumindo a condição de uma sociedade empresarial e, desta forma, a responsabilidade limita-se ao capital social.

Verifica-se, no caso ora em comento, que a autora é sociedade simples, constituída por quatro sócios médicos, tendo por objeto social a "prestação de serviços médicos hospitalares na área de pediatria, ginecologia, obstetrícia e nutrologia", cuja responsabilidade na direção, organização, assistência e execução dos serviços médicos são de inteira responsabilidade dos sócios, profissionais devidamente habilitados, que terão ampla autonomia no desempenho de suas funções técnico-profissionais (cláusula III, § único – fls. 21).

Com efeito, o STJ tem estabelecido alguns requisitos, sem os quais a sociedade estará obrigada a recolher o ISS com base na sistemática geral, vale dizer, sobre o valor do seu faturamento. São eles: a) que a sociedade seja

uniprofissional; b) que os profissionais nela associados ou habilitados prestem serviços em nome da sociedade, embora sob responsabilidade "pessoal", e que a sociedade não tenha caráter empresarial, fato que somente é possível inferir pela análise do conjunto probatório existente nos autos.

De sorte que, o fato de ser a autora constituída como "sociedade simples" não a transforma automaticamente em devedora do ISS incidente sobre cada profissional, pois deve haver prova de que, além de ser sociedade simples e uniprofissional, também não possui caráter empresarial, o que ficou descaracterizado pela documentação carreada aos autos.

Com efeito, verifica-se que no Contrato Social de fls. 18/24, consta da cláusula "B", parágrafos 1º e 3º que "os sócios não respondem solidariamente pelas obrigações sociais e ainda que os bens particulares dos sócios não podem ser executados por dívidas da sociedade, senão depois de executados os bens sociais, nos termos do art. 1024 do Código Civil (grifo nosso).

A propósito, quanto à responsabilidade técnica pelos serviços prestados, a cláusula VII (fls. 22) dispõe que: a responsabilidade técnica está a cargo de todos os sócios "Messias Antonio de Oliveira", "Luiz Henrique Zaparolli", "Ramiro Teixeira Hernandes" e "Mara Lúcia Mathias", vislumbrando-se, com isso, a responsabilidade pessoal pelos serviços prestados em nome da sociedade.

O STJ, em caso análogo, referente à sociedade de advogados, reconheceu que: "*Os profissionais que compõem os quadros de uma sociedade de advogados prestam serviços em nome da sociedade, embora sob responsabilidade pessoal*" (REsp 623.772/ES), fazendo jus à incidência do ISS nos termos do art. 9º, § 3º do Decreto-Lei nº 406/68.

Senão por isso, a cláusula XI, do contrato social (fls. 23) dispõe que no caso de falecimento de qualquer um dos sócios, a sociedade não se dissolverá, podendo ainda, mediante conveniência e do cumprimento das formalidades legais, constituir com os herdeiros do sócio falecido nova sociedade, para continuar explorando o mesmo ramo de atividade (grifo nosso).

Por fim, verifica-se que o Contrato Social da apelada foi devidamente registrado no "Oficial de Registros de Títulos e Documentos e Civil de Pessoa Jurídica", nos termos do art. 998, do Código Civil (fls. 24 verso).

De sorte que restaram cumpridas as hipóteses acima mencionadas, sendo certo que a única questão que ficaria sujeita a uma subjetividade que exija o convencimento do julgador encontra-se inserta na demonstração do caráter não empresarial da sociedade, situação que, sob este aspecto, favorece o direito da embargante, pois sendo a sociedade constituída por quatro médicos especialistas, a presunção é que os serviços sejam por eles desenvolvidos, de forma pessoal.

De rigor, então, a manutenção da sentença, tal como proferida, com a prevalência do voto vencido.

Acesso ao Sumário

Face ao exposto, acolhem-se os embargos infringentes, nos termos do acórdão.

Habeas Corpus

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de *Habeas Corpus* nº 2123026-16.2014.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é paciente LUIZ CARLOS DE SOUZA SILVA e Impetrante JOSÉ GERALDO NOGUEIRA, é impetrado MM. JUIZ CORREGEDOR DA TERCEIRA VARA DA COMARCA DE CRUZEIRO.

ACORDAM, em 1ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Não conheceram do *Habeas Corpus*. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 11.552)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores LUÍS FRANCISCO AGUILAR CORTEZ (Presidente sem voto), XAVIER DE AQUINO e VICENTE DE ABREU AMADEI.

São Paulo, 26 de agosto de 2014.

ALIENDE RIBEIRO, Relator

Ementa: *HABEAS CORPUS* – Pretensão de trancamento de processo administrativo, com fundamento na ausência de justa causa – Ausência de ameaça, violação ou restrição ao direito de locomoção do paciente – Inadequação da via eleita – Remédio constitucional que tem como escopo a garantia do direito de locomoção – *Habeas corpus* não conhecido.

Acesso ao Sumário

VOTO

Vistos.

Trata-se de *Habeas Corpus* impetrado por José Geraldo Nogueira a favor do paciente *Luiz Carlos de Souza Silva* contra ato do MM. Juiz Corregedor da Terceira Vara da Comarca de Cruzeiro, consistente na instauração do Procedimento Administrativo nº 01/2014 para apurar a conduta do paciente

que, ocupante do cargo de Assistente Jurídico do Exmo. Sr. Juiz da 1ª Vara da Comarca de Cruzeiro, teria autorizado a Oficiala de Justiça Ana Maria de Almeida a assinar o ponto de frequência dos oficiais sem, contudo, exercer regularmente suas funções.

Sustenta o impetrante que o Processo Administrativo nº 01/2014 foi instaurado com base em depoimento obtido ilicitamente, sem que o paciente fosse requisitado ou intimado para sua oitiva. Entende que a portaria que instaurou o procedimento mostra-se arbitrária e ilegal, vez que o impede de acompanhar a oitiva de funcionários designada para o dia 31.07.2014, em desrespeito ao princípio do contraditório e ampla defesa. Afirma que não houve a prática de qualquer ato irregular, vez que o livro de ponto de frequência era vistado por seus superiores hierárquicos, que tinham pleno conhecimento da situação e, inclusive, autorizaram que Ana Maria assinasse o livro de ponto sem realizar plantões nem cumprir mandados.

Requer, diante do exposto, o deferimento do pedido liminar para o fim de trancar imediatamente o Procedimento Administrativo nº 01/2014, diante da ausência de justa causa para o prosseguimento, pois embasado em prova ilegal. Caso não seja deferido o pedido liminar, postula a absolvição sumária do impetrante, com o arquivamento do procedimento, já que não está configurada a prática de qualquer ato irregular que pudesse ser passível de aplicação de qualquer penalidade. Subsidiariamente, pretende a suspensão liminar do Processo Administrativo nº 01/2014 até o julgamento do mérito deste *habeas corpus*. Ao final, requer a concessão do *habeas corpus* para o trancamento do Processo Administrativo nº 01/2014.

Indeferida a medida cautelar recursal, os autos foram remetidos à Mesa para apreciação, pelo colegiado, da adequação da via eleita.

É o relatório.

O presente *habeas corpus* foi impetrado com a finalidade de trancar procedimento administrativo em trâmite perante a Corregedoria Permanente da 3ª Vara da Comarca de Cruzeiro.

Note-se, contudo, que a Constituição Federal previu a impetração do mencionado remédio constitucional tão somente para a garantia do direito a liberdade de locomoção:

> *LXVIII – conceder-se-á* habeas corpus *sempre que alguém sofrer ou se achar ameaçado de sofrer violência ou coação em sua liberdade de locomoção, por ilegalidade ou abuso de poder*.

Não é cabível, portanto, no presente caso, a impetração do *habeas corpus*, já que o prosseguimento do Processo Administrativo nº 01/2014 não importará em ameaça ou restrição ao direito de locomoção do paciente.

Conforme explica Cassio Scarpinella Bueno, o *habeas corpus* "*desde*

a reforma de 1926 à Constituição de 1891, volta-se, única e exclusivamente, à tutela jurisdicional do direito de locomoção (liberdade de ir, vir, ficar e permanecer), como se lê do inciso LXVIII do art. 5º da Constituição Federal" (BUENO, Cassio Scarpinella *in* "Curso Sistematizado de Direito Processual Civil", Vol. 2, Tomo III, Ed. Saraiva, 2010, p. 42).

Nesse sentido, os seguintes julgados deste E. Tribunal de Justiça:

Habeas corpus impetrado por Promotor de Justiça para declarar nulidades e trancar processo administrativo disciplinar, sob alegação de carência manifesta de justa causa. Processo já relatado e que se encontra com o Procurador Geral com proposta de aplicação da pena de advertência. Não conhecimento por ausência, entretanto, de interesse de agir, por inadequação do pedido, pelo fato da pretensão não se destinar à garantia da liberdade de locomoção. O HC não se presta à defesa de direito estranho à liberdade de locomoção. (TJSP – 10ª Câmara de Direito Público – Rel. Urbano Ruiz – *Habeas Corpus* nº 0097397-11.2013.8.26.0000 – J. 22.07.2013).

HABEAS CORPUS. Processo administrativo disciplinar. Promotor de Justiça. Infração disciplinar que consistiria em ausentar-se injustificadamente do plenário do tribunal do júri. Possibilidade de instauração de processo disciplinar. Inexistência de ameaça à liberdade de locomoção, pois eventual processo administrativo versará sobre o cumprimento dos deveres funcionais. Inexistência de ameaça à liberdade de locomoção física do paciente/impetrante. Inadequação da via eleita. Processo extinto, sem resolução do mérito. (TJSP – 10ª Câmara de Direito Público – Rel. Antonio Carlos Villen – *Habeas Corpus* nº 0097399-78.2013.8.26.0000 – J. 10.06.2013).

HABEAS CORPUS – Ato do representante local do Ministério Público – Intimação do paciente para comparecer à Promotoria de Justiça local, para firmar Termo de Ajustamento de Conduta – Remédio processual, contudo, inadequado para o caso em pauta, posto não haver ameaça à liberdade de locomoção do paciente – Eventual instauração de ação civil pública que não redunda em tal ameaça – Possibilidade de defesa por meio dos recursos existentes no CPC – *Habeas Corpus* denegado. (TJSP – 12ª Câmara de Direito Público – Rel. Wanderley José Federighi – *Habeas Corpus* nº 0083987-80.2013.8.26.0000 – J. 24.07.2013).

Impetração visando o trancamento de processo administrativo, instaurado com fundamento na Lei Estadual 14.187/2010 – Ausência de ameaça ou violação ao direito de ir e vir – Não aplicação de pena privativa de liberdade – Falta de interesse processual em ambas as modalidades – Indeferimento da petição inicial – Extinção do processo sem julgamento do mérito, nos

Acesso ao Sumário

termos dos artigos 267, I, c.c. o 295, III, ambos do Código de Processo Civil. (TJSP – 9ª Câmara de Direito Público – Rel. Rebouças de Carvalho – *Habeas Corpus* nº 0058399-08.2012.8.26.0000 – J. 11.04.2012).

Diante do exposto, meu voto é no sentido de não conhecer do remédio constitucional impetrado, tendo em vista a ausência de ameaça, restrição ou violação ao direito de locomoção do paciente.

O caso, assim, é de não conhecer do remédio constitucional impetrado por **Luiz Carlos de Souza Silva** em favor do paciente **José Geraldo Nogueira** contra ato do MM. Juiz Corregedor da Terceira Vara da Comarca de Cruzeiro.

Consigne-se, para fins de eventual pré-questionamento, inexistir ofensa aos artigos de lei mencionados nas razões recursais.

Resultado do julgamento: não conhecimento do *habeas corpus.*

Acesso ao Sumário

SEÇÃO DE DIREITO CRIMINAL

Agravos em Execução Penal

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Execução Penal nº 0161339-17.2013.8.26.0000, da Comarca de Dracena, em que é agravante CAYO FELIPE LIMA DA SILVA, 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: "Acolheram a preliminar e deram provimento ao recurso para anular a decisão agravada, para que outra seja proferida, após regular procedimento administrativo, com a oitiva das testemunhas na presença do sentenciado ou de seu defensor. Comunique-se. V.U.", de conformidade com o voto da Relatora, que integra este acórdão. **(Voto nº 18037)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores SALLES ABREU (Presidente) e XAVIER DE SOUZA.

São Paulo, 15 de outubro de 2014.

MARIA TEREZA DO AMARAL, Relatora

Ementa: AGRAVO EM EXECUÇÃO – OITIVA DE TESTEMUNHAS DE ACUSAÇÃO EM SINDICÂNCIA ADMINISTRATIVA REALIZADA SEM A PRESENÇA DO DEFENSOR TÉCNICO DO ACUSADO – VIOLAÇÃO AOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DO CONTRADITÓRIO E DA AMPLA DEFESA – NULIDADE – OCORRÊNCIA. AGRAVO PROVIDO.

VOTO

CAYO FELIPE LIMA DA SILVA interpôs agravo em execução contra a r. decisão proferida pelo MM. Juiz de Direito da Vara das Execuções Criminais de Dracena, que, nos autos da execução criminal nº 847.089, reconheceu falta disciplinar grave cometida em 20/02/2013 (desobediência) e determinou a atualização de cálculo para fins de progressão de regime, a partir da data da falta

Acesso ao Sumário

(fls. 47).

Preliminarmente, alega o agravante, por intermédio da Defensoria Pública, a nulidade do procedimento disciplinar ante a ausência de seu defensor durante o depoimento das testemunhas, bem como por falta de oitiva judicial, nos termos do disposto no artigo 118, § 2º, da LEP.

No mérito, alega atipicidade da conduta.

Requer o agravante o restabelecimento do regime semiaberto, com o acolhimento das preliminares ou a absolvição da falta grave imputada, ou, ainda, a desclassificação da falta para de natureza média. (fls. 48/70).

Contrariado o recurso (fls. 72/79) e mantida a respeitável decisão (fls. 81), a Douta Procuradoria Geral de Justiça manifestou-se pela rejeição das preliminares e pelo improvimento do agravo (fls. 89/93).

É o relatório.

O fato de não ter sido o sentenciado ouvido judicialmente não altera a regularidade do procedimento disciplinar. Isto porque, no caso em questão, não há previsão legal para tal oitiva nesse procedimento, pois a Lei das Execuções Penais somente exige tal ato ***nos casos de regressão de regime*** em que se deve obedecer ao princípio do contraditório.

Confira-se, nesse sentido:

HABEAS CORPUS. FALTA GRAVE. AUSÊNCIA DE PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR. NULIDADE. EXIGÊNCIA DO ART. 59 DA LEP. REQUISITO QUE NÃO SE CONFUNDE COM A OITIVA PRÉVIA DO APENADO EM CASO DE REGRESSÃO DEFINITIVA DE REGIME PRISIONAL. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO.

1. Da leitura do disposto no art. 59 da Lei de Execução Penal, resta clara a opção do legislador em determinar que a apuração de falta grave se dê mediante a instauração de procedimento específico, qual seja, procedimento administrativo disciplinar (PAD), indispensável para se verificar a configuração da falta grave, sob pena de se ter a produção unilateral de provas, o que, num Estado democrático de direito, soa de todo desarrazoado.

2. Se há previsão legal no sentido de determinar a obrigatoriedade de instauração de procedimento para a apuração de falta disciplinar (art. 59 da LEP), não é dado ao julgador dispensar-lhe a realização tão somente em razão da oitiva do condenado em juízo, na audiência de justificação, ainda que nesta lhe seja assegurado o exercício do contraditório e a assistência por meio de defesa técnica, sob pena de violação frontal do princípio da legalidade.

3. A Lei de Execução Penal impõe a obrigatoriedade de instauração, mediante decisão motivada, de procedimento administrativo disciplinar sempre que houver o cometimento de falta disciplinar (art. 59), o que jamais pode ser confundido com o fato de a lei prever a obrigatoriedade de oitiva prévia do apenado em caso de regressão definitiva de regime prisional (art. 118, § 2º), elemento que se configura apenas como mais um

Acesso ao Sumário

requisito legal para se operar a regressão carcerária.

4. Sendo declarada a nulidade da decisão que reconheceu o cometimento de falta grave pelo paciente, fica prejudicada a análise da questão relativa à alegada ausência de previsão legal no sentido de determinar o reinício da contagem dos prazos para fins de obtenção de benefícios pelo cometimento de falta disciplinar, quando ausente condenação por prática de crime posterior ao início da execução da pena.

5. Ordem concedida para cassar o acórdão impugnado e a decisão de primeiro grau e, consequentemente, desconstituir a falta grave imputada ao paciente, bem como todos os efeitos jurídicos dela decorrentes. (HC 185963/RS - HABEAS CORPUS 2010/0175361-3 – Relator (a): Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR (1148) - Órgão Julgador: T6 - SEXTA TURMA - Data do Julgamento: 17/11/2011 - Data da Publicação/Fonte: DJe 14/12/2011).

Ainda, cumpre ressaltar que não há na decisão agravada determinação para regressão de regime prisional, eis que o sentenciado se encontrava cumprindo pena no regime fechado quando da prática da falta, na Penitenciária de Dracena.

Contudo, razão assiste ao agravante quanto à outra preliminar arguida.

É certo que o artigo 59 da LEP determina que a prática de falta grave deve ser apurada por meio de procedimento administrativo, de modo que a informalidade que vigora nas sindicâncias administrativas não pode ser comparada com a formalidade nos processos judiciais criminais.

Contudo, há que se reconhecer que a ausência de defensor técnico do acusado quando da oitiva das testemunhas, fere os princípios da ampla defesa e do contraditório assegurados constitucionalmente, já que a homologação judicial de falta disciplinar grave decorrente de seu reconhecimento por meio de procedimento administrativo gera diversas consequências negativas ao sentenciado ao longo do cumprimento da pena.

Destarte, em se tratando de "procedimento administrativo disciplinar, instaurado para apurar o cometimento de falta grave por réu condenado, tendo em vista estar em jogo a liberdade de ir e vir, deve ser observado amplamente o princípio do contraditório, com a presença de advogado constituído ou defensor público nomeado, devendo ser-lhe apresentada defesa, em observância às regras específicas contidas na LEP (arts. 1º, 2º, 10, 44, III, 15, 16, 41, II e IX, 59, 66, V, alínea 'a', VII e VIII, 194), no CPP (arts. 3º e 261) e na própria CF/88 (art. 5º, LIV e LV)" (STF - RE 398.269/RS, Rel. Ministro Gilmar Mendes, Segunda Turma, julgamento em 15.12.2009, DJe de 26.2.2010).

Diante do exposto, acolhe-se a preliminar e dá-se provimento ao recurso para anular a decisão agravada, para que outra seja proferida, após regular procedimento administrativo, com a oitiva das testemunhas na presença do sentenciado ou de seu defensor.

Comunique-se.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Execução Penal nº 0049960-37.2014.8.26.0000, da Comarca de Itanhaém, em que é agravante ARTHUR AGUINALDO SILVA, é agravado MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em 9ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Afastada a preliminar, negaram provimento ao recurso. V.U." de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 31.390)**

O julgamento teve a participação dos Exmo. Desembargadores SÉRGIO COELHO (Presidente) e ROBERTO MIDOLLA.

São Paulo, 30 de outubro de 2014.

SOUZA NERY, Relator

Ementa: Execução penal. Apuração de falta grave. LEP, art. 118, § 2º. Oitiva prévia do condenado realizada apenas no âmbito administrativo. Alegação de nulidade pela defesa, que sustenta que seu assistido deveria ter sido ouvido pessoalmente pelo juiz da execução. Nulidade inocorrente. Precedentes citados.

VOTO

Inconformado com a r. decisão de primeira instância,[1] que reconheceu a falta grave ocorrida em 6.11.2013, determinando, em consequência, a perda de um terço do tempo remido, **ARTHUR AGNALDO DA SILVA (OU...)** interpõe o presente recurso em busca da sua reforma. Em preliminar, requer a anulação do procedimento. No mérito, objetiva a absolvição da falta. Subsidiariamente, requer a incidência do período mínimo para a revogação do tempo remido.[2]

O recurso foi regularmente processado, tendo recebido parecer desfavorável da douta Procuradoria Geral de Justiça.

É o relatório.

O recurso não merece acolhida.

Sobre a preliminar suscitada, reitero meu entendimento já inúmeras vezes manifestado, no sentido de não haver ilegalidade alguma na mera oitiva administrativa do sentenciado, tendo em vista que a jurisdicionalização

1 Fls. 55-7, Juiz Dr. JOSÉ DANIEL DINIS GONÇALVES.

2 Razões de recurso, fls. 66-77.

Acesso ao Sumário

do processo de execução não implica que este siga todas as formalidades do processo penal ou que nele se produza amplo contraditório.

Assim, basta a apuração administrativa da falta, sem necessidade de realização de audiência perante o juízo da execução, que, não obstante, deverá considerar as afirmações do apenado e dar oportunidade de manifestação às partes.[3]

A lei não exige que a oitiva do sentenciado seja *judicial*. Limita-se a estabelecer que "deverá ser ouvido, previamente o condenado",[4] o que aconteceu nos autos.

Nesse sentido, vejam-se diversos julgados selecionados de várias Câmaras Criminais desta Egrégia Corte:

> (...) esta Colenda Câmara pacificou entendimento quanto à desnecessidade da inquirição do sentenciado pelo Magistrado, atingindo-se o fim colimado pela Lei de Execução Penal quando, durante o procedimento administrativo, realizada a oitiva na unidade prisional e com a presença de defesa técnica. Confira-se:
>
> "... Ressalto que o artigo 118, § 2º, da Lei de Execução Penal, dispõe que, no caso de falta grave, "deverá ser ouvido previamente o condenado", o que ocorreu no caso em análise; no referido dispositivo legal, inexiste determinação para que tal oitiva seja realizada em juízo. Com efeito, observados os princípios constitucionais da ampla defesa e do contraditório, não há se falar em nulidade a ser sanada..." (Agravo de Execução Penal nº 0150356-90.2012.8.26.0000, Rel. Des. Marco Antonio Marques da Silva, j. 08.11.2012, V.U.);
>
> "... sem razão o recorrente ao alegar afronta ao princípio da ampla defesa por não ter sido formalmente citado ou ouvido em Juízo, antes da decisão combatida. Ora, é cediço que o art. 118, § 2º, da LEP, deve ser interpretado no sentido de que o que se deve garantir é a prévia manifestação do sentenciado e não, necessariamente, uma oitiva em Juízo ou sua citação formal, sendo necessário ressaltar que o sentenciado foi regularmente notificado (fls. 23). Também no item 84, da exposição de motivos da Lei de Execução Penal, verifica-se que o que se pretende é assegurar é a defesa do sentenciado. Logo, a exigência consiste na prévia oitiva do condenado, isto é, que lhe seja assegurado o contraditório, não estabelecendo que a forma será em audiência perante o Juiz da Execução..." (Agravo de Execução Penal nº 0119667-63.2012.8.26.0000, Rel. Des. Machado de Andrade, j. 25.10.2012, V.U.).[5]
>
> Em que pese os argumentos empregados pela combativa Defesa, temos que o princípio do contraditório e da ampla defesa foi devidamente

Acesso ao Sumário

3 TJSP, HC nº 188947-58.2011.

4 LEP, art. 118, § 2º.

5 TJSP, Agravo de Execução Penal nº 0007796-91.2013.8.26.0000, rel. Silmar Fernandes, 6ª Câmara de Direito Criminal.

observado.

O artigo 59 da Lei de Execução Penal confere à autoridade administrativa a atribuição para apuração de falta disciplinar. O procedimento deve seguir o regulamento, assegurada ampla defesa.

O paciente foi previamente ouvido nos autos da sindicância administrativa, com a presença de advogado, que o assistiu, oportunidade em que poderia apresentar justificativa pela falta grave cometida, de forma que foi respeitado o direito ao contraditório e a ampla defesa.

Cumpre ressaltar, ainda, que a Defesa apresentou alegações finais durante o procedimento administrativo (fls.).

Com efeito, para a anulação do ato, este deve estar eivado de nulidade absoluta, necessária a caracterização do prejuízo causado a quem alega.

É o princípio insculpido no artigo 563 do Código de Processo Penal, em respeito à máxima jurídica do *pas de nullité sans grief*, ou seja, não há nulidade sem prejuízo.[6]

(...) desacolhe-se o alegado por esse agravante (resumidamente descrito no relatório deste voto), porque prescindível a respectiva ouvida pessoal em Juízo para que possível a regressão ao regime fechado em razão de falta grave por ele praticada.

Outrossim, cumprira-se com regularidade o procedimento administrativo para apuração de falta disciplinar. Por sinal, ouviu-se esse sentenciado (fls.), então acompanhado por advogado (...)

Assim, não houve prejuízo a esse agravante e nem sequer desrespeito aos princípios do contraditório e da ampla defesa.

Dessa forma, não comprovado o alegado prejuízo, não há se falar em nulidade da decisão atacada pela qual se reconheceu falta grave consistente em evasão por esse sentenciado.

Logo, a ausência de ouvida judicial do réu não consubstancia violação ao artigo 118, § 2º, da Lei de Execução Penal.

Nesse sentido, outrossim, *mutatis mutandis*, são de destaque acórdãos desta Câmara cujas ementas têm seguinte teor:

"AGRAVO EM EXECUÇÃO - APURAÇÃO DE FALTA DISCIPLINAR OITIVA JUDICIAL DO CONDENADO - Desnecessidade: tendo o sentenciado cometido falta grave, a prévia oitiva do sentenciado perante autoridade administrativa é suficiente para que o Juiz das Execuções decida sobre a falta disciplinar. (...)" (Agravo em execução penal 0010051-22.2013.8.26.0000, relator o desembargador Jair Martins, julgamento em 18 de abril de 2013.)

"Agravo em execução – Interposição pelo sentenciado contra a decisão que reconheceu como válida sua oitiva perante a autoridade administrativa relativamente a eventual cometimento de falta grave -

Acesso ao Sumário

6 TJSP, Habeas Corpus n° 0165863-91.2012.8.26.0000, rel. PAULO ROSSI, 12ª Câmara de Direito Criminal.

Sentenciado que cumpriu pena no regime aberto foi preso em flagrante delito e denunciado por infração do artigo 33, da Lei nº 11.343/06 - Juízo das Execuções que indeferiu o pleito ministerial de anotação de falta grave, determinando que se aguardasse o final do processo criminal, bem como a vinda de maiores informes sobre eventual descumprimento de condições postas no termo de advertência para decidir, restando ausente, pois, o pressuposto recursal da sucumbência - Sentenciado que foi ouvido pelo Diretor do Presídio, na presença de advogado da Funap, restando preservado o direito de ampla defesa - Desnecessidade de oitiva judicial do condenado - Precedentes - Agravo desprovido." (Agravo em execução penal 0225844-51.2012.8.26.0000, relator o desembargador Walter de Almeida Guilherme, julgamento em 17 de janeiro de 2013.)

"AGRAVO - falta grave - ausência de oitiva judicial do sentenciado - desnecessidade - preliminar afastada - perda de 1/3 dos dias remidos e interrupção do lapso temporal para obtenção de progressão - possibilidade - improvimento." (Agravo em execução penal 0044769-45.2013.8.26.0000, relator o desembargador Lauro Mens de Mello, julgamento em 9 de maio de 2013.)

"AGRAVO EM EXECUÇÃO - REGRESSÃO - OITIVA DO SENTENCIADO - ARTIGO 118, § 2º DA LEP - Desnecessidade: Tendo o sentenciado cometido falta grave, a prévia oitiva do sentenciado perante a autoridade administrativa é suficiente para que o Juiz das Execuções decida sobre eventual regressão e anotação da falta disciplinar. Recurso não provido." (Agravo em execução penal 0084143-05.2012.8.26.0000, relator o desembargador Jair Martins, julgamento em 30 de agosto de 2012.)[7]

Preliminarmente, pretende o agravante ver declara a nulidade da r. decisão em razão da ausência de oitiva judicial.

Com efeito, o artigo 118, § 2º, da Lei de Execução Penal, dispõe sobre a necessidade de prévia oitiva do condenado em caso de determinação de regressão de regime prisional em razão da prática de novo crime ou de falta disciplinar grave.

A oitiva do agravante deu-se na esfera administrativa, prestando suas declarações na presença de advogado, sem qualquer coação física ou moral, pelo que se tornava mesmo desnecessária sua oitiva pelo Juízo.

Assim, considerando que a finalidade da lei é dar oportunidade ao condenado justificar seus atos, referida justificativa ocorreu no termo de declarações prestadas pelo agravante em sede administrativa.[8]

1. Alegação de ausência de defesa técnica durante a sindicância que apurou falta grave - Tese infundada - Sindicância que obedeceu os princípios da ampla defesa e do contraditório - Sentenciado que foi

Acesso ao Sumário

7 TJSP, AGRAVO DE EXECUÇÃO PENAL 0067622-48.2013.8.26.0000, rel. ENCINAS MANFRÉ, 15ª Câmara de Direito Criminal.

8 TJSP, AGRAVO DE EXECUÇÃO PENAL Nº 0054845-31.2013.8.26.0000, rel. JOSÉ DAMIÃO PINHEIRO MACHADO COGAN, 5ª Câmara de Direito Criminal.

ouvido perante a autoridade administrativa na presença de Advogado, o qual apresentou defesa técnica - 2. Alegação de nulidade por ausência de oitiva do sentenciado pela autoridade judicial, que seria imprescindível em caso de regressão de regime - Tese descabida - Sentenciado que teve a regressão de regime determinada por outro motivo (superveniência de nova condenação) - Providência, ademais, que seria inexigível, pois o artigo 118, § 2º, da Lei de Execução Penal apenas determina a oitiva prévia do sentenciado antes de se impor a regressão de regime, sem exigir, no entanto, que tal ato seja realizado pela Autoridade Judicial - Controle judicial *a posteriori* do ato.[9]

Agravo em execução penal. Prática de falta grave. Alegação de nulidade pela ausência da oitiva do agravante em Juízo. Inocorrência. No mérito, perda do direito ao tempo remido e reinício da contagem do prazo para cumprimento de pena para fins de benefícios, exceto para livramento condicional. Aplicação da Súmula 441, STJ. Rejeitada a preliminar, agravo parcialmente provido.[10]

No caso, observo que o apenado foi ouvido *na presença de advogado*, o que reforça a convicção da regularidade da colheita da prova. Exerceu, dessa forma, plenamente a autodefesa.

Além disso, foi defendido por profissional habilitado no curso do procedimento administrativo disciplinar. Teve, assim, assegurada a ampla defesa e garantido o contraditório.

Não vejo, desse modo, mácula alguma que justificasse a anulação do feito.

No mérito, entendo que andou bem o MM. Juiz de primeira instância em reconhecer a falta grave.

Há suficiente prova da falta grave noticiada nos autos e da autoria do ora agravante.

Ouvido, o agravante negou que tivesse se recusado a trabalhar, alegando ter sido impedido de sair para a área externa da unidade prisional porque estava com uma regata e uma bermuda por baixo do uniforme, motivo pelo qual foi conduzido novamente ao pavilhão. Indagado pelo funcionário Eduardo acerca do motivo de retornar, disse, além do já relatado acima, que não tinha blusa de frio para se agasalhar, que sofre de bronquite e que estava chovendo muito, retornando ao pavilhão pelo fato de sua saúde ser frágil.[11]

Os agentes de segurança penitenciária ouvidos,[12] por outro lado, confirmaram amplamente os fatos.

Acesso ao Sumário

9 TJSP, Agravo de Execução Penal nº 0256927-85.2012.8.26.0000, rel. Amado de Faria, 3ª Câmara de Direito Criminal.

10 TJSP, 9ª Câmara Criminal, Agravo em Execução nº 0426574-49.2010.8.26.0000, Rel. Des. ROBERTO MIDOLLA, j. 03/02/2011.

11 Fls. 14.

12 Fls. 15-7.

Eduardo relatou ter avistado o agravante retornando após ter saído em direção ao setor de portaria para trabalhar na área externa. Indagando-o acerca do motivo do retorno, o apenado disse que o funcionário da portaria havia-o mandado retornar ao pavilhão, eis que estaria com problemas na vestimenta. Conduziu-o, então à sala do Diretor de Segurança, Alessandro, comunicando que já havia alertado o agravante acerca da gravidade do não comparecimento ao trabalho. Ressaltou, por fim, que o funcionário Álvaro informou que o agravante não havia se apresentado em nenhum momento naquele setor.

Álvaro, do mesmo modo, frisou que não disse ao agravante que retornasse ao pavilhão, esclarecendo que o procedimento adotado na hipótese de reeducando que usa outra vestimenta que não o uniforme, conforme determinação, é levar aquele à sala de revista da portaria para que retire a peça.

Alessandro, finalmente, corroborou o relato dos demais funcionários e frisou que o agravante já havia sido por ele alertado quanto à gravidade da recusa ao trabalho, motivo pelo qual foi conduzido à cela disciplinar.

Nem se diga desmerecerem crédito as palavras das testemunhas apenas por se tratarem de agentes de segurança.

Esta Câmara tem seguidamente proclamado que tal circunstância não afeta – positiva ou negativamente – o valor probante de sua palavra. Aprioristicamente, aquela condição funcional nem confere ao testemunho maior força persuasória nem o inquina de suspeição; afere-se-lhe o mérito e mede-se-lhe o grau de confiabilidade segundo os critérios ordinariamente aplicados.[13]

Este é o entendimento da mais alta Corte de Justiça da Nação:

> O valor do depoimento testemunhal de servidores policiais – especialmente quando prestado em juízo, sob a garantia do contraditório – reveste-se de inquestionável eficácia probatória, não se podendo desqualificá-lo pelo só fato de emanar de agentes estatais incumbidos, por dever de ofício, da repressão penal. O depoimento testemunhal do agente policial somente não terá valor, quando se evidenciar que esse servidor do Estado, por revelar interesse particular na investigação penal, age facciosamente ou quando se demonstrar – tal como ocorre com as demais testemunhas – que as suas declarações não encontram suporte e nem se harmonizam com outros elementos probatórios idôneos.[14]

Nesse sentido:

13 TACrimSP, Apelações nº 312.301, 348.938, 370.522, 374.198, 395.129, 401.995, 412.061, 418.776, 426.062, 438.848,453.340, 461.091, 577.011, 637.707, 1.022.143, 1.030.863, 1.032.127, 1.037.121, 1.042.611, 1.048.215, 1.050.099, 1.159.259; TJSP, apelações n. 404.622, 407.823, 425.154, 481.453, 825.284, 832.353, 836.639, 841.738, 844.607, 851.695, 856.298, 860.322, 862.376, 864.704, 869.910, 874.485, 879.300,883.426, 885.132, 887.203, 889.401, 891.014; TJSP (SAJ), Apelações ns.990.08.010368-7, 990.08.011583-9, 990.08.018916-6, 990.08.025604-1, 990.08.169310-0, 990.08.171251-2, 990.08.171306-3, 990.08.172110-4, 990.08.173115-0, 990.08.183529-0, 990.08.187445-8, 990.08.192519-2, 990.08.193079-0, 990.08.193275-0, 990.08.193292-0, 990.09.002320-1, 990.09.132124-9, 990.09.137990-5, 990.09.146743-0.

14 HC nº 74.608-0-SP, Rel. Min. Celso de Mello.

Acesso ao Sumário

> O depoimento testemunhal do policial que atuou na ocasião do flagrante possui eficácia probatória, sendo certo que não se pode descartá-lo e deixar de considerá-lo como suporte da condenação, pelo simples fato de emanar de agentes estatais incumbidos da repressão penal.[15]
>
> Prova - Depoimento de policiais. Valor: a palavra dos policiais que participam da prisão, ou da diligência que resulta na localização dos bens roubados, deve ser analisada em conjunto com as demais provas e, em princípio, ser considerada sem nenhuma ressalva.[16]

Dessa forma, restando isolada sua negativa, não há dúvida de ter o sentenciado praticado falta grave (LEP, arts. 50, VI, c.c. 39, V), pelo que não há falar-se em absolvição.

Não procede, ainda, a alegação de inconstitucionalidade da sanção imposta, sob o argumento de que consistiria em pena de trabalho forçado, vedada, como se sabe, pela Carta Magna.[17]

Isso porque a inobservância do dever de trabalho[18] (o qual também se constitui como direito[19]) por parte do apenado encontra punição somente quando caracterizada a **recusa injustificada**[20] - exatamente como ocorre na hipótese dos autos -, e que, ainda assim, **não prejudica o cumprimento de pena por parte do sentenciado**. Em tal hipótese, a opção (consciente) por parte do apenado em não trabalhar lhe acarretaria, apenas, a privação do direito ao gozo dos benefícios decorrentes do sistema progressivo (progressão de regime prisional, livramento condicional, dentre outros) e também dos diretamente advindos da observância de tal dever.[21]

Dito de outra forma, se o apenado efetivamente cumpre a reprimenda a ele imposta mesmo que (conscientemente, é bom frisar) se recuse a trabalhar – e jamais seria ele punido, *forçado*, com castigos corporais diante de tal recusa –, descabido afirmar-se que a sanção aplicada corresponde à pena de trabalhos forçados.

Discorrendo sobre tal dispositivo constitucional, Alexandre de Moraes ressalta:

> As penas de trabalho forçado não se confundem com a previsão de trabalho remunerado durante a execução penal, previsto nos arts. 28 ss. Da Lei nº 7.210/84 (Lei das Execuções Penais). O trabalho do

15 TJSP, Des. Walter de Almeida Guilherme, RT 816:548.

16 TJSP, Apelação nº 1.439.961/1, j. 27.9.2004.

17 CF, art. 5º(XLVII), "c".

18 LEP, art. 39 (V).

19 LEP, art. 41 (II).

20 Acarretando, como não poderia deixar de ser, as devidas consequências, prevista no artigo 50 (VI), da LEP.

21 Expressamente incentivada na LEP, como se vê do disposto nos artigos 29 e 126, da LEP.

Acesso ao Sumário

> condenado, conforme previsão legal, como dever social e condição de dignidade humana, terá sempre finalidade educativa e produtiva, sendo igualmente remunerado, mediante tabela prévia, não podendo ser inferior a três quartos do salário mínimo (art. 29 da citada lei). A própria lei prevê que o sentenciado deve realizar trabalhos na medida de suas aptidões e capacidade. Essa previsão é plenamente compatível com a Constituição Federal, respeitando a dignidade humana e visando à reeducação do sentenciado.[22]

Com relação à perda do tempo remido - única consequência advinda da prática determinada na r. decisão recorrida, que não vislumbrou a necessidade de decretar a regressão ao regime fechado -, entendo que restou bem justificada a opção pela revogação máxima (de um terço), ante o *ato de indisciplina* que culminou na prática da falta disciplinar, desmerecendo reparos.

Destarte, pelo meu voto, proponho, afastada a preliminar, que se negue provimento ao recurso.

Apelações

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0000892-39.2012.8.26.0146, da Comarca de Cordeirópolis, em que é apelante/apelado MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO, é apelado/apelante EDEVALDO APARECIDO HARDATH.

ACORDAM, em 7ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "NEGARAM PROVIMENTO ao apelo defensivo e DERAM PROVIMENTO ao reclamo ministerial para condenar também EDEVALDO APARECIDO HARDATH pela prática do delito previsto no art. 244-B, da Lei nº 8.069/90 a 01 (um) ano de reclusão, em regime aberto, substituída a pena corporal por duas restritivas de direitos consistente em prestação de serviços à comunidade pelo prazo da condenação e prestação pecuniária no valor de 01 (um) salário mínimo em favor de entidade a ser indicada pelo Juízo da Execução, mantendo-se, no mais, a r. decisão *a quo*. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 19.984)**

Acesso ao Sumário

22 Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional, 8ª ed., São Paulo: Atlas, 2011, p. 250-1.

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores ROBERTO MORTARI (Presidente sem voto), CAMILO LÉLLIS e AMARO THOMÉ.

São Paulo, 9 de outubro de 2014.

J. MARTINS, Relator

Ementa: APELAÇÃO – ECA – CORRUPÇÃO DE MENORES – CRIME FORMAL – COMPROVAÇÃO – DESNECESSIDADE: Tratando-se de crime formal, basta à configuração da corrupção de menores a prova da prática de crime em concurso de agentes com um adolescente ou criança.

APELAÇÃO – ECA – DELITO PREVISTO NO ART. 243 – FORNECIMENTO DE CIGARRO DE MACONHA À ADOLESCENTE – CARACTERIZAÇÃO: Caracterizado está o delito previsto no art. 243 da Lei nº 8.069/90 na conduta do agente que fornece cigarro de maconha a menor, pois inegável que tal substância causa dependência física e psíquica.

VOTO

EDEVALDO APARECIDO HARDATH foi denunciado, perante a Vara Única da Comarca de Cordeirópolis (Ação Penal nº 192/12), como incurso no artigo 28, ***caput***, da Lei nº 11.343/06 e artigos 243 e 244-B, ambos da Lei nº 8.069/90, por fatos praticados em 23 de maio de 2012.

A denúncia foi recebida em 29 de maio de 2012 (fls. 48), sendo o apelante citado, ofereceu defesa escrita (fls. 54/55 e 61). Não sendo caso de absolvição sumária (fls. 63), seguiu-se a instrução e interrogatório (fls. 95 – mídia digital CD).

Em 20 de março de 2013 sobreveio sentença que absolveu EDEVALDO da acusação da prática do delito previsto no art. 244-B do ECA e o condenou por infração ao art. 28, ***caput***, da Lei nº 11.343/06, à advertência acerca dos efeitos nocivos do uso de entorpecentes, e pela infração ao art. 243 do ECA à pena de dois anos de reclusão, em regime aberto, e 10 (dez) dias-multa, substituída a pena corporal por prestação de serviços à comunidade e prestação pecuniária no valor de 01 (um) salário mínimo, restando, ainda, condenado ao pagamento das custas processuais (fls. 108/111).

Inconformadas as partes recorreram.

Acesso ao Sumário

O representante do Ministério Público postula a condenação do acusado também pelo cometimento de delito de corrupção de menor, nos termos da denúncia (fls. 113/121).

O apelante, por sua vez, pugna pela absolvição do art. 243 da Lei nº 8.069/90 pela inocorrência do delito e pela aplicação da detração anômala, no que tange ao art. 28 da Lei nº 11.343/06, em virtude dos dias em que permaneceu preso. Subsidiariamente requer o afastamento ou a redução de pena de multa por sua hipossuficiência financeira, o que também justifica a isenção do pagamento das custas e despesas processuais (fls. 124/127).

Oferecidas as contrarrazões (fls. 131/134 e 138/142), a douta Procuradoria Geral de Justiça, em seu parecer, opinou pelo improvimento do recurso defensivo, acolhendo-se o ministerial (fls. 151/156).

É O RELATÓRIO.

Narra a inicial acusatória que, na data dos fatos, o apelante, em concurso com o adolescente R.O.M.J., trazia consigo, para consumo próprio, 03 (três) cigarros de maconha e uma porção da mesma substância, sem autorização e em desacordo com determinação legal ou regulamentar. Consta, ainda, que na mesma oportunidade, o apelante entregou a adolescente, sem justa causa, produtos cujos componentes podem causar dependência física ou psíquica, facilitando a corrupção do menor, com ele praticando infração penal ou induzindo-o a praticá-la (fls. 01d/03d).

Autos de exibição e apreensão (fls. 14), laudo de constatação provisório (fls. 15/16A), confirmado pelo exame químico toxicológico (fls. 77/80), atestam a materialidade delitiva.

Com a autoria não foi diferente.

Os guardas municipais, em suas declarações em Juízo, disseram que receberam informação dada pela base que no local dos fatos havia dois indivíduos dentro de um veículo e que eles estavam utilizando entorpecentes. Localizaram o automóvel e fizeram a abordagem lá estando o acusado e o menor R., com treze anos de idade. Disseram que sentiram cheiro forte de "maconha", sendo encontrados cigarros da erva, além de outra porção (fls. 95 – mídia digital CD).

Ouvido na fase policial, o menor R. disse que no dia dos fatos estava com seu colega J., vulgo "A." e que pegaram carona com o réu no centro da cidade, para que J. fosse ao banco. Afirmou que ficou no carro com o réu esperando por J., e que EDEVALDO tirou uma porção de maconha de um saquinho e lhe entregou juntamente com papel para que ele fizesse o cigarro. Esclareceu que fez o cigarro e entregou a EDEVALDO, que o acendeu, momento em que apareceram os guardas municipais e os abordaram. Disse não saber de quem o réu comprovou o entorpecente (fls. 06).

Também na fase policial, "A.", relatou que ele e R. pegaram uma carona

com o acusado até uma agência bancária, e que não presenciou a abordagem policial porque estava no banco, mas soube que foi encontrado um cigarro de maconha com EDEVALDO, esclarecendo que não sabia que ele portava entorpecente (fls. 05).

EDEVALDO, nas oportunidades em que ouvido, informou que na data dos fatos encontrou com R. e J., seus amigos, tendo J. oferecido um cigarro de maconha para que ele os levasse até o centro da cidade em uma agência bancária. Esclareceu que chegando ao banco, J. desceu do veículo, tendo ficado na companhia de R.. Afirmou que fez o cigarro da maconha, que lhe foi entregue pelo menor, e quando o acendeu foi abordado pelos policiais (fls. 95 – mídia digital CD).

A configuração da prática do art. 28 da Lei Antidrogas nem foi alvo de insurgência defensiva, estando, inclusive, reconhecido pelo réu, o que ficou irrefutavelmente demonstrado nos autos.

Também do conjunto probatório, ***data maxima venia*** do entendimento da combativa defensoria, não cabe cogitar-se a absolvição por inexistência da conduta no que tange ao art. 243 do ECA, pois cabalmente comprovado que o acusado ofereceu ao menor R. substância que causa dependência física e psíquica.

Em relação ao crime de corrupção de menores, atento à hodierna jurisprudência do E. Superior Tribunal de Justiça que é do meu entendimento também, caracterizado este delito, como bem ressaltado pelo representante do Ministério Público.

O crime de corrupção de menores, como delito formal, consuma-se com a mera prática da conduta delituosa, independentemente de qualquer resultado naturalístico que, embora previsto na Lei, não é exigido para a configuração do crime. Tratando-se, assim, de crime formal, a consumação decorre da simples comprovação da prática de um crime em concurso de agentes quando um deles é criança ou adolescente, situação ocorrente no caso ***sub judice***.

Neste sentido:

> "**HABEAS CORPUS**. *FURTO QUALIFICADO E CORRUPÇÃO DE MENORES. CORRUPÇÃO DE MENORES. CRIME FORMAL. INDIFERENÇA DO COMETIMENTO ANTERIOR DE ATO INFRACIONAL. IMPOSSIBILIDADE DA ABSOLVIÇÃO. IMPOSSIBILIDADE DE REDUÇÃO DA PENA ABAIXO DO MÍNIMO LEGAL. INTELIGÊNCIA DO ENUNCIADO 231 DA SÚMULA DESTE STJ. PARECER DO MPF PELA DENEGAÇÃO DO* **WRIT**. *ORDEM DENEGADA.*
>
> *1. O crime tipificado no art. 1º da Lei 2.252/54 é formal, ou seja, a sua caracterização independe de prova da efetiva e posterior corrupção do menor, sendo suficiente a comprovação da participação do inimputável em prática delituosa na companhia de maior de 18 anos.*

Acesso ao Sumário

2. Caracterizado está o crime de corrupção de menores, ainda que o menor possua antecedentes infracionais, tendo em vista que a norma do art. 1º da Lei 2.252/54 visa também impedir a permanência do menor no mundo do crime.

3. É entendimento pacífico nesta Corte, tanto que consolidado no enunciado 231 de sua Súmula, que a incidência da circunstância atenuante não pode conduzir à redução da pena-base abaixo do mínimo legal.

4. Ordem denegada, em conformidade com o parecer ministerial." (HC nº 165.087/DF, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, STJ-5ª T, j. em 21/09/2010).

Respeitado o entendimento do douto Juiz sentenciante, não há que se falar em *bis in idem* em razão do reconhecimento da ocorrência do delito previsto no art. 243 do ECA, nem afasta a configuração da corrupção o fato do menor ter já cometido anteriormente atos infracionais.

Não havendo dúvida da ocorrência do crime praticado em concurso com adolescente, necessária também a condenação quanto ao delito previsto no artigo 244-B, do ECA, que ficará no mínimo legal, haja vista a ausência de causas aptas a alterar o patamar.

As demais reprimendas fixadas na origem nos mínimos legais e a substituição operada não merecem reparo, assim como a advertência fixada, que fica mantida.

A questão trazida nestes autos no que tange à detração é bastante semelhante àquela tratada nos autos de **habeas corpus** 90.285/MG em que o E. STJ, analisando apelação com a ementa abaixo, entendeu competir ao Juiz da execução eventual aplicação da detração, denegando a ordem.

"*PENAL – PROCESSO PENAL – APELAÇÃO CRIMINAL – USO DE ENTORPECENTE – ABOLITIO CRIMINIS – NÃO-OCORRÊNCIA – EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE PELO TEMPO DE PRISÃO PROVISÓRIA – REJEIÇÃO – INCLUSÃO NO ROL DE CULPADOS – NECESSIDADE. Embora a Lei 11.3443/06 não comine pena privativa de liberdade como sanção ao usuário de entorpecentes, não descriminalizou o uso de drogas, devendo-se lançar o nome do réu no rol dos culpados. A prisão provisória do condenado pelo delito de uso de entorpecentes não autoriza, por si só, a extinção da punibilidade pelo cumprimento da pena, sobretudo se remanescente sanção de outra natureza a ser cumprida*".

De qualquer modo, caso o pedido formulado pela defesa fosse aqui analisado, haveria inaceitável supressão de instância com o afastamento do juízo natural, que é o juízo da execução.

O pleito para exclusão ou diminuição da multa fixada ou afastamento da condenação em custas não pode ser acolhido, já que está previsto em legislação

federal e deve prevalecer.

A hipossuficiência financeira, de qualquer modo, há de ser verificada em momento oportuno, também no juízo da execução.

Deste modo, no lapso de 05 (cinco) anos após a sentença condenatória poderá o apelante ser instado a realizar o pagamento e somente o fará se tiver condições para tanto, sem prejuízo de seu sustento e de sua família, questão que, repita-se, deverá ser apreciada pelo Juízo das Execuções Criminais.

Diante do exposto, **NEGA-SE PROVIMENTO** ao apelo defensivo e **DÁ-SE PROVIMENTO** ao reclamo ministerial para condenar também EDEVALDO APARECIDO HARDATH pela prática do delito previsto no art. 244-B, da Lei nº 8.069/90 a 01 (um) ano de reclusão, em regime aberto, substituída a pena corporal por duas restritivas de direitos consistente em prestação de serviços à comunidade pelo prazo da condenação e prestação pecuniária no valor de 01 (um) salário mínimo em favor de entidade a ser indicada pelo Juízo da Execução, mantendo-se, no mais, a r. decisão ***a quo***.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0004522-87.2002.8.26.0491, da Comarca de Rancharia, em que é apelante ABEL FRANÇA, é apelado MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em 2ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "deram provimento ao apelo para absolver Abel França, com fundamento no artigo 386, III, do CPP. v.u.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 31.738)**

O julgamento teve a participação dos Exmo. Desembargadores ALEX ZILENOVSKI (Presidente sem voto), FRANCISCO ORLANDO e DINIZ FERNANDO.

São Paulo, 6 de outubro de 2014.

ALMEIDA SAMPAIO, Relator

Ementa: Apelação Criminal – Falso testemunho (art. 343, § 1º, do CP) – Delito não configurado – Pessoa atingida pela ação do réu, no caso presente, é a vítima do processo e não a testemunha, como exige o dispositivo legal – Absolvição acolhida – Apelo provido.

Acesso ao Sumário

VOTO

Abel França foi condenado a cumprir cinco anos de reclusão, por estar incurso nas penas do artigo 343, § único, do Código Penal.

Inconformado, apela pretendendo ver admitida a ilicitude da prova gravação, pois não teria havido determinação legal. Argumenta ainda a ausência de prova suficiente ao reconhecimento dos elementos do crime, devendo, portanto, ser absolvido.

O recurso foi devidamente processado e o Ministério Público do Estado de São Paulo, em ambas as instâncias, se manifestou.

Este é o relatório.

Diz a inicial que o acusado, na qualidade de Advogado de uma pessoa que respondia a ação penal pelo crime de roubo, teria ofertado determinada quantia de dinheiro para que ela alterasse seu depoimento na referida ação.

O artigo 343, do Código Penal assim determina:

Art. 343. Dar, oferecer ou prometer dinheiro ou qualquer outra vantagem a testemunha, perito, contador, tradutor ou intérprete, para fazer afirmação falsa, negar ou calar a verdade em depoimento, perícia, cálculos, tradução ou interpretação.

Estabelece o dispositivo legal, de maneira restrita, as pessoas que seriam afetadas pela ação do agente: peritos, contadores, intérpretes e, finalmente, testemunhas.

A denúncia é expressa ao afirmar que Nestor, a pessoa que recebeu a oferta, foi a vítima de roubo e nesta condição é que iria depor em juízo.

A doutrina afirma que o ofendido não pode ser considerado como testemunha. "*De qualquer forma, o ofendido, ainda que não seja parte, inegavelmente tem interesse no resultado do processo. Justamente por isso o ofendido também não pode ser considerado testemunha, que é, por definição, um terceiro desinteressado no processo*"[1]. Não discrepa Nucci: "*por certo que a vítima não pode ser considerada testemunha*". Após discorrer sobre o tema, ressalta: "*Aliás, já o dizia o direito romano: ninguém é considerado testemunha idônea em causa própria*"[2].

De fato, a vítima possui evidente interesse no deslinde da ação penal e, por isso, não pode ser considerada testemunha. A ela não se impõe qualquer dever, mas simplesmente narrar o que ocorreu.

A jurisprudência tem entendido também desta maneira.

"*Impossível de consumar-se o delito do art. 343 do CP, quando a pessoa que o agente suborna é a vítima do processo. Isto porque, ainda que esta falseie*

Acesso ao Sumário

1 Gustavo Badaró – fls. 319 – Processo Penal

2 Guilherme Souza Nucci – fls. 441 – Código de Processo Penal

a verdade, mesmo a pedido do réu, não comete o crime de falso testemunho"[3].

Desta maneira, sendo Nestor vítima do crime e nesta qualidade ter sido colhido o seu depoimento – fls. 90, – não poderia ser o apelante condenado por este crime, uma vez que acha-se ausente o elemento estrutural do delito.

A absolvição, portanto, é necessária.

Observo que, sendo recurso exclusivo da defesa, outra solução não se apresenta viável, pois haveria evidente prejuízo ao acusado.

Isto posto, pelo meu voto, dou provimento ao apelo para absolver *Abel França*, com fundamento no artigo 386, III, do CPP.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0015763-98.2011.8.26.0602, da Comarca de Sorocaba, em que é apelante F.N., 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 acusado das imputações contidas na denúncia, com fundamento no art. 386, inciso VII, do Código de Processo Penal. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 23266)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores OTÁVIO DE ALMEIDA TOLEDO (Presidente) e GUILHERME DE SOUZA NUCCI.

São Paulo, 21 de outubro de 2014.

NEWTON NEVES, Relator

Ementa: CRIME SEXUAL – ESTUPRO DE VULNERÁVEL – Acusação de prática de conjunção carnal com a própria filha, menor de 14 anos – Quadro probatório frágil – Ausência de prova segura nos autos – Mera suspeita que não autoriza a condenação – Ônus da acusação em comprovar, de forma certa e segura, o fato concreto imputado ao réu – Dúvida autorizadora da absolvição – Recurso provido.

VOTO

A r. sentença de fls. 190/193, com relatório adotado, julgou procedente a

3 TJSP/RT 458/316 – citado por Alberto Silva Franco

Acesso ao Sumário

ação penal para condenar F.N. ao cumprimento da pena corporal de 12 (doze) anos e 03 (três) meses de reclusão, em regime inicial fechado, como incurso no art. 217-A c/c art. 226, inciso II, por duas vezes, na forma do art. 71, todos do Código Penal, sendo deferido o apelo em liberdade.

Apela a defesa buscando a absolvição, com fundamento na fragilidade probatória. Requer a abertura de incidente de insanidade mental, para aferir a confiabilidade das declarações da vítima.

Recurso processado e respondido, com manifestação do Ministério Público, em ambas as instâncias, pelo não provimento do pedido.

É o relatório.

O recurso comporta provimento.

Foi o apelante processado e condenado porque, segundo a denúncia, na primeira metade do ano de 2007, no período noturno, na cidade de (...), por duas vezes constrangeu, mediante violência presumida, sua filha B.R.S.N., na época com nove anos de idade, a ter com ele conjunção carnal.

Segundo narra a inicial acusatória, a vítima é filha do recorrente e, na época, sua mãe estava internada no hospital Teixeira Lima, por ter doença mental, motivo pelo qual B. ficava sozinha com seu pai na residência. Segundo consta, a vítima teria sido abusada sexualmente por duas vezes pelo réu, que a obrigou a manter conjunção carnal, sendo que por diversas vezes ele passava as mãos pelo seu corpo.

Respeitado o convencimento da douta magistrada sentenciante, verifica-se que as provas produzidas são frágeis e meramente indiciárias, não havendo suficientes elementos de convicção nos autos para comprovação do delito imputado ao réu, sendo de rigor sua absolvição.

A vítima, tanto em juízo quanto na Delegacia, confirmou os abusos sofridos, afirmando que, por duas vezes, foi coagida a manter relações sexuais com seu pai (fls. 06 e 120/127).

O laudo de exame de corpo de delito confirma que a vítima "*Está deflorada de data não recente e não há vestígios de conjunção carnal recente*" (fls. 10/11).

Acesso ao Sumário

O recorrente, por sua vez, negou a imputação. Na Delegacia, afirmou que a vítima, sua filha, tem o mesmo problema da mãe, ou seja, é esquizofrênica. Acredita que B. sofre da mesma doença porque fica sempre trancada no quarto e não a deixa sair porque "*ela arruma briga com as pessoas e acaba arranhando os outros*" (fls. 09). Em juízo, o apelante afirmou que a vítima inventou essa história para ir morar com a tia, porque ela tinha uma condição financeira melhor e podia lhe dar mais conforto (fls. 145/150).

A testemunha F. relata que a vítima, sua irmã, tem comportamentos estranhos, já tendo se desentendido com ela em algumas ocasiões. Narra que

ela já chegou a fingir desmaios e de ter quebrado o pé. F. afirma que ela, assim como os outros irmãos, não acredita na versão dada pela ofendida, de que teria sido abusada sexualmente pelo acusado (fls. 128/138).

Não foram trazidos aos autos laudos psicológicos e psiquiátricos conclusivos quanto à efetiva ocorrência do abuso ou com relação à saúde mental da vítima.

Pelas provas produzidas, tem-se que não é possível afirmar, com a necessária certeza, que o réu praticou os abusos narrados na inicial.

Primeiramente, anote-se que o laudo de exame de corpo de delito só foi realizado no ano de 2011, ou seja, quatro anos após os fatos.

Em segundo lugar, cabe observar que a versão da vítima não foi corroborada por nenhuma testemunha. Não se espera, obviamente, que venha aos autos alguma testemunha presencial do estupro em si, crime normalmente realizado às escondidas. Mas deveria ter sido ouvida alguma testemunha que comprovasse, ao menos, que a ofendida costumava ficar sozinha em casa com o recorrente à época dos fatos, ou mesmo algum documento que provasse que sua mãe foi internada para tratamento médico nesse período. Sequer foi ouvido o irmão que morava com a vítima na época, o que, em tese, seria possível.

Também não veio aos autos elementos de prova no sentido de que, após os fatos, houve uma mudança de comportamento por parte da vítima, ou uma queda no rendimento escolar.

Embora não seja imprescindível para uma condenação que essas questões se manifestem em todas as vítimas, trata-se de um relevante indício de que algo, de fato, ocorreu.

Por fim, causa certa estranheza, ou no mínimo uma fundada dúvida, o fato de que nenhum dos irmãos acredita na versão da vítima.

Enfim, a falta de elementos sólidos de prova aptos a corroborar a versão da ofendida faz com que o acervo probatório não traduza uma certeza necessária para o decreto condenatório.

Não se nega que em delitos desse jaez, a palavra da vítima representa a viga mestra da estrutura probatória, vez que praticados, como regra, às escondidas ou sem a presença de testemunhas. Daí porque já ter a jurisprudência consagrado a relevância da palavra da ofendida, que somente deve ser afastada se evidenciadas contradições ou vícios que impeçam a verificação da certeza indispensável ao decreto condenatório.

No caso examinado, porém, não se vislumbra essa certeza indispensável ao alicerce condenatório. O valor decisivo da palavra da vítima não se confunde com o valor absoluto, dogmático; a dúvida, ainda que mínima, impõe a absolvição, face ao elevado gravame decorrente da condenação criminal[1]. E debruçando-se

Acesso ao Sumário

1 Código Penal Comentado, Celso Delmanto e outros, Renovar, 7ª ed., 2007, anotações ao artigo

de modo imparcial e atento sobre os elementos de convicção trazidos aos autos, afere-se ser a prova por demais frágil a sustentar uma condenação, em exercício do livre convencimento motivado.

Desse modo, tem-se que a instrução criminal não teve o condão de afastar as dúvidas existentes sobre a existência dos fatos narrados na inicial, que imputam ao recorrente a prática do crime de estupro de vulnerável, sendo de rigor a sua absolvição por insuficiência de provas.

Ante todo o exposto, dá-se provimento ao recurso para absolver o acusado das imputações contidas na denúncia, com fundamento no art. 386, inciso VII, do Código de Processo Penal.

É como voto.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0002850-10.2011.8.26.0368, da Comarca de Monte Alto, em que é apelante/apelado MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO, é apelado MAURÍCIO DE MATTOS PIOVEZAN, Apelados/Apelantes VICTOR TOYOJI DE NOZAKI, CLAUDEMIR FERREIRA DUARTE, FABIANA DE SOUZA SANTOS e MARCOS BARROS.

ACORDAM, em 9ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão "Rejeitaram a preliminar. Quanto ao mérito, negaram provimento ao apelo ministerial e acolheram parcialmente os apelos defensivos para absolver os réus da imputação de terem infringido ao disposto no art. 299 do Código Penal e, em consequência, reduziram suas penas para dois anos de reclusão, no regime inicial aberto, com substituição por duas restritivas de direitos, consistentes em prestação de serviços à comunidade, por igual período, mais o pagamento de prestação pecuniária de dois salários mínimos, com destinação a ser determinada em sede de execução, mantida, no mais, a r. sentença condenatória, inclusive quanto à perda de funções e cargos públicos e inabilitação, pelo prazo de cinco anos, para o exercício de cargo ou função pública, eletivo ou de nomeação, V.U.", de conformidade com o voto do Relator deste acórdão. **(Voto nº 30.932)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores SÉRGIO COELHO (Presidente) e OTÁVIO HENRIQUE.

São Paulo, 23 de outubro de 2014.

ROBERTO MIDOLLA, Relator

Acesso ao Sumário

213, pg. 590.

Ementa: CRIME DE RESPONSABILIDADE. DISPENSA ILEGAL DE LICITAÇÃO E FALSIDADE IDEOLÓGICA. RECURSO MINISTERIAL CONTRA A ABSOLVIÇÃO DOS RÉUS PELA DISPENSA ILEGAL DE LICITAÇÃO - IMPOSSIBILIDADE. INEXISTÊNCIA DE CONTRATAÇÃO OU PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS. RECURSOS DEFENSIVOS. PRELIMINAR EM BUSCA DA NULIDADE DA SENTENÇA - DESCABIMENTO. PERÍCIA DESNECESSÁRIA. MÉRITO. MATERIALIDADE E AUTORIA DELITIVA COMPROVADAS. CONDENAÇÃO PELO CRIME DE RESPONSABILIDADE MANTIDA. FALSIDADE IDEOLÓGICA - CRIME MEIO QUE DEVE SER TIDO POR ABSORVIDO - *PRINCÍPIO DA CONSUNÇÃO*. PRELIMINAR REJEITADA. RECURSO MINISTERIAL DESPROVIDO. RECURSOS DEFENSIVOS PARCIALMENTE PROVIDOS PARA ABSOLVER OS APELANTES DO CRIME DO ART. 299 DO CÓDIGO PENAL, COM REDUÇÃO DAS PENAS.

VOTO

Ao relatório da sentença de fls. 381/417, prolatada pelo MM. Juiz de Direito, Dr. GILSON MIGUEL GOMES DA SILVA, acrescento que a ação penal foi julgada parcialmente procedente para condenar **MAURÍCIO DE MATTOS PIOVEZAN, CLAUDEMIR FERREIRA DUARTE**, vulgo "*Tedi*", e **VICTOR TOYOJI DE NOZAKI** a três anos e dois meses de reclusão, no regime inicial aberto, mais o pagamento de onze dias-multa, no valor unitário mínimo; **FABIANA DE SOUZA SANTOS** e **MARCOS BARROS** a três anos de reclusão, no regime inicial aberto, além de dez dias-multa, no valor unitário mínimo, todos por infração ao disposto no art. 1º, inciso I, c.c. os §§ 1º e 2º, do Decreto-Lei nº 201/67, e art. 299, *caput,* c.c. o art. 29, *caput*, e 69, *caput*, do Código Penal.

Todos tiveram suas penas corpóreas substituídas por duas restritivas de direitos, consistentes em prestação de serviços à comunidade, por igual período, mais o pagamento de prestação pecuniária no importe de três salários mínimos, com destinação a ser determinada em sede de execução, além de suportarem, como penas acessórias, a perda de eventuais funções públicas e inabilitação,

Acesso ao Sumário

pelo prazo de cinco anos, para o exercício de cargo ou função pública, eletivo ou de nomeação.

Os réus foram absolvidos da prática do crime previsto no art. 89, *caput*, da Lei nº 8.666/93, nos termos do art. 386, inciso III, do Código Processo Penal.

O digno Promotor de Justiça apela em busca da condenação dos réus pela prática do crime previsto no art. 89, *caput* e paragrafo único, da Lei nº 8.666/93 (fls. 427/433).

CLAUDEMIR FERREIRA apela em busca da absolvição por falta de provas e ressalta a ausência de dolo específico na conduta do réu. Pede seja reconhecida a absorção do crime de falsidade ideológica em razão do *princípio da consunção* (fls. 445/448).

MARCOS BARROS e FABIANA DE SOUZA alegam a inocência e busca da absolvição (fls. 459/461).

MAURÍCIO DE MATTOS alega, em preliminar, a nulidade da sentença, ante o indeferimento de perícia grafotécnica solicitada. No mérito, afirma que não praticou diretamente os atos, tampouco deles tinha conhecimento, além do que afirma que nem mesmo era necessário o procedimento licitatório, ante o baixo valor envolvido (fls. 473/476).

VICTOR TOYOJI nega ter se associado ao grupo criminoso para desvio de recursos públicos, ou mesmo ter assinado a nota de empenho, cujo exame grafotécnico não foi realizado. Ressalta não ter participado de forma alguma dos fatos, dos quais nega participação ou conhecimento, motivo pelo qual pede a absolvição (fls. 591/607).

Contra-arrazoados os recursos (fls. 508/509, 520/524, 563/581, 614/618 e 628/631), a douta Procuradoria de Justiça opinou pelo desprovimento dos apelos defensivos e acolhimento da irresignação ministerial (fls. 635/644).

É o relatório.

1. Preliminar.

Não vinga a eiva aventada.

A D. Defesa não logrou êxito em demonstrar a necessidade da diligência solicitada, tampouco eventual prejuízo que justificasse a declaração de nulidade.

Para análise da ocorrência de eventual nulidade no processo, deve ser observado o Livro III, Título I, do Código de Processo Penal, notadamente, o que dispõem os artigos 563 e 566, assim redigidos:

> *Art. 563. Nenhum ato será declarado nulo, se da nulidade não resultar prejuízo para a acusação ou para a defesa.*
>
> *Art. 566. Não será declarada a nulidade de ato processual que não houver influído na apuração da verdade substancial ou na decisão da causa.*

Acesso ao Sumário

Esse entendimento é predominante na jurisprudência. Destaco, dentre inúmeros outros, os julgados que seguem extraídos do "*Código de Processo Penal e sua Interpretação Jurisprudencial*", coordenado pelos doutores ALBERTO SILVA FRANCO e RUI STOCO (vol. 2, págs. 2702/2704):

> *Para a decretação de uma nulidade é essencial que haja decorrido prejuízo para a acusação ou para a defesa, com influência na apuração da verdade substancial ou na decisão da causa.* (TJSP – AP 16.698-3 – Rel. GOULART SOBRINHO – j. 27.6.83 – RT 584/349)
>
> *É de sabença correntia que a nulidade deve refletir-se em desfavor do réu, causando-lhe gravame comprovado, significando, pois, que sem a prova da ocorrência do prejuízo para a defesa não se anula o ato processual.* (TACrimSP – AP 1.093.545/9 e AP 1.093.549/9, Rel. RUI STOCO, ambas julgadas em 14.4.98)
>
> *A jurisprudência do Supremo Tribunal é firme no sentido de que não se anula processo a não ser que fique comprovado que houve prejuízo para a defesa. Precedentes da Corte.* (STF – HC 74.998 – Rel. CARLOS VELLOSO – 27.06.97 – RTJ 164/692)
>
> *Em tema de nulidade no processo penal, as vigas mestras do sistema assentam-se nas seguintes assertivas: a) ao arguirem-se nulidades, dever-se-á indicar, de modo objetivo, os prejuízos correspondentes, com influência na apuração da verdade substancial e reflexo na decisão da causa (CPP, art. 566); b) em princípio, as nulidades consideram-se sanadas se não forem arguidas no tempo oportuno, por inércia da parte.* (STJ – Resp. – Rel. VICENTE LEAL – RSTJ 89/461)

A doutrina também sempre seguiu essa orientação. Exemplo disso encontra-se, dentre inúmeros outros, nos clássicos BORGES DA ROSA e CÂMARA LEAL.

O primeiro escreveu:

> *Diz muito bem FERNANDES PINHEIRO, na sua obra Das Nulidades no Processo Criminal, que dia a dia acentua-se cada vez mais a tendência à simplificação da forma processual, que, sem sacrifício dos direitos da defesa, melhor consulta à ação repressiva da Justiça.*
>
> *Contra o fetichismo formalístico de antanho revoltaram-se espíritos progressistas.*
>
> *PAULA PESSOA, já naquele tempo dizia (Cód. de Proc. Crim., 1882, p. 121, nota 559).* '*Por mim sempre protestei contra o sistema de se catar nulidades, como se o Juiz não devesse ser sempre um homem sério, prescindindo de bagatelas e procurando cumprir o seu dever rigorosamente, sem cogitar dos meios, de arredar de se a responsabilidade que lhe cumpre assumir perante o público*'.
>
> *VIVEIROS DE CASTRO, em a Nova Escola Penal, 1913, 1ª parte, p. 21, com mais veemência, assim se manifesta:* '*O formalismo processual absorveu o magistrado, sugando-lhe a inteligência em seus tentáculos*

Acesso ao Sumário

de polvo. Velhos magistrados, de patriarcais barbas brancas e bojudo ventre, discutem, graves e sérios, se deve ser anulado um julgamento do Júri, decidindo finalmente pela afirmativa, porque não consta dos autos ter o oficial de justiça tocado o badalo ao abrir da sessão'.

As questões preliminares avolumam-se e crescem em uma importância de gigantes, e em vez de abordarem resolutamente a hipótese, interpretando a Lei em um sentido filosófico e liberal, deixam-se os Juízes levar por essas filigranas e rabulices que reduzem o Direito Processual a uma casuística estéril, a um amontoado de sofismas. (Comentários ao Código de Processo Penal, 3ªedição, p. 647)

Mais adiante, depois de tecer considerações sobre obra anterior (*Manual de Teoria e Prática do Processo Penal*), na qual já sustentava, em 1922, o sistema da finalidade da Lei e do prejuízo, conclui o eminente autor:

Quanto ao mais, sustentamos, com firmeza, o critério da finalidade da Lei e da ocorrência ou não de prejuízo, como o único aceitável para a decretação de nulidades; e bradamos, com energia, contra o apego ao formalismo, apego que põe à mostra uma cultura jurídica acanhada ou insuficiente, para não dizer, de uma vez, falta de cultura jurídica. (*ob. cit.*, p. 664*)*

Nota-se que o ilustre autor atacou de forma ferrenha o formalismo excessivo, isso já antes do atual Código de Processo Penal, com especial destaque, desde aquela época, ao sistema de finalidade da Lei e do prejuízo que hoje imperam em nosso ordenamento jurídico processual.

A lição de CÂMARA LEAL, como observei acima, segue a mesma linha, sem ser tão contundente:

Para que a nulidade possa ser considerada como causadora de prejuízo para acusação ou para a defesa, é necessário que o ato contrário às determinações da lei processual tenha influído na decisão da causa ou na apuração da verdade material dos fatos e de suas circunstâncias.

Se o ato praticado com preterição substancial das normas disciplinares do processo não tiver influído na apuração da verdade dos fatos, nem na decisão da causa, não se poderá dizer que tenha havido prejuízo para a acusação ou para a defesa, não sendo, portanto, de declarar-se a nulidade. (Comentários ao Código de Processo Penal Brasileiro, 1943, p. 8)

Acesso ao Sumário

É certo que da alegada nulidade nenhum prejuízo adveio a qualquer dos apelantes, uma vez que, como se verá, a prova oral demonstrou de foram inequívoca a responsabilidade criminal de cada um deles, motivo pelo qual não há que se acolhê-la para anular a r. sentença. Consigno que se assim não fosse, esposar-se-ia excesso de formalismo, o que não se coaduna com a solução ora abraçada, representada pelo princípio *pas de nullité sans grief*.

Rejeito, portanto, a preliminar.

2. Mérito.

MAURICIO DE MATTOS PIOVEZAN, VICTOR TOYOJI DE NOZAKI, CLAUDEMIR FERREIRA DUARTE, FABIANA DE SOUZA SANTOS E MARCOS BARROS foram condenados porque, no dia, hora e local indicados na denúncia, agindo em concurso de agentes, fizeram inserir declaração falsa em documento particular, com o fim de prejudicar direito, criar obrigação e alterar a verdade sobre fato juridicamente relevante.

Agindo da mesma forma, desviaram e apropriaram-se de rendas públicas em proveito próprio, na quantia de R$ 6.400,00, correspondente ao pagamento da nota fiscal nº 117, emitida por "Fabiana de Souza Santos – Produtos de Limpeza ME", conforme nota de empenho nº 12.345, da Prefeitura Municipal de Monte Alto.

Consta ainda, que deixaram de observar as formalidades pertinentes à dispensa ou inexigibilidade de licitação quando da contratação da empresa "Fabiana de Souza Santos – Produtos de Limpeza ME".

MAURÍCIO, à época Prefeito Municipal de Monte Alto, auxiliado por CLAUDEMIR, chefe de gabinete, e VICTOR, Secretário de Finanças, contataram FABIANA e MARCOS, proprietários da empresa "Fabiana de Souza Santos – Produtos de Limpeza – ME", e providenciaram o preenchimento da nota fiscal nº 117, ideologicamente falsa, emitida pela referida empresa como se tivessem prestado serviços de limpeza e dedetização de galerias pluviais às escolas da municipalidade, com a qual FABIANA compareceu ao departamento de contabilidade da Prefeitura para receber o pagamento, que foi efetivado por ordem de MAURÍCIO.

VICTOR, na condição de Secretário de Finanças, deixou de verificar a liquidação da despesa, o que lhe competia em razão do cargo, contribuindo de forma decisiva, com isso, para a efetivação do pagamento ilegal.

A denúncia imputa aos réus, também, a inobservância das formalidades atinentes à inexigibilidade e dispensa de licitação, conforme determina a Lei Federal nº 8.666/93.

Inicialmente, passo à análise do crime de responsabilidade, previsto no Decreto-lei nº 201/67:

> *Art. 1º São crimes de responsabilidade dos Prefeitos Municipal, sujeitos ao julgamento do Poder Judiciário, independentemente do pronunciamento da Câmara dos Vereadores:*
>
> ***I - apropriar-se de bens ou rendas públicas, ou desviá-los em proveito próprio ou alheio;***

E mais.

Segundo WALDO FAZZIO JÚNIOR, "*quando as ações dos agentes estão interligadas, no mesmo fato delitivo, presente a homogeneidade de*

Acesso ao Sumário

elemento subjetivo (unidade e propósito), admite-se a coautoria entre o Prefeito e terceiros (assessores ou prepostos)." (Responsabilidade Penal e Político-Administrativa de Prefeitos, Ed. Atlas, pág. 47).

Assim, embora se trate de crime próprio, nada impede a coautoria, nos termos do art. 29, do Código Penal.

Tenho, ainda, que a simples leitura do tipo penal em apreço revela tratar-se de figura penal que, para sua configuração, exige tão somente a presença de dolo genérico, não havendo previsão legal de dolo específico.

Nesse sentido:

> ***Ementa**: PENAL. PROCESSO PENAL. RECURSOS DE APELAÇÃO. PROVA PERICIAL. CERCEAMENTO DE DEFESA. INÉPCIA DA PETIÇÃO INICIAL. NÃO OCORRÊNCIA. ART. 1º, INCISO VII, DO DECRETO-LEI Nº 201/67. CRIME FORMAL. **DOLO ESPECÍFICO DESNECESSÁRIO**. ART. 1º, INCISO I, DO DECRETO-LEI Nº 201/67. MANUTENÇÃO DA SENTENÇA. APELAÇÕES DESPROVIDAS. 1. Na forma do art. 184, do Código de Processo Penal, "Salvo o caso de exame de corpo de delito, o juiz ou a autoridade policial negará a perícia requerida pelas partes, quando não for necessária ao esclarecimento da verdade", circunstância essa que faz com que possa o julgador indeferir diligências requeridas quando não forem elas necessárias ao esclarecimento da verdade, sem que configure cerceamento de defesa tal indeferimento, mormente se o julgador, com base nos elementos dos autos, demonstra de modo suficientemente fundamentado a sua desnecessidade para a elucidação dos fatos, como ocorreu no caso em comento (fl. 618). 2. Não há que falar na ocorrência* in casu *de inépcia da denúncia, uma vez que a peça inicial da ação penal descreve os fatos que se aponta como delituosos imputados ao acusado José Donizete Simão de maneira suficientemente precisa, sem que se verifique, na hipótese, a existência de eventual obstáculo ao exercício amplo de sua defesa (fls. 03/12). 3. Em relação ao delito previsto no art. 1º, inciso VII, do Decreto-Lei nº 201 /67, imputado ao ora primeiro apelante, Ricardo Antonio de Barros Correia Bravo, verifica-se que esse delito se constitui em crime formal, que se consuma pela simples omissão do agente em prestar contas, no devido tempo, ao órgão competente, da aplicação de recursos, empréstimos, subvenções ou auxílios internos ou externos, recebidos a qualquer título. Assim, quanto ao crime acima mencionado, constata-se que **esse delito se consuma com o mero descumprimento do dever de agir determinado pela norma penal, não sendo necessário, portanto, dolo específico**. 4. No que se refere à condenação dos apelantes quanto ao delito inscrito no art. 1º, inciso I, 2ª parte, do Decreto-Lei nº 201 /67, também não há que se cogitar na reforma da v. sentença apelada, sobretudo diante da assertiva do MM. Juízo Federal a quo, no sentido de "(...) que a execução da*

Acesso ao Sumário

obra, objeto do convênio, sequer foi iniciada, sendo que os valores foram integralmente repassados ao município, configurando, dessa forma, o desvio irregular de verbas públicas" *(fl. 622). 5. Sentença mantida. Apelações desprovidas. APELAÇÃO CRIMINAL Nº 0001443-62.2002.4.01.3100 (2002.31.00.001441-1)*

A materialidade do delito está comprovada pela Nota Fiscal (fls. 14), Nota de Empenho (fls. 17), Ofício da Prefeitura Municipal de Monte Alto noticiando a realização do serviço (fls. 24/25), Ofício da Prefeitura Municipal de Monte Alto informando que não foi possível identificar o local onde o serviço teria sido efetivado, uma vez que as Secretarias Municipais de Educação e de Planejamento, Obras e Infraestrutura desconheciam a prestação (fls. 28/29), Demonstrativo do Pagamento do Valor Empenhado (fls. 30), Ofícios (fls. 31 e 33/34), tudo em consonância com o restante da prova amealhada aos autos.

A autoria também é certa.

Em Juízo, MAURÍCIO, então Prefeito Municipal, disse que não estava na cidade nos dias que ocorreram os fatos, mas sim em Brasília, porém confirmou ter conversado com CLAUDEMIR sobre o serviço de desentupimento de calhas em escolas, mas não soube dizer se houve licitação com esse objetivo, pois tal providência caberia ao setor de finanças. Acrescentou ter orientado CLAUDEMIR a conversar com a Secretária de Educação para saber se havia necessidade. Acrescentou não saber se o serviço foi realizado. Afirmou que MEIRE lhe disse que o "Tedi" pediu para ela assinar a nota, mas que ela lhe pediu para conversar com ele e confirmar o que seria feito, todavia viajou e não o fez, tampouco se preocupou em fazê-lo depois (fls. 274/279).

VICTOR, Secretário Municipal de Administração e Finanças, afirmou não saber se os serviços relativos à nota fiscal nº 117 e respectivo empenho foram efetivamente prestados, bem como que não foi ele quem assinou nem autorizou o pagamento. Afirmou que CLAUDEMIR, conhecido como "Tedi", era assessor de gabinete do Prefeito e, nessa condição, buscava assinaturas em diversos documentos em cumprimento de ordens do Alcaide e, com isso, pressionando os funcionários, conseguia autorizar e agilizar pagamentos na Contabilidade. Confirmou a ilegalidade do pagamento de serviços sem a liquidação (fls. 280/292).

FABIANA DE SOUZA disse que o serviço foi de limpeza de caixa d'água e dedetização e não soube dizer em qual local foi efetivado. Afirmou que foi seu marido o responsável pela contratação e realização, enquanto ela se limitou a 'pegar' o serviço por telefone. Acrescentou que seu marido levou a nota para empenho e foi ela quem recebeu pelo trabalho prestado junto à tesouraria da Municipalidade (fls. 293/299).

MARCOS BARROS, marido de FABIANA, acrescentou que foi ele quem se dirigiu à Secretaria para oferecer o serviço de limpeza e, depois, conversou

com o Prefeito e explicou o que ocorria, oportunidade em que foi autorizado a fazer o serviço. Disse que não houve qualquer procedimento prévio à sua contratação, nem mesmo contrato escrito (fls. 300/308).

CLAUDEMIR teve decretada a revelia, uma vez que foi intimado e deixou de comparecer, sem justificar sua ausência (fls. 220).

As narrativas dos réus, além de contraditórias entre si, não encontram apoio na prova dos autos; ao contrário, são por ela infirmadas.

MEIRE APARECIDA, então Secretária da Educação, disse ter recebido um telefonema de CLAUDEMIR, chefe de gabinete do Prefeito, informando que na manhã seguinte chegaria uma nota e um empenho sobre a limpeza de galerias pluviais e que ela deveria assinar, todavia afirmou que não o faria, pois nem mesmo existem as ditas galerias nas escolas. No dia seguinte soube que o empenho foi feito e o serviço pago. Passados alguns dias conversou com o Prefeito, que disse que estava tudo resolvido. Ressaltou que enquanto Secretária jamais requisitou a execução desse serviço, que não foi feito nem poderia sê-lo, já que não há bueiros ou galerias pluviais em escolas municipais (fls. 221/226).

SUELI HYPÓLITO era Supervisora de Ensino à época e sua atividade era vinculada à parte pedagógica da rede municipal. Esclareceu que as necessidades das escolas são levantadas pela Secretaria Municipal de Educação e acompanhadas pelo respectivo Secretário. Asseverou que uma Diretora não poderia contratar diretamente um serviço (fls. 227/230).

ANTONIO APARECIDO, Secretário de Finança e Orçamento, disse que realizou pesquisas no setor e não localizou contrato algum para a prestação de serviços noticiada na denúncia, tampouco encontrou informações sobre onde supostamente teria sido realizado o serviço, somente sendo localizados a nota fiscal e o empenho para pagamento e até mesmo o termo de pagamento não continha a assinatura de funcionário que teria acompanhado a execução (fls. 231/234).

WALDIR LIMA, tesoureiro municipal, disse que estava afastado do cargo à época dos fatos, mas esclareceu que o seu departamento era encarregado de efetivar o pagamento com a exibição da nota de empenho e do cheque, já preenchidos e autorizados (fls. 235/237).

Acesso ao Sumário

MELVI DE OLIVEIRA disse não se recordar dos fatos, mas que o procedimento era receber o empenho com a nota fiscal e, com essa documentação, fazer o cheque e encaminhar para o Prefeito assinar. Asseverou que de posse da nota fiscal, com ordem do Secretário é elaborado o cheque para o Prefeito assinar e, no caso, o Secretário era VICTOR (fls. 238/241).

Da prova amealhada aos autos, conclui-se que houve indubitavelmente a apropriação de rendas públicas em proveito dos réus, uma vez que o suposto serviço não foi prestado nem poderia sê-lo, já que não há bueiros nas escolas,

não foi requisitado serviço similar pela Secretaria da Educação, não foi demonstrada a execução da obra, não foram elaborados contratos, tampouco as partes souberam esclarecer onde o trabalho teria ocorrido e qual funcionário teria fiscalizado a obra.

Nesse sentido, a prova oral é farta e clara ao demonstrar que o então Prefeito MAURÍCIO foi procurado antes dos fatos pelo empresário MARCOS BARROS, que lhe ofereceu o serviço e pelo Alcaide foi autorizado a executá-lo, sem que qualquer documento fosse formalizado. Temos ainda o depoimento de MEIRE APARECIDA, que disse ter ligado ao Prefeito e advertido que o serviço não era necessário, uma vez que nem mesmo há bueiros nas escolas, recebendo como resposta que "tudo já estava resolvido". Desta forma, resta claro que MAURÍCIO teve ciência antes e depois da "suposta contratação", uma vez que a teria autorizado, bem como o seu pagamento.

Ressalto que a prova demonstra que o serviço não foi prestado, porém houve o pagamento em favor de FABIANA DE SOUZA e MARCOS BARROS, empresários que, por óbvio, sabiam da não execução da obra. Nessa esteira, não souberam dizer onde o trabalho teria ocorrido, não exibiram contrato, tampouco indicaram quem teria fiscalizado a obra.

Os depoimentos colhidos nos autos comprovam que CLAUDEMIR, assessor de gabinete do Prefeito, incumbiu-se de pressionar os funcionários para que o pagamento indevido fosse concretizado.

Finalmente, MELVI DE OLIVEIRA asseverou que a elaboração de cheque e respectivo pagamento decorreram de ordem direta do Secretário VICTOR, não lhe socorrendo a alegação de que o assessor do Prefeito teria pressionado para a efetivação do pagamento, uma vez ser seu dever funcional assegurar-se da liquidação do serviço antes da realização do pagamento.

Ademais, a digna Defesa não provou o que alegou, tal como lhe competia, nos termos do art. 156, primeira parte, do Código de Processo Penal.

Resulta, daí, que o caso era mesmo de condenação e a r. sentença está bem fundamentada. Aliás, bastaria ter citado o art. 252, do Regimento Interno deste Tribunal de Justiça, que diz: "*Art. 252. Nos recursos em geral, o relator poderá limitar-se a ratificar os fundamentos da decisão recorrida, quando, suficientemente motivada, houver de mantê-la*".

Por outro lado, agiu com acerto o d. Magistrado "a quo" ao absolver os réus da acusação de terem infringido o disposto na ***Lei de Licitações***, uma vez que não houve contratação ou prestação de serviços, mas tão somente uma simulação para, com isso, houvesse a apropriação de valores do erário.

A questão acerca da possível consunção do crime de falsidade ideológica reside em saber se o falso foi anterior ou posterior ao recebimento dos valores indevidos. Se anterior, atuou como meio necessário para alcançar êxito no crime

Acesso ao Sumário

fim e, portanto, deve ser por ele absorvido. Se posterior, objetivava acobertar o logro e falsear a verdade sobre os fatos, sendo independente do crime anterior e, portanto, a ele subsiste.

Os fatos tratados nos autos noticiam a falsificação da nota fiscal nº 117, como se efetivamente tivesse havido a prestação de serviços de limpeza e dedetização de galerias pluviais, quando constatou-se não ter havido. Ora, sem dúvida alguma a falsificação da nota fiscal teve por objetivo a emissão do cheque e posterior pagamento do valor desviado. Nesse sentido foi o relato da funcionária MELVI, que asseverou que a simples exibição da nota fiscal acompanhada de ordem do Secretário é suficiente à emissão do cheque, posteriormente assinado pelo Prefeito.

Nesse diapasão, cite-se as oportunas considerações de WALDO FAZZIO JÚNIOR:

> "*Há que se levar em conta, na avaliação das condutas envolvendo peculato, que seu aperfeiçoamento, às vezes, pressupõe a prática de outras ilicitudes, que terminaram absorvidas. Assim, o alcaide que realiza procedimento licitatório utilizando-se de artifício fraudulento para, posteriormente, apropriar-se do numerário que seria destinado ao pagamento da obra pública, objeto do contrato firmado entre o Município e o licitante vencedor.* ***Também, a irregular dispensa de licitação pode ser crime-meio para a execução do delito contemplado no art.1º, I, do DL 201, sendo portanto absorvida por este. Por outro lado, a falsidade ideológica constitui, invariavelmente, meio para a execução do peculato. No caso, trata-se de ato anterior impunível, resolvendo-se a concorrência de normas pela consunção. Assim, no caso de Prefeito e servidores municipais que falsificam documentos, visando à apropriação indevida de dinheiro público, respondem apenas por peculato, na medida em que a falsificação constituir-se em crime-meio para a consecução do crime-fim. O crime de falsificação pode servir para encobrir o peculato, constituindo-se em crime-meio e, portanto, restando absorvido, em razão do princípio da consunção. A finalidade do Prefeito, no caso, é a apropriação do dinheiro, utilizando, para despistar, de meios enganosos e declarações falsas.***" (Ob. citada, pág. 49).

Assim, afasto as penas impostas pelo falso e mantenho as relativas ao crime de responsabilidade, na forma aplicada pelo d. Magistrado "a quo", ou seja, no mínimo legal de dois anos de reclusão no regime aberto.

Outrossim, mantenho a substituição das penas corpóreas por duas restritivas de direitos, consistentes em prestação de serviços à comunidade, por igual período, mais o pagamento de prestação pecuniária, a qual reduzo para dois salários mínimos, com destinação a ser determinada em sede de execução, além de suportarem, como penas acessórias, a perda de eventuais funções públicas

Acesso ao Sumário

e inabilitação, pelo prazo de cinco anos, para o exercício de cargo ou função pública, eletivo ou de nomeação.

Posto isso, rejeito a preliminar. Quanto ao mérito, nego provimento ao apelo ministerial e acolho parcialmente os apelos defensivos para absolver os réus da imputação de terem infringido ao disposto no art. 299 do Código Penal e, em consequência, reduzo suas penas para dois anos de reclusão, no regime inicial aberto, com substituição por duas restritivas de direitos, consistentes em prestação de serviços à comunidade, por igual período, mais o pagamento de prestação pecuniária de dois salários mínimos, com destinação a ser determinada em sede de execução, mantida, no mais, a r. sentença condenatória, inclusive quanto à perda de funções e cargos públicos e inabilitação, pelo prazo de cinco anos, para o exercício de cargo ou função pública, eletivo ou de nomeação.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0027277-71.2012.8.26.0001, da Comarca de São Paulo, em que é apelante EDVANDO MARÇAL DE BARROS, é apelado MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em 8ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "ACOLHERAM A PRELIMINAR e DERAM PROVIMENTO ao recurso defensivo para, com fulcro no artigo 593, III, 'a' do Código de Processo Penal, anular o julgamento realizado, submetendo-se o apelante a novo júri. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 8492)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores LOURI BARBIERO (Presidente) e MARCO ANTÔNIO COGAN.

São Paulo, 23 de outubro de 2014.

LAURO MENS DE MELLO, Relator

Ementa: PRELIMINAR – NULIDADE – jurados que absolveram o acusado pelo quesito genérico, mesmo tendo reconhecido materialidade e autoria – possibilidade – quesito que permite a absolvição por qualquer critério ainda que não aventado no Plenário – consequência do sistema da íntima convicção adotada no Tribunal do Júri – inexistência de contradição – não aplicação do artigo 490 do Código de Processo

Acesso ao Sumário

Penal – anulado julgamento para submeter o apelante a novo júri.

VOTO

Ao relatório da r. sentença[1], proferida pelo Dr. Alexandre Andreta dos Santos[2], que ora se adota, acrescenta-se que o apelante foi condenado como incurso no artigo 121, § 2º, II e IV c.c. artigo 29, *caput*, ambos do Código Penal[3], à pena de 13 anos de reclusão, em regime inicial fechado.

O réu apelou[4] alegando preliminarmente nulidade por terem os jurados alterado o veredicto após intervenção do membro do Ministério Público na sala especial, pois anteriormente tinham lhe absolvido. No mérito alegou ser a decisão dos jurados manifestamente contrária à prova dos autos e, subsidiariamente, o afastamento das qualificadoras relacionadas ao motivo fútil e à surpresa e a fixação de regime inicial mais brando.

Apresentadas contrarrazões[5].

A douta Procuradoria Geral de Justiça opinou[6] pelo provimento ao recurso para anular o júri e submeter o réu a novo julgamento, mas com fulcro na alínea "c" do inciso III do artigo 593 do Código de Processo Penal.

É o relatório.

A nulidade pleiteada pela defesa merece guarida.

Os jurados, em reunião na sala especial, votaram os quesitos, sendo que, de tal votação, decorreu inicialmente a absolvição do apelante quando da análise do quesito disposto no artigo 483, III do Código de Processo Penal. Contra tal veredicto o membro do Ministério Público se insurgiu[7], dizendo ter havido contradição, já que seria incongruente reconhecer materialidade e autoria e, ao final, absolver o acusado de maneira genérica, vez que a única tese defensiva teria sido a de negativa de autoria.

Ocorre que após a intervenção do Ministério Público os jurados mudaram o veredicto e condenaram o réu.

Observa-se que inicialmente em que pese os jurados terem entendido que o réu era o autor dos disparos, resolveram absolvê-lo mesmo assim. Não há qualquer contradição e não se aplica ao caso o artigo 490 do Código de Processo

1 Folhas 538.

2 2ª Vara do Júri da Comarca de São Paulo.

3 Fato ocorrido em 13/03/2010.

4 Folhas 551.

5 Folhas 580.

6 Folhas 591.

7 Folhas 544.

Acesso ao Sumário

Penal, conforme alegado. A absolvição resultante do critério genérico não se contradiz com a afirmação da autoria, pois ainda que reconhecida a autoria, a absolvição pode se dar por outros infinitos motivos, ainda que não suscitados.

Tem-se que a inovação trazida pela Lei nº 11.689/2008 concentrou em uma única indagação todas as teses levantadas pela defesa, ou seja, teses principais e subsidiárias, além de qualquer motivo de foro íntimo que o jurado leve em conta, quaisquer que conduzam à absolvição do réu serão concentradas em um único quesito, nos termos do artigo 483, III, do Código de Processo Penal.

Dessa forma, o juiz presidente deve indagar apenas se o jurado absolve o acusado, sendo que a reposta afirmativa leva à absolvição e a negativa, à condenação. Porém, a razão pela qual os jurados absolveram o réu é irrelevante, uma vez que podem ter acolhido qualquer das teses defensivas apresentadas – principais ou subsidiárias – ou ainda podem ter optado por absolver ou réu por qualquer outro motivo, ainda que não alegado em Plenário.

Tal é a interpretação que decorre do sistema de íntima convicção adotado no Tribunal do Júri.

Portanto, sendo o Conselho de Sentença soberano em seu veredicto, não cabe ao juízo *ad quem* adentrar no mérito da solução de absolvição.

Nesse sentido, explica GUILHERME DE SOUZA NUCCI[8] que "*a razão pela qual os jurados absolveram o réu, se for positiva a reposta, torna-se imponderável. É possível que tenham acolhido a tese principal da defesa (por exemplo, a legítima defesa), mas também se torna viável que tenham preferido a subsidiária (por exemplo, a legítima defesa putativa). Pode ocorrer, ainda, que o conselho de sentença tenha resolvido absolver por pura clemência, sem apego a qualquer das teses defensivas. Em suma, da maneira como o quesito será encaminhado aos jurados, serão eles, realmente soberanos para dar o veredicto, sem que os juízes e tribunais togados devam imiscuir-se no mérito da solução de absolvição*".

Assim já decidiu o Superior Tribunal de Justiça.

"*Os jurados são livres para absolver o acusado, ainda que reconhecida a autoria e a materialidade do crime, e tenha o defensor sustentado tese única de negativa de autoria*"[9].

Em sede de julgamentos pelo Tribunal do Júri adota-se o princípio constitucional da soberania dos veredictos, nos termos do artigo 5º, XXXVIII, *c*, da Constituição Federal.

Como afirma UADI LAMMÊGO BULOS[10] "*não foi sem razão que o constituinte incluiu a soberania dos veredictos no catálogo das liberdades públicas da Constituição". Nem sempre julgamentos provenientes de juízes togados*

8 *Código de Processo Penal Comentado* – 11ª ed. – Ed. Revista dos Tribunais – 2012, p. 454.

9 STJ – HC 206008/SP – rel. Ministro Marco Aurélio Bellizze – j. 18/04/2013.

10 *Constituição Federal Anotada* – São Paulo: Saraiva – 1ª ed. 2000 – p. 199.

Acesso ao Sumário

conseguem auscultar as transformações do fato social cambiante. Elegendo-se pessoas leigas para decidirem a respeito dos problemas relacionados ao jus libertatis é garantir o sentimento do povo, porque o formalismo da lei nem sempre acompanha o fato e a vontade popular. Quantas vezes o legislador emite comandos normativos gerais e abstratos divorciados da realidade fática? Erigindo-se a soberania dos veredictos ao patamar constitucional, o tribunal leigo poderá considerar e sopesar critérios não auferidos pela lei. Daí a sua justificação".

Deste modo, é de se reconhecer a nulidade pleiteada pela defesa, com fulcro no artigo 593, III, "*a*" do Código de Processo Penal.

Ante o exposto, **ACOLHO A PRELIMINAR** e **DOU PROVIMENTO** ao recurso defensivo para, com fulcro no artigo 593, III, "*a*" do Código de Processo Penal, anular o julgamento realizado, submetendo-se o apelante a novo júri.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0005320-82.2009.8.26.0271, da Comarca de Itapevi, em que são apelantes K.M.F., D.M.S., C.L.S. e M.J.C., 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 aos recursos. V.U. Sustentou oralmente o I. Defensor, Dr. Ahmad Lakis Neto e, usou da palavra, a Exma. Procuradora de Justiça, Dra. Sandra Jardim.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 23.221)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores EUVALDO CHAIB (Presidente sem voto), WILLIAN CAMPOS e EDISON BRANDÃO.

São Paulo, 21 de outubro de 2014.

IVAN SARTORI, Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: Apelação – Extorsão mediante sequestro – Autoria e materialidade bem comprovadas – Palavras coerentes e uniformes das vítimas e testemunhas – Desclassificação para favorecimento real pretendida por um dos acusados – Descabimento – Conduta decisiva para o êxito da empreitada ilícita – Penas e regime bem fixados – Substituição por restritiva de

direitos descabida – Inteligência do art. 44, I, do CP – Taxa judiciária devida, em não sendo beneficiária da assistência judiciária a ré inconformada com a exigência – Recursos desprovidos.

VOTO

Ação penal em que incursos os réus K.M.F., O.S.L., vulgo "S.", C.L.S., vulgo "G." ou "A.", e W.S., vulgo "P." ou "G." (falecido após os fatos), no art. 159, § 1º, do Código Penal.

Diante de novos elementos apresentados pela Polícia Civil, a denúncia foi aditada para a inclusão de D.M.S. e M.J.C., como coautores da prática delitiva (fls. 474/8).

A r. sentença é de procedência parcial, impostas as pena de: a) 11 anos e 08 meses de reclusão às rés K. e D.; b) 14 anos de reclusão ao réu C.; e c) 16 anos e 04 meses de reclusão ao corréu M.. Para todos, foi fixado o regime inicial fechado. Já O. foi absolvido, com fulcro no art. 386, VII, do CPP. À exceção de M., todos os demais foram condenados ao pagamento da taxa judiciária no valor de 100 UFESPS. Foi fixada a indenização de R$ 70.000,00, em favor da vítima.

Recorrem os condenados, buscando, todos, a absolvição por fragilidade do conjunto probatório e, ainda: a) D., quer o afastamento da condenação ao pagamento da taxa judiciária; b) M. e C., a redução da reprimenda e regime mais brando, pugnando o último, também, pela desclassificação da sua conduta para a do art. 349 do CP (favorecimento real) e substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.

A Procuradoria de Justiça é pelo desprovimento (fls. 1.299/1.306).

Recursos bem processados.

É o relatório, adotado, no mais, o de primeiro grau.

A teor da portaria inaugural (fl. 02), do b.o. de fls. 03/7 e 167/70 e dos laudos de exame de arma (fls. 324/7), necroscópico do réu W. (fls. 331/2 e 549), dos celulares (fls. 361/4) e de veículo (fls. 333/4 e 373/6), os acusados foram denunciados por terem praticado extorsão mediante o sequestro da vítima J.A.S.M., mantida em cativeiro por vinte e três dias.

É dos autos que o ofendido se encontrava trabalhando no estabelecimento comercial da família, quando foi surpreendido e rendido pelos acusados W. (falecido) e M., em concurso com um outro indivíduo não identificado, os quais, com o emprego de arma, ordenaram que J. os acompanhasse. Ele foi colocado no interior de um veículo Celta prata e, na sequência, conduzido a um primeiro cativeiro, onde permaneceu por aproximadamente quatro dias, sendo ali vigiado por W., D e K., estas concubina e companheira do primeiro, respectivamente.

Acesso ao Sumário

Tão logo arrebatada a vítima, os sequestradores mantiveram contato com a família, exigindo, inicialmente, a quantia de R$ 200.000,00, a título de resgate.

Acionada a polícia, apurou-se, no curso das investigações, que as negociações seguiam por meio dos telefones (...) e (...), pertencentes aos réus K. e C., respectivamente.

Passados quatro dias do sequestro, o ofendido foi levado a um segundo cativeiro, ali permanecendo por mais dezenove dias. Finda a negociação, chegou-se ao valor de R$ 70.000,00, que foi entregue no local combinado, sendo o sequestrado, finalmente, libertado.

Pelo monitoramento das linhas utilizadas pelos sequestradores, a polícia chegou a W., que se constatou ser o mentor do crime. Ele foi localizado, mas acabou falecendo na fuga, diante da troca de tiros com agentes da lei. Na oportunidade, foram detidos C., O. e K.. Estes, segundo apurado, teriam ido ao local para dar fuga ao investigado.

Nas oportunidades em que ouvidos, todos os envolvidos negaram a prática delitiva (fls. 190/1 e 237/9, 244/6, 912/7 e 922/3). D. e K. chegaram a declarar que teriam visto J.A. na companhia de W.. Disseram, que ele o teria apresentado como sendo amigo seu, afirmando ambas que, em nenhum momento, desconfiaram que se tratava de um sequestro (fls. 192/4, 230/3, 450/3, 643/6, 919/21 e 925/8).

Contudo, essas negativas restaram isoladas nos autos.

No pretório, a prova administrativa foi toda roborada, advindo firme reconhecimento, pela vítima J.A., dos réus M., D. e K. (fls. 08/10, 98/102, 178/9, 185/9, 685/96).

Narrou o sequestrado que, no dia dos fatos, foi arrebatado por três indivíduos: W., depois falecido, M. e um outro, que não conseguiu identificar. Foi levado a um primeiro cativeiro, onde era vigiado por W., que conheceu como "G." ou "P.", e mais duas ou três mulheres, que lhe traziam alimentos. Nas conversas entre eles, ouvia os nomes de D. e K. Disse que, depois de um tempo, foi levado a um outro imóvel, ali permanecendo por mais alguns dias, onde também viu a ré K.. No último dia, viu "G." acompanhado de uns dez homens, que até então desconhecia. Eles conversavam entre si e um deles, o tempo todo, estava no telefone. Foi colocado em um carro, que lhe pareceu ser um Golf amarelo, e levado para uma rodovia, onde viu o automóvel de seu tio parado. Na sequência, foi libertado (fls. 98/102, 178/9 e 685/6).

Acesso ao Sumário

O envolvimento do réu C. se extrai dos firmes e coesos depoimentos dos policiais civis, responsáveis pelas investigações e interceptações telefônicas. R.A.A., C.A.S. e J.A.V. afirmaram que o celular desse réu foi utilizado tanto para a extorsão, quanto para contato com o falecido "G.", no dia do resgate.

O investigador C., narrou que participou do monitoramento telefônico

das linhas utilizadas para contato com os parentes da vítima, trabalho que, além do envolvimento das rés D. e K., revelou que o increpado C., conhecido como "A." ou "G.", se comprometeu a ajudar o mentor do crime (W.), no recebimento do dinheiro do resgate. De início, C. ficou de contratar um motoqueiro, que, todavia, não teria aceitado a empreitada, ficando ele mesmo responsável pelo "serviço" (fls. 188/9 e 690/2).

A testemunha J.A.V., que também participou das interceptações enquanto no cativeiro a vítima, confirmou que, no dia do pagamento do resgate, o falecido W. conversava, de forma simultânea e em linhas distintas, com o familiar da vítima e o increpado C., cujo telefone foi utilizado tanto para a extorsão, quanto para contato com "G.", no exaurimento do crime (fls. 695/6).

R.A.A. participou da prisão dos envolvidos. Disse que, ao azo, o monitoramento telefônico apontou que W. estava em uma agência de automóveis, de onde seria resgatado por dois veículos. Complementou que ele fugiu de um cerco no dia anterior e que, além de C. e K., o denunciado O.S.L., vulgo "S.", também foi detido, quando tentava dar fuga ao falecido, sendo ele o dono do Golf utilizado quando libertada a vítima. Afirmou que, em poder de C., foi encontrado um dos celulares utilizados durante o sequestro (fls. 185/6 e 693/4).

Já as testemunhas de defesa nada acrescentaram para esclarecer a imputação, limitando-se a referências pessoais quanto aos acusados C. e O. (fls. 785/97).

Cediço que, em crimes que tais, a palavra da vítima assume máxima relevância, sobretudo quando é coerente e harmônica com os demais elementos probatórios, como na espécie, ausente interesse seu em increpar, graciosamente, os acionados.

No respeitante:

"Nada há nos autos a indicar que a vítima tivesse qualquer razão ou motivo lógico para atribuir falsamente ao réu a autoria dos fatos. A palavra da vítima, no caso, assume papel preponderante e goza da presunção da veracidade, assumindo especial relevância no deslinde da controvérsia, merecendo total crédito, não sendo crível que alguém incrimine inocente que não conhece e sem motivos, daí porque os seus relatos merecem todo o crédito, porque não teriam elas qualquer proveito em mentir. Conforme sabido, a palavra da vítima tem relevo especial em delitos contra o patrimônio." (Apelação Criminal, nº 0007991-78.2002.8.26.0609, Rel. Des. Paulo Rossi, j. 26/03/14);

"Narra a denúncia que no dia 17 de outubro de 2011, por volta das 22 horas, na Avenida Morumbi, em São Paulo, o acusado mediante grave ameaça e violenta física, subtraiu a bolsa de propriedade de S.L.C. (...). No tocante a validade do depoimento da vítima, insta acentuar que, em

Acesso ao Sumário

delitos desta natureza, as palavras das vítimas tem forte peso, até porque raramente pessoas que não estão diretamente envolvidas presenciam o ocorrido, geralmente praticado na clandestinidade. É o entendimento nas Cortes Paulistas, 'quando a palavra do agente passivo é harmônica, na Polícia e em Juízo, e se traduz no reconhecimento dos acusados como praticantes do roubo, é forçoso convir pela existência de prova mais que suficiente à condenação, pois a vítima não tem motivo para incriminar gratuitamente alguém que, até então, não conhecia' (RJTacrim 31/79). (...). Descabido o pleito de desclassificação para o crime de furto, uma vez que a subtração ocorreu com violência e grave ameaça, tendo a própria vítima narrado que o acusado puxou sua bolsa com força e a ameaçou de morte caso não entregasse o bem." (Apelação Criminal nº 0090617-70.2011.8.26.0050, Rel. Des. Camilo Léllis, j. 27.03.14).

Vale o mesmo para os agentes policiais, que não eram conhecidos dos acusados, razão pela qual inexistem motivos para que os incriminassem a esmo, gizado que prestaram compromisso, como qualquer testemunha.

Nesse sentir, a jurisprudência desta Casa de Justiça, retratada no julgado que segue:

"APELAÇÃO CRIMINAL – Condenação pelo crime de sequestro e cárcere privado – Recurso da Defesa – Pretende a absolvição por insuficiência de provas – Inadmissibilidade – Materialidade e autoria comprovada. PROVA – DEPOIMENTOS POLICIAIS – IDONEIDADE – RECONHECIMENTO. Idônea a prova testemunhal colhida, constituída dos depoimentos de policiais que atuaram na diligência (...) em relação às declarações dos policiais, consigno não vislumbrar qualquer indício de que eles tivessem interesse em acusar gratuitamente e de maneira falsa o réu. Além do que, não há nos autos quaisquer elementos que indiquem perseguição policial, valendo lembrar, a propósito, que os agentes de segurança, funcionários públicos que são, gozam de fé pública e seus depoimentos devem ser aceitos como verdadeiros, máxime quando encontram eco nos demais elementos trazidos para o bojo do processo. Os policiais não estão proibidos de depor sobre atos de ofício, nos processos de cuja fase extrajudicial tenham participado no exercício de suas funções. Assim, o fato de serem as testemunhas funcionários da Polícia não basta, por si só, para afastar a credibilidade de seus depoimentos, sendo, inclusive, desnecessária a ratificação de suas alegações por testemunha civil (...)." (Apelação Criminal, nº 0042896-59.2010.8.26.0050, 2ª Câmara de Direito Criminal, Rel. Des. Paulo Rossi, j. 05.12.11).

Inafastáveis, pois, as condenações, diante desse quadro probante, anotado que o denunciado O. foi absolvido, com o que se conformou a acusação.

Acesso ao Sumário

E não merece guarida o pedido do réu C., de desclassificação de sua conduta para simples favorecimento real, uma vez que teve ele relevante participação no delito, consumado e exaurido, tanto que não recuperados os R$ 70.000,00 exigidos para a libertação da vítima.

Segundo apurado, C. foi fundamental na obtenção do dinheiro do resgate.

Realmente, além da extorsão realizada por meio de celular seu, junto aos familiares da vítima, manteve constante contato com o réu W. no dia do resgate, tudo ocorrendo enquanto ainda mantida a vítima no cativeiro.

Cristalina, pois, sua participação no delito, decisiva que foi sua conduta para o sucesso da empreitada ilícita.

Passa-se ao exame da dosimetria das penas.

As bases foram exasperadas em 1/4, em razão das gravíssimas consequências do delito para a vítima, que ficou privada de sua liberdade por 23 dias, e para a família, que teve o dispêndio de R$ 70.000,00, com o resgate, sem contar o profundo desgaste emocional.

Resultaram daí 14 anos de reclusão.

Ao depois, no tocante às rés K. e D., a reprimenda foi reduzida de 1/6, devido à menoridade de ambas, chegando-se a 11 anos e 08 meses de reclusão, para cada uma delas.

Ainda na segunda fase, presente a agravante da reincidência quanto ao réu M. (fl. 1.014), a base foi exasperada em 1/6, totalizando 16 anos e 04 meses de reclusão.

Já para C., a base tornou-se definitiva, à míngua de circunstâncias a incidirem sobre o cálculo, ficando sua sanção em 14 anos de reclusão.

Outrossim, acertado o regime prisional inicial fechado, em função da extensão das penas (art. 33, § 2º, "a", do CP).

E, ainda que assim não fosse, inconcussas a periculosidade e personalidades distorcidas dos acusados, privada que foi a liberdade da vítima por vinte e três dias. São indivíduos frios, cruéis, sem o mínimo respeito pelo ser humano e a lei. Manifesto o risco à incolumidade pública.

Nesse contexto, patente a inviabilidade da substituição da privativa de liberdade por restritiva de direitos, ausentes, inclusive, os requisitos do art. 44, I, do Código Penal.

Por fim, a condenação ao pagamento da taxa judiciária era mesmo de rigor, a teor da Lei nº 11.608/03 (art. 4º, § 9º, "a"), em não se cuidando de réus beneficiários da justiça gratuita.

Saliente-se que, no curso do processo, a ré D., quem se insurge contra o encargo, se fez representar por advogado constituído, não havendo nenhum indicativo de sua hipossuficiência econômica.

Acesso ao Sumário

Em suma: mantém-se o opimo édito monocrático, encampada sua motivação (art. 252 RITJ).

Nega-se provimento.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0014059-62.2010.8.26.0286, da Comarca de Itu, em que são apelantes D.S., J.C.S., M.B.A., A.P.P., D.C.D. e A.A.S.S., é apelado MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em 8ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento aos recursos. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 3097)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores LOURI BARBIERO (Presidente sem voto), ALCIDES MALOSSI JUNIOR e MARCO ANTÔNIO COGANº

São Paulo, 23 de outubro de 2014.

GRASSI NETO, Relator

Ementa: Associação para o tráfico – Conjunto probatório desfavorável aos réus alicerçado em interceptações telefônicas e em depoimentos policiais verossímeis demonstrando a união estável e duradoura entre os acusados para a prática de tráfico – Descabimento da causa de redução prevista no § 4º do art. 33 da Lei nº 11.343/06.

É de rigor a condenação, tanto pelo crime de associação para o tráfico, descrito no art. 35 da Lei nº 11.343/2006, sempre que o conjunto probatório, alicerçado em interceptações telefônicas e em depoimentos policiais verossímeis, demonstre de modo efetivo, a união estável e duradoura entre os acusados voltada para a prática do tráfico de entorpecentes. Em tal situação é, ainda, incabível a incidência da causa de redução prevista no § 4º do art. 33 do mesmo diploma legal, por incompatibilidade lógica, uma vez que a associação para o tráfico denota, com efeito, o

Acesso ao Sumário

envolvimento do agente com atividades criminosas e a integração de organização criminosa, aspectos que afastam a incidência da referida causa especial de diminuição de pena.

VOTO

Vistos,

Pela r. sentença de fls. 1904/1933, prolatada pela MMª. Juíza Andrea Ribeiro Borges, cujo relatório ora se adota, **D.S., J.C.S., M.B.A., A.P.P., D.C.D. e A.A.S.S.** foram condenados como incursos no art. 35, *caput*, combinado com o art. 40, VI, ambos da Lei nº 11.343/2006, em regime inicial fechado, exceção feita ao apelante D., beneficiado com o regime inicial semiaberto, com as seguintes penas: D., às penas de 03 anos e 06 meses de reclusão e de 816 dias-multa; J.C., às penas de 11 anos e 08 meses de reclusão, e de 1.400 dias-multa; M.B., às penas de 05 anos, 05 meses e 10 dias de reclusão, e de 1.269 dias-multa; A.P., às penas de 07 anos de reclusão, e de 1.633 dias-multa; D.C., às penas de 03 anos e 06 meses de reclusão, e de 817 dias-multa e; A.A., às penas de 04 anos e 01 mês de reclusão, e de 816 dias-multa.

Considerada a situação econômica dos réus, o dia-multa para cada qual foi estabelecido à razão de um trigésimo do maior salário mínimo vigente à época dos fatos.

O corréu J.W., por sua vez, também foi condenado como incurso no art. 35, combinado com o art. 40, VI, ambos da referida lei, às penas de 01 ano e 09 meses de reclusão, em regime inicial semiaberto, e de 408 dias-multa, à razão de 1/30 do maior salário mínimo vigente à época dos fatos. Pelo cumprimento da pena privativa de liberdade foi, então, julgada extinta (fls. 2120).

Consoante consta da exordial acusatória, os ora apelantes D.S, J.C.S., M.B.A., A.P.P., D. C.D., A.A.S.S., os corréus J.W.S.O., M.A.M., S.R.S. e os menores B.F.M.T. e G.A.M.T. teriam se associado para fins de tráfico de substâncias estupefacientes.

Consta, ainda, que por intermédio de diligências e interceptações telefônicas (autorizadas judicialmente - fls. 48, 82/83, 91/92) realizadas pela Polícia Civil, teria sido constatada a aludida união entre os sentenciados para o fim de praticar o tráfico de entorpecentes (cf. procedimento de interceptação telefônica, com as respectivas transcrições, em apenso).

Os autos foram desmembrados com relação aos acusados M.A.M. e S.R.S. (fls. 1428) e foram instaurados incidentes de verificação de dependência toxicológica em relação aos apelantes D., J.C. e o corréu J..

Inconformados, apelaram os réus em busca da absolvição, por insuficiência probatória.

Acesso ao Sumário

O apelante J.C. requer, primeiramente, a nulidade da prova de interceptação telefônica, por ser ilícita, uma vez que, foi realizada além de prazo fixado pelo Juízo. Subsidiariamente pugna: a) pela aplicação do redutor de pena previsto no § 4º do art. 33 da Lei nº 11.343/2006, em razão de sua semi-imputabilidade, conforme atestado pelo laudo pericial de dependência química toxicológica de fls. 21/23 (apensado ao 2º volume dos autos) e; b) pela reforma da sentença, aplicando-se tratamento ambulatorial pelo período de 01 ano em clínicas ou estabelecimentos especializados, e, virtude de sua dependência química.

O réu D., por seu turno, requer, subsidiariamente, o afastamento da causa de aumento prevista no art. 40, VI, da Lei nº 11.343/2006.

O corréu A. aduz que a prova de interceptação telefônica não traz aos autos elemento de convicção capaz de embasar decreto condenatório. Subsidiariamente, pugna pela redução da pena corporal fixada, eis que exacerbada.

Processados e contra-arrazoados os recursos, a Douta Procuradoria Geral de Justiça manifestou-se pelo desprovimento dos apelos.

É o Relatório.

Primeiramente, insta observar que, diferentemente do alegado pela Defesa, o apelante M. foi denunciado e processado nos presentes autos tão somente pelo crime de associação ao tráfico de entorpecentes.

As preliminares suscitadas quanto à interceptação telefônica são insubsistentes.

No que tange à alegação de ilicitude da prova quanto à interceptação telefônica, eis que esta teria sido realizada fora do prazo fixado pelo Juízo (15 dias), o argumento não se sustenta. Embora o art. 5º da Lei nº 9.296/96 preveja o prazo de 15 dias, prorrogável por igual período, para a interceptação telefônica, a jurisprudência é pacífica no sentido da possibilidade de outras prorrogações, desde que seja justificada a necessidade de período maior de sua duração em decorrência das investigações. Tal fato efetivamente ocorreu, conforme se verifica de fls. 48, 82/83 e 91/92.

Acesso ao Sumário

Pondere-se, ainda, que às fls. 114, manifestou-se o representante do Ministério Público contrário à nova deflagração de interceptação telefônica, o que foi deferido pela i. Magistrada (fls. 114 e 115, respectivamente).

Não concebe, portanto, a alegação de nulidade da prova colhida.

No mérito, nenhum dos recursos merece prosperar.

Não há que se cogitar de absolvição, uma vez que a condenação dos acusados foi bem decretada e veio embasada em prova firme e suficiente.

Dúvidas inexistem quanto à realização do tipo previsto no art. 35 da Lei nº 11.343/2006.

A i. Magistrada sentenciante, na esteira de entendimento adotado por

parte da Jurisprudência, observou que o crime do art. 35 da lei de entorpecentes não exigiria, por se cuidar de crime autônomo, sequer prova material para sua caracterização. Não se exigiria, assim, à sua tipificação que houvesse apreensão de material entorpecente ou de outros objetos relacionados ao tráfico de substâncias ilícitas. No caso em apreço (fls. 1908 e 1909), contudo, a prova é ainda mais robusta, na medida em que teria havido, inclusive, a efetiva apreensão de entorpecentes (504,9 gramas de cocaína - itens 1, 2, 3, 4, 5, 6, 7, 8 e 9 - fls. 881), sendo que nos itens 1, 2, 6, 7, 8 e 9 (fls. 881), trata-se do entorpecente a base de cocaína em forma de *crack*, e 2,9 gramas peso líquido de maconha (itens 10 e 11 - fls. 881), conforme laudo pericial de exame químico toxicológico de fls. 878/885.

Ouvidos em Juízo sob o crivo do contraditório, os apelantes J., M., D., A. e D. (fls. 1447, 1529, 1512 e 1490, respectivamente) negaram enfaticamente os fatos que lhes foram atribuídos, exceção feita, ao sentenciado A. que permaneceu em silêncio (fls. 1531).

Observe-se que, independentemente dos elementos de convicção obtidos junto aos próprios acusados, o teor das declarações prestadas pelos agentes públicos, por si só, já os desfavorece. Foram ouvidos os policiais que participaram da operação, que confirmaram terem apurado, por intermédio de interceptações telefônicas, a associação estabelecida pelos réus visando à prática do crime de tráfico, sendo que esta tinha, à evidência, caráter permanente. A versão ofertada pelos sentenciados a esse respeito restou, portanto, isolada no conjunto de elementos contidos nos autos.

A Delegada de Polícia M. (fls. 1655), ao ser ouvida em declarações, teria confirmado o envolvimento dos acusados com o tráfico de substâncias estupefacientes e sua associação ao tráfico, relatando em detalhes a forma da atuação de cada um dos envolvidos.

O investigador de polícia M. (fls. 1665/1673), por sua vez, esclareceu ter sido o principal responsável pelas investigações, tendo o teor de suas declarações corroborado o depoimento da testemunha M..

A tentativa da Defesa em desqualificar o testemunho dos policiais civis para afastar a responsabilidade criminal dos acusados simplesmente não se sustenta.

Não se concebe, outrossim, a alegação que o depoimento do policial M. seria "fruto de árvore envenenada" ou, ainda, a alegação de "denúncias" de torturas e de todo tipo de desvio de conduta do referido policial.

Pondere-se, primeiramente, que eventuais erros cometidos pelo agente policial, tanto na esfera administrativa, quanto na criminal, devem ser devidamente apurados e, se for o caso, severamente apenados. Nada existe de concreto nos autos, porém, contra o policial em questão. Trata-se, assim, de

Acesso ao Sumário

matéria distinta, que não deve influenciar ou mudar o foco do ora tratado na presente ação penal.

Relembre-se, outrossim, que, como qualquer elemento de prova, o testemunho prestado por agente público é submetido ao crivo do contraditório judicial e deve ser apreciado pelo Magistrado com a cautela dispensada às demais provas constantes no processo, para que, com base em todo o conjunto, possa formar sua convicção e fundamentadamente expor as razões de sua decisão.

Os depoimentos das testemunhas são perfeitamente válidos, e não há qualquer razão aparente ou concreta que justifique a versão de que buscariam incriminar injustamente os apelantes. Não havendo, assim, prova irrefutável que invalide o aludido depoimento, dirimida está a questão.

No que concerne ao valor dos depoimentos prestados pelos policiais, os tribunais têm deixado assente serem inadmissíveis quaisquer análises preconceituosas.

A esse respeito, confira-se:

"A simples condição de policial não torna a testemunha impedida ou suspeita" (S.T.F., RTJ 68/54).

"Preconceituosa é a alegação de que o depoimento de Policiais é sempre parcial, vez que, não estando eles impedidos de depor, o valor probante de suas palavras não pode ser sumariamente desprezado, máxime quando estas se harmonizam com os demais elementos colhidos no processo e nada indique que tivessem eles a intenção de prejudicar inocentes." (RJDTACRIM 18/80 - Rel. GONZAGA FRANCESCHINI).

A Jurisprudência tem, assim, se inclinado no sentido de que, não havendo fundado motivo que recomende seja a palavra do policial considerada com reservas, suas declarações deverão revestir-se de presunção de veracidade e de legitimidade, que é inerente aos atos administrativos em geral.

Diferentemente do alegado pela combativa Defesa do sentenciado J.C., a testemunha protegida "PA" afirmou em Juízo que não teria se sentido pressionada prestando depoimento perante a autoridade policial, e que não teria sofrido qualquer tipo de coação no interior da Delegacia de Polícia (fls. 1602/1604). A depoente esclareceu, ainda, que na condição de usuária de entorpecentes e moradora próxima ao local dos fatos, teria observado diversas atividades que evidenciariam o tráfico de substâncias estupefacientes e associação ao tráfico pelo apelante J.C. também conhecido pela alcunha "P.", do interior do presídio e de seus familiares (fls. 1910).

Acesso ao Sumário

Completando a prova, temos ainda as interceptações telefônicas, que foram judicialmente autorizadas (fls. 48, 82/83, 91/92 e cf. procedimento de interceptação telefônica em apenso), com a finalidade de servir à investigação criminal ou à instrução processual penal, comprovando que apelantes se auxiliavam mutuamente, obtendo, assim, a substância ilícita.

No que tange à alegação da combativa Defesa do corréu A., quanto a ele não saber conduzir veículo automotor, cabia ao próprio acusado o ônus de indicar elementos de prova que poderiam confirmar sua boa-fé. Não o fez.

Analisando-se o conjunto probatório dos autos, conclui-se no sentido da presença de fartos elementos de convicção confirmando a existência de vínculo associativo e estável entre os apelantes, tendo a r. sentença analisado toda a prova oral produzida com acuidade.

Em que pese o esforço do i. Patrono do apelante D., não se cogita tampouco do afastamento da causa de aumento prevista no art. 40, VI, da Lei de Entorpecentes.

Consta, igualmente, dos autos (cf. exordial acusatória) a informação no sentido de que a associação ao tráfico de entorpecentes estaria sendo realizada envolvendo ou visando a atingir criança ou adolescente, de tal sorte a ser imperioso o reconhecimento da causa de aumento de pena prevista no art. 40, VI, da Lei nº 11.343/06.

Não se concebe, outrossim, a aplicação do redutor de pena previsto no art. 33, § 4º, da citada lei, como requer o Patrono do recorrente J.C., em virtude de sua semi-imputabilidade (laudo pericial de dependência química toxicológica de fls. 21/23, do apenso).

A presença de elementos confirmando a existência de vínculo associativo e estável entre os apelantes, reconhecendo-se, assim, o crime de associação, é incompatível com a redução da pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/2006, na medida em que comprovam a dedicação dos acusados à atividade criminosa. Entendimento diverso, além disso, impediria a pena de alcançar seus objetivos, a saber: prevenção e reprovação do delito.

Pondere-se, ainda, que a questão da semi-imputabilidade do corréu J. foi dirimida tanto na r. sentença (fls. 1904/1933), como em sede de embargos de declaração (fls. 2016/2017):

> "Ao tempo da ação, não era o periciando inteiramente incapaz de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com tal entendimento. Ao final, concluíram os peritos, que a dependência psíquica do acusado não era em grau suficiente a afetar sua vontade ou determinação".

Se assim não fosse, o Juiz de Primeira Instância, o teria absolvido impropriamente, com fundamento no art. 386, parágrafo único, III, do CPP, aplicando-lhe a medida de segurança.

Quanto ao pleito subsidiário do i. Causídico, no sentido de ser concedido ao acusado J.C. tratamento em clínica especializada para dependentes químicos, não há como este ser agasalhado, uma vez que aludida pretensão carece de embasamento legal.

Acesso ao Sumário

As penas de todos os réus, criteriosamente dosadas e fundamentadas em perfeita consonância com o sistema trifásico de aplicação da pena, não comportam qualquer reparo.

A Magistrada *a quo*, estando atenta ao quanto disposto no art. 59 do CP, fixou as penas para cada um dos acusados, de acordo com seus antecedentes:

Com relação a A.P., na primeira fase, fixou-se a pena-base acima do mínimo legal, em 06 anos de reclusão e 1.400 dias-multa. Justifica-se a exacerbação ante os péssimos antecedentes criminais (fls. 1895/1896) e, por ter, o réu função relevante no grupo.

Na segunda fase, manteve a pena inalterada, em razão da ausência de circunstâncias agravantes ou atenuantes.

Na terceira e derradeira etapa do cálculo, ante a presença da causa de aumento prevista no art. 40, VI, da Lei nº 11.343/2006, elevou-se a pena em 1/6, chegando-se a um total final de 07 anos de reclusão e 1.633 dias-multa.

No que toca a A.A., na primeira fase, fixou-se a pena-base no mínimo legal, em 03 anos de reclusão e 700 dias-multa.

Na segunda fase, ante a presença da agravante da reincidência (fls. 858), elevou-se a pena em 1/6, atingindo o total de 03 anos e 06 meses de reclusão e 816 dias-multa.

Na terceira e derradeira etapa do cálculo, ante a presença da causa de aumento prevista no art. 40, VI, da Lei nº 11.343/2006, elevou-se a pena em 1/6, chegando-se a um total final de 04 anos e 01 mês de reclusão e 816 dias-multa.

Quanto a D.S., na primeira fase, fixou-se a pena-base no mínimo legal, em 03 anos de reclusão e 700 dias- multa.

Na segunda fase, manteve-se a pena inalterada, em razão da ausência de circunstâncias agravantes ou atenuantes.

Na terceira e derradeira etapa do cálculo, ante a presença da causa de aumento prevista no art. 40, VI, da Lei nº 11.343/2006, elevou-se a pena em 1/6, chegando-se a um total final de 03 anos e 06 meses de reclusão e 816 dias-multa.

Com respeito a D.C., na primeira fase, fixou-se a pena-base acima do mínimo legal, em 06 anos de reclusão e 1.400 dias-multa, pois, em que pese primário, tinha posição de destaque na associação, a de "disciplina", além de ser integrante de facção criminosa.

Na segunda fase, manteve-se sua pena inalterada, em razão da ausência de circunstâncias agravantes ou atenuantes.

Na terceira e derradeira etapa do cálculo, ante a presença da causa de aumento prevista no art. 40, VI, da Lei nº 11.343/2006, elevou-se a pena em 1/6, chegando-se a um total final de 03 anos e 06 meses de reclusão e 816 dias-multa.

Para J.C., na primeira fase, fixou-se a pena-base acima do mínimo legal,

Acesso ao Sumário

em 10 anos de reclusão e 1.200 dias-multa. Justificou-se o *quantum* em razão de ostentar péssimos antecedentes, de exercer a função de "chefe" da associação, uma vez que comandava o grupo do interior do presídio, por intermédio do aparelho de telefonia celular, além de fazer parte de facção criminosa. Na segunda fase, manteve-se a pena inalterada, em razão da ausência de circunstâncias agravantes ou atenuantes.

Na terceira e derradeira etapa do cálculo, ante a presença da causa de aumento prevista no art. 40, VI, da Lei nº 11.343/2006, elevou-se a pena em 1/6, chegando-se a um total final de 11 anos e 08 meses de reclusão e 1.400 dias-multa.

No que pertine a M.B., na primeira fase, fixou-se a pena-base acima do mínimo legal, em 03 anos e 06 meses de reclusão e 816 dias-multa, em virtude de seus maus antecedentes.

Na segunda fase, ante a presença da agravante da reincidência (fls. 946 e 955), elevou-se a pena em 1/3, atingindo-se o total de 04 anos e 08 meses de reclusão e 1.088 dias-multa.

Na terceira e derradeira etapa do cálculo, ante a presença da causa de aumento prevista no art. 40, VI, da Lei nº 11.343/2006, elevou-se a pena em 1/6, chegando-se a um total final de 05 anos, 05 meses e 10 dias de reclusão e 1.269 dias-multa.

Considerada a situação econômica dos ora apelantes, foi o dia-multa estabelecido, para todos, à razão de um trigésimo do maior salário mínimo vigente à época dos fatos.

O regime prisional para início do cumprimento de pena para os apelantes A., A., D., J.C. e M. deve ser, por fim, mantido no sistema fechado, em razão de ser este o mais adequado ao caso em apreço.

Para o sentenciado D. está correto o semiaberto, tal como lançado na r. sentença.

Cumpre observar, por fim, que conforme se verifica da r. decisão de fls. 2165, ao apelante D.C.D. já se deferiu em execução provisória, a progressão ao regime semiaberto.

Ante o exposto, nega-se provimento aos recursos, mantida a r. sentença por seus próprios fundamentos. Fica observado, ainda, que o sentenciado D.C.D. já foi agraciado com a progressão ao regime semiaberto em posterior decisão da Vara das Execuções Criminais e Corregedoria das Penitenciárias e da Polícia Judiciária da Comarca de Sorocaba.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos nesses autos de Apelação nº 0001722-74.2004.8.26.0052, da Comarca de São Paulo, em que é apelante G.G.R., 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: "Rejeitadas as preliminares, negaram provimento ao recurso da defesa e determinaram a expedição de mandado de prisão imediatamente. V.U. Sustentou oralmente o I. defensor, Dr. T.G.A., o assistente do Ministério Público, Dr. U.M.K.P., e usou da palavra a Exma. Procuradora de Justiça, Dra. Sandra Jardim." de conformidade com o voto do relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 31.728)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores EUVALDO CHAIB (Presidente) e IVAN SARTORI.

São Paulo, 4 de novembro de 2014.

LUIS SOARES DE MELLO, Relator

Ementa: Júri. Homicídios qualificados por motivo torpe, contra ascendente e em prevalência de relações domésticas, mais homicídio qualificado por motivo torpe, em concurso material (art. 121, § 2º, I, c.c. art. 61, II, 'e' e 'f', e art. 121, § 2º, I, na forma do art. 69, todos do Código Penal). Preliminares absolutamente inconsistentes. Oitiva de testemunha do Juízo. Aplicabilidade em Plenário. Testemunha arrolada pela Defesa. Intimação da testemunha nos autos. Desistência que não afasta possibilidade do art. 209 do Código de Processo Penal. Inocorrência de surpresa à Defesa. Peça pericial não apresentada em Plenário. Prejuízo não demonstrado. Laudo pericial constante dos autos, com fotos. Contraprovas realizadas a requerimento da Defesa. Demonstração necessária da peça incomprovada. Laudos periciais completos e suficientes ao pretendido pela Defesa. Ausência de prejuízo às reperguntas. Cerceamento de Defesa inocorrente. Fundo. Resultado perfeitamente conforme a evidência dos autos. Decisão anulável apenas quando o julgamento não encontra amparo algum nos elementos dos autos, coisa jamais ocorrida, por aqui. Autoria certa e materialidade indiscutível.

Acesso ao Sumário

Provas carreadas pela Defesa afastadas pelo Conselho de Sentença, em estrito exercício de valoração da prova. Inexistência de evidência absolutória manifesta. Resultado absolutamente alicerçado na prova, que é forte e firme. Apenamento adequado, em estrita observância da legislação. Inocorrência de 'bis in idem'. Qualificadora presente. Apelo improvido, rejeitadas as preliminares.

VOTO

Visto.

Ao relatório da sentença douta, que se acolhe e adota, acrescenta-se que **G.G.R.** saiu **condenado** às penas de **33 anos e 9 meses de reclusão** (*regime fechado*), pela prática das infrações penais capituladas no art. 121, § 2º, I, c.c. art. 61, II, '*e*' e '*f*', e no art. 121, § 2º, I, ambos na forma do art. 69, todos do Código Penal (*homicídio qualificado por motivo torpe contra ascendente e prevalência de relações domésticas, mais homicídio qualificado por motivo torpe, em concurso material),* extinta a punibilidade, pela prescrição da pretensão punitiva estatal (*art. 107, IV, c.c art. 109, III, art. 115 e 117, III, todos do Código Penal*), quanto ao crime previsto no art. 171 do Código Penal (*estelionato*).

O apelo do *acusado – f. 6.529/6.605* – pretexta, preliminarmente, ocorrência de nulidades processuais, que ofendem a ***observância do devido processo legal*** e caracterizam ***cerceamento à ampla defesa***, consistentes em ***(i)*** oitiva de testemunha em surpresa à Defesa, ante a alegada inaplicabilidade, em Plenário, do art. 209 do Código de Processo Penal; e ***(ii)*** ausência de possibilidade de apresentação de peça probatória em Plenário, com ofensa ao art. 159, § 6º, do Código de Processo Penal.

No mérito, pretende, essencialmente, anulação da decisão do E. Tribunal do Júri, submetendo-se o réu a novo julgamento, por alegada contrariedade à prova existente nos autos, consistente em existência de prova de inocência do *acusado* e insuficiência de prova acusatória.

Subsidiariamente, pleiteia redução das penas aplicadas, por ocorrência de '*bis in idem*' e ausência de fundamentação.

Anotam-se contrarrazões ministeriais – *f. 6.613/6.749* –, que defendem o improvimento do reclamo defensivo.

Autos distribuídos (*f. 6.759*), foram imediatamente encaminhados à douta Procuradoria de Justiça, que, após vista regular, conclui pelo improvimento do apelo, chegando os autos, finalmente, ao Gabinete do Relator, aos **31.jul.2014** *– f. 6.772.*

É o relatório.

Acesso ao Sumário

Por primeiro, as ***questões prejudiciais***.

Que não prosperam.

'*Data venia*'.

A Defesa alega ***nulidade***, por inaplicabilidade, em Plenário, do art. 209 do Código de Processo Penal, a causar surpresa à Defesa.

De início, cabe consignar que o art. 209, do Código de Processo Penal está disposto no Livro I do referido '*codex*', que trata ***do Processo em Geral***.

Daí que, ao estar capitulado no Título VII, destinado especificamente às Provas, anteriormente, portanto, ao Livro II, que dispõe sobre os Processos em Espécie, ***evidente que a regra ali disposta é aplicável a absolutamente todos os procedimentos penais***, incluso o procedimento especial do júri.

A ressalva fica, portanto, a eventual disposição legal especificamente em contrário, em atenção justamente à regra da especialidade.

O que não ocorre, '*in casu*'.

Afinal, muito embora o art. 479 do Código de Processo Penal não permita a leitura, em plenário, de documento inédito aos autos, nem a exibição de objeto não carreado previamente, nada ali se dispõe sobre a inquirição de testemunhas.

Donde não existir qualquer vedação legal à aplicação do art. 209 do Código de Processo Penal em Plenário.

Resta, portanto, verificar se a oitiva causava surpresa a qualquer das partes, a caracterizar cerceamento aos atos defensivos.

Todavia, isto não ocorre por aqui.

Afinal, a ***testemunha, cuja surpresa se alega, era conhecida pelos defensores até mesmo antes da pronúncia, dês que foi arrolada pela própria Defesa***, *f. 2.077*.

E a desistência da oitiva da testemunha, pela Defesa, de forma alguma impossibilita a sua oitiva como testemunha do Juízo.

Não há qualquer previsão legal neste sentido e nem mesmo princípio que ampare a conclusão defensiva, '*data venia*'.

Acesso ao Sumário

Ademais, vale consignar que a própria Defesa, ao formular desistência da testemunha, deixou claro que "***A Defesa, porém, não receia sua oitiva. Assim, caso seja de interesse de Vossa Excelência ou do 'parquet', que seja ouvida em plenário na qualidade de testemunha do juízo***", *f. 3.489*.

Enfim, o próprio reclamo defensivo sustenta que "*O problema, repita-se, é a surpresa. E não a oitiva propriamente dita*", *f. 6.587.*

E a referida surpresa, pelo que há dos autos, '*data venia*', jamais ocorreu.

Até mesmo porque a origem, aos ***22.jan.2013***, ***proferiu decisão a determinar a intimação da testemunha R.***, *f. 3.445,* a ***deixar bem clara a***

possibilidade de sua oitiva em Plenário, muitos dias antes da sessão.

Donde não se entrever qual o efetivo prejuízo que a parte pretende demonstrar.

A fazer incidir o princípio insculpido no art. 563, do Código de Processo Penal ("*pas de nullité sans grief*").

Inexistem, ademais, como se viu, a surpresa e a inaplicabilidade do dispositivo, a tornar ***absolutamente vazia a preliminar*** arguida quanto a tanto.

Aventa-se, ainda, ***nulidade*** por infração ao art. 159, § 6º, do Código de Processo Penal, ante o desaparecimento de peça probatória – *uma porta*.

E o referido dispositivo legal prevê que "*Havendo requerimento das partes, o material probatório que serviu de base à perícia será disponibilizado no ambiente do órgão oficial, que manterá sempre sua guarda, e na presença de perito oficial, para exame pelos assistentes, salvo se for impossível a sua conservação.*".

Vale dizer que o '***órgão oficial***' descrito no texto legal é justamente o órgão pericial, a fim de ***assegurar a realização de contraprovas requeridas pela Defesa***.

Circunstância que ***foi amplamente explorada pela Defesa***, que, ***em diversas oportunidades***, *f. 802/803, 835/837, 862/863, 885/886 e 1.288/1.295*, ***formulou questionamentos e quesitos quanto ao laudo pericial.***

Tudo em absoluto cumprimento da ampla defesa.

E em resposta aos quesitos apresentados, ***houve complementações periciais***, *f. 1.438/1.440*, incluso ***pela Faculdade de Medicina da Universidade de São Paulo***, *f. 1.442/1.451.*

Após, nada mais se questionou a respeito.

Donde não se sustentar a alegação defensiva quanto à impossibilidade de contraprova.

Afinal, teve oportunidade para explorar todas as possibilidades do *art. 159, § 5º, do Código de Processo Penal*, quanto à apreciação da prova pericial.

O que fez até satisfeita, dês que a prova não foi novamente questionada.

Em Plenário, porém, quer fazer crer que o desaparecimento da porta cause cerceamento à Defesa.

Ora.

Se por um lado o desaparecimento de uma peça pericial é circunstância que mereça a devida apuração correcional, no âmbito administrativo, não significa, por consequência, que enseje nulidade processual.

Afinal, mais uma vez a parte não demonstra qual o prejuízo suportado.

Porque efetivamente não houve, dês que a Defesa, como se viu, ***pôde***

Acesso ao Sumário

questionar, formular quesitos, ter novas análises e até mesmo laudo complementar, quanto à prova em questão.

E o fato tampouco caracteriza ofensa ao devido processo legal, por disparidade de armas.

Dês que, não localizada a peça, nenhuma das partes se beneficia sobre a outra.

Não se entrevê, enfim, e isto o que efetivamente importa, qual o prejuízo suportado pela parte, tanto que a Defesa não logra efetivamente demonstrá-lo.

E se não o fez foi porque efetivamente não ocorreram tais cerceamentos ou irregularidades.

Nada pode alegar quanto a tanto, de conseguinte.

Como se vê, nenhum, absolutamente, o concurso do Juízo para a ocorrência dos fatos trazidos à guisa de prejudiciais.

Tanto que a própria Defesa enaltece o trabalho do magistrado, *f. 5.719.*

O que se combate, isto sim, é o resultado.

Querer-se-ia, com certeza, solução diferente – *absolutória* – e não a que foi dada.

Daí a achar que houve nulidade, ilegitimidade ou vício qualquer na instrução, vai distância imensa.

Assente-se bem: a parte não gostou foi do resultado e dos fundamentos usados.

Dizer daí que há vícios, vai imensa distância.

Procura é trazer, como dito '*ab initio*', uma neblina composta de alegações de nulidades inocorrentes, tudo a fim de evitar o indisputável.

Sem sucesso, como se disse.

Dês que a debruçada análise do transcorrer do processo, inclusa a Sessão de Julgamento, deixa claro que houve imenso esforço do Juízo para que a ampla defesa fosse respeitada e efetivamente exercida.

Repelem-se, pois, as preliminares.

Ao fundo.

Trata-se de feito levado a julgamento pelo Egrégio Tribunal do Júri da origem, por **homicídio qualificado por motivo torpe contra ascendente e prevalência de relações domésticas, mais homicídio qualificado por motivo torpe, em concurso material** *(art. 121, § 2º, I, c.c. art. 61, II, 'e' e 'f', e no art. 121, § 2º, I, ambos na forma do art. 69, todos do Código Penal)*, em que o réu saiu **condenado**.

Acusado e comparsa, arma em punho e prevalecendo-se de relações domésticas, ingressam à residência das vítimas (*pai e madrasta do acusado*) e,

Acesso ao Sumário

mediante disparos de arma de fogo, ceifam suas vidas, após o que se evadem do local.

Tudo em razão de desentendimento relacionado a possível desvio de dinheiro em prejuízo da empresa do genitor do *acusado, vítima L.*.

Estes os fatos, em síntese.

O E. Conselho de Sentença condenou o réu pela prática de duplo homicídio qualificado por motivo torpe, um deles agravado porque praticado contra genitor e prevalecendo-se de relações domésticas, tudo em concurso material.

O *acusado* pretende novo júri, por entender que a decisão do Conselho de Sentença teria sido contrária à evidência dos autos.

Sem qualquer razão, '*data venia*', o pleito defensório.

Dês que não se vislumbra evidência probatória que caracterize que a r. decisão do E. Conselho de Sentença tenha se dado manifestamente contrária quanto a tanto.

De efeito.

A prova que lastreou a condenação é absolutamente forte, segura e incontroversa.

De sorte que não se permite novo julgamento a ele.

Que só se deve dar quando as ***evidências*** dos autos demonstrem o reverso.

Não como aqui, '*data venia*'.

Com tamanho quadro incriminador de autoria, não se entrevê onde, como ou porque se aponta ou se pretende tenha se verificado decisão contrária à evidência dos autos.

Contrários à evidência, '*data venia*', são seus protestos de inocência.

Havendo, efetivamente como há, prova firme, farta e forte tanto da autoria, quanto de materialidade delitiva, como aqui, e inexistente prova da inocência dos acusados, decidiu bem o Conselho de Sentença, soberano, no propósito, já se disse.

Só mesmo prova evidente, crassa e categórica em contrário, e que eventualmente pusesse em dúvida a conclusão dos Srs. Jurados, é que viria a autorizar nulificação.

Não é o caso, absolutamente.

Desde há muito se sabe que apenas decisão arbitrária eventual do Conselho de Sentença é que poderia modificar a solução da origem.

> "*É lição consagrada a de que, no plexo do disposto no art. 593, inc. III, d, CPP, somente se invalida, em palavras de Frederico Marques, 'a decisão dos jurados que nenhum arrimo encontre na prova dos autos' (Elementos de Direito Processual Penal, atualização por Eduardo Reale Ferrari, ed. Millennium, Campinas, 2000, vol. 4, n. 1.077).*" *(TJSP*

Acesso ao Sumário

– Apelação Ordinária 306.052-3-9, 11ª Câm. Extraordinária, Rel. Des. Ricardo Dip).

Nunca aqui, entretanto, onde o que se tem é certeza de autoria – e tranquilidade no que toca à materialidade delitiva: ***(i) autos de exibição e apreensão**, f. 17, 19, 44, 47/8, 53, 78/9, 97/8, 166, 182, 209, 249, 318, 539/541, 1.593/1.594 e 1608; **(ii) laudos de exames papiloscópicos**, f. 22/23, 40/41 e 1470/1477; **(iii) laudo de recognição visuográfica do local do crime**, f. 199/203, **(iv) laudos necroscópicos**, a evidenciar as lesões letais suportadas por **A.**, f. 290/296 e **L.**, f. 298/302; **(v) laudo de confronto balístico**, f. 303/307, a evidenciar que os disparos efetuados contra as vítimas emanaram de uma única arma de fogo; **(vi) laudo de exame em projéteis**, f. 308/310 e 311/313; **(vii) laudo de constatação**, f. 314; **(viii) laudo perinecroscópico**, f. 357/441; **(ix) laudos de exame de DNA**, f. 442/448 e 1458/1464; **(x) laudo de exame em peças**, f. 449/451, 683/742, 1.358/1.367 e 1.442/1.451; **(xi) laudos de exame e apreensão de objetos no local dos fatos**, f. 562/584, 1.502/1.513 e 1.514/1.517, com laudo a descrever trajetória balística de projétil disparado contra uma parede; **(xii) laudo pericial** de **exame em arma e confronto balístico**, f. 1.631/1.650,* e ***laudo complementar a quesitos da Defesa**, f. 1.692/1.707 – a revelar que há elementos individualizadores quanto a disparos efetuados por determinado armamento, f. 1.635, bem como a **concluir que os picotes existentes nos 10 estojos incriminados, apreendidos no local do crime, foram produzidos pelo pino percutor da Pistola 'Taurus', calibre 380, nº serial KQA 55283,** arma que **foi apreendida em dependências do imóvel em que funcionava a empresa do acusado;** e **(xiii) laudos periciais** quanto à **presença de vestígio de solado em porta existente no local dos fatos** e de **compatibilidade entre o vestígio e calçados do acusado** e **entre o golpe de arrombamento e lesão no pé do acusado,** f. 682/757*, a ***apresentar conclusão inequívoca quanto à autoria do arrombamento da porta pelo acusado**,* não afastada pelos laudos complementares a quesitos defensivos, *f. 1.438/1.440 e 1.442/1451* – como bem posicionou o Tribunal do Júri.

E a autoria é, de igual forma, incontroversa.

Antes, ainda, do ingresso ao mérito que esta seara permite – *avaliação de eventuais evidências que demonstrem ocorrência de decisão manifestamente contrária àquelas* –, cabe anotar que o caso traz particularidade de natureza ímpar, consistente na notoriedade midiática.

E isto é justamente o que deve ser deixado de lado ao examinar-se os fatos e as circunstâncias, dês que no afã do minuto da fama, '*data venia*', os ânimos humanos, cuja falha é destino inexorável, exaltam-se, inflam-se e ocorre um embate que não se coaduna com a função do Poder Judiciário, que é servir à Justiça.

Aos fatos.

Acesso ao Sumário

A começar pelos importantíssimos testigos da ***Testemunha D., apelidada*** '***D***', *f. 62/63, 125/129, 915/969* e *5.527/5.606 – vigilante patrimonial que trabalhava às proximidades da residência das vítimas.*

Ouvido inicialmente, em Delegacia, *f. 62/63*, afirmou apenas que, por volta das ***21:00 horas*** do dia dos fatos, ocasião em que chovia, escutou três estampidos, ruídos que associou a fogos de artifício, acrescentando que não desconfiou de nada e nem presenciou qualquer movimentação na rua ou proveniente da casa das vítimas.

No dia seguinte a este depoimento, *f. 125/129*, é inquirido novamente.

E aqui cabem parênteses, dês que a segunda inquirição de D. é provocada pelas declarações da ***testemunha D.***, *f. 123/124*.

Esta declara que, presente na Delegacia, enquanto aguardava a realização de sua oitiva, deslocou-se pelo saguão do Distrito Policial, momento em que ***avistou um indivíduo a declarar para outro que*** "***eu sei quem foi, mas não sou bobo de falar***".

À noite, já em casa, assistiu a noticiário a respeito dos fatos, oportunidade em que ***tornou a avistar o referido indivíduo***, a conceder entrevista.

Assim, no dia seguinte, compareceu à Delegacia e relatou os fatos, ocasião em que, ***ao visualizar fotografia da testemunha D., reconheceu-o como o indivíduo em questão***, após o que o ***reconheceu pessoalmente***.

E foi diante de tal circunstância que a Autoridade Policial decidiu por ***inquirir novamente a testemunha D.***, *f. 125/129*, que revela, então, ***preferir narrar a verdade***.

Confirma ter confidenciado ao motorista L. que, de fato, ***sabia quem era o autor do crime, mas que não seria bobo de falar***, tudo porque ***temia represálias por revelar o possível autor do crime.***

Em seguida, relata que, no dia do crime, ***por volta de 21:30 horas***, ouviu três disparos de arma e, após cinco ou dez minutos, avistou duas pessoas a saírem do imóvel, acrescentando que ***uma dessas pessoas era também morador do imóvel, a quem descreveu fisicamente***.

Na sequência – *relata* –, os dois indivíduos caminharam em direção à cabine de vigilância do depoente e, durante o trajeto, atravessaram a rua e prosseguiram, até que a testemunha os perdeu de vista.

Após, ***reconheceu fotograficamente o indivíduo descrito como a pessoa do acusado.***

Posteriormente, ***ouvido judicialmente***, *f. 915/969*, ***confirma o historiado em Delegacia***, acrescentando que trabalhava no local havia cerca de oito anos e que ***constantemente avistava o acusado a ingressar no imóvel das vítimas, valendo-se de chaves ou com veículos, pela garagem.***

Acesso ao Sumário

Relata que, no dia dos fatos, por volta das ***21:00 horas***, escutou três disparos de arma, de modo que ***saiu de sua guarita*** e caminhou até uma árvore, a fim de abrigar-se de chuva.

Destaca que não costumava permanecer o tempo todo na guarita, pois caminhava eventualmente e também realizava rondas.

Pouco tempo depois, ***avistou dois indivíduos saírem da casa das vítimas*** e caminharem pela rua, aproximando-se do depoente, momento em que ***reconheceu o acusado, que trajava uma capa clara,*** '***meio bege***'.

Novamente confirmou que, ao ser inquirido inicialmente, relatou não ter visto nada porque ***tinha medo e não queria envolver sua família***.

Ressalta que, ***após relatar que avistou o acusado, passou a sofrer ameaças***, consistentes em ligações telefônicas, em que diziam que a testemunha '*havia falado demais*', além de pichação em muro próximo à guarita, com as inscrições '*D., você vai morrer*', bem como atearam fogo à guarita em que trabalhava, de modo que não conseguiu mais manter o serviço no local.

Finalmente, ouvido em Plenário, *f. 5.527/5.606*, ***torna a confirmar o relatado em Delegacia e em Juízo.***

A testemunha esclarece que alegou que chovia muito por ocasião dos fatos e que havia conversado com o vigia F. porque, de início, pretendia sustentar a versão de que não havia visto nada.

Confirma ter relatado aos milicianos, logo após o crime, que não viu nada, pois ***não queria se envolver com os fatos,*** por temer represálias.

Enfim.

A testemunha é segura e verdadeiramente precisa, a despeito das extensas sabatinas a que foi exposta.

Apesar de severamente indagada quanto a inúmeros aspectos, é ***simplesmente firme, em todas as oportunidades*** – *após decidir relatar os fatos que viu* –, em declarar que ***os fatos ocorreram entre 21:00 e 21:30 horas e que avistou o acusado e outro indivíduo saírem do local do crime, caminharem pela rua e atravessarem-na, oportunidade em que avistou o réu a trajar uma capa amarelada.***

Quanto a tanto, seus depoimentos foram seguros e sólidos, tanto que repetidos diversas vezes.

A dar segurança ao '*decisum*' encontrado pelos Srs. Jurados.

E há mais.

Assim, os ***testigos de (i) B.***, *f. 36/39 e 970/995*, ***(ii) E.***, *f. 272/273*, ***(iii) A.***, *f. 31*, ***(iv) E.***, *f. 156/157 e 481*, e ***(v) A.***, *f. 490*, *funcionários da vítima L.*.

B. confirma que auxiliou a *vítima A.* a procurar cheques bancários em determinados valores, de propriedade da *vítima L.,* oportunidade em que *A.*

localizou uma cártula emitida como ordem de pagamento de R$ 3.000,00, a respeito da qual a *vítima L.* informou haver divergências entre sua assinatura original e a exarada no título de crédito, acrescentando, ainda, que a pessoa '*havia sido tão burra*' que usara o cheque para pagar contas pessoais.

Destaca que o cheque era nominal ao *acusado*.

Ressalta que, na semana anterior ao crime, o ***acusado e a vítima L. mantiveram extensa reunião na sede da empresa***, *imóvel onde também se situa a residência das vítimas.*

Acrescenta que a *vítima L.* havia solicitado orçamento para instalação de câmeras de segurança na empresa, o que seria efetuado na semana seguinte à do crime.

Também soube que as *vítimas* haviam solicitado a troca de chaves e senhas da residência e da empresa.

A ***testemunha A.*** confirma que a *vítima A.* procurava esclarecer a origem das dívidas de determinados cheques da empresa e ***solicitou a microfilmagem de algumas cártulas***, a fim de verificar a autenticidade das assinaturas.

Afirma que a *vítima A.*, dias antes do crime, havia comentado que o departamento financeiro passava por alguns desfalques e que tentava apurar o ocorrido.

Já ***A.*** destaca que, no local dos fatos ***não havia sinais de arrombamento ou de subtração de bens pessoais ou da empresa.***

Afirma que, dias antes do crime, soube de uma longa discussão entre *réu e vítima L.*, no interior da empresa, provavelmente ocorrida no dia 23 de março, muito embora não saiba precisar a data.

Ressalta que, após tal discussão, as *vítimas* iniciaram procedimentos para troca de chaves e senhas de acesso ao imóvel, tendo a *vítima A.* mencionado que pretendia ***cancelar as senhas de acesso do acusado.***

E a corroborar tais declarações, em especial a desconfiança das vítimas quanto à autenticidade das assinaturas em inúmeros cheques, ***há documento de solicitação de microfilmagem de cártulas bancárias, efetuada pela vítima A.***, *f. 52.*

E., faxineira da empresa e da residência das vítimas, relata que, desde janeiro do ano em que ocorreram os fatos, a *vítima L. comentava que o* ***réu estava estranho, como se escondesse algo.***

Destaca que, uma semana antes dos fatos, as ***vítimas comentaram que pretendiam trocar as chaves do imóvel.***

Assevera que o cão existente no imóvel era manso e ***apenas latia para pessoas estranhas***.

Quanto à ***testemunha E.***, afirma que, em determinada conversa mantida

Acesso ao Sumário

com o *acusado*, falavam sobre motociclismo e o interesse da *vítima L.* por esportes radicais, ao que o ***acusado afirmou que seria mais feliz caso seu pai morresse***.

Os elementos de prova somados, portanto, dão evidências de que ***ocorrera um grave desentendimento financeiro entre acusado e vítimas, a abalar severamente o relacionamento*** entre estes.

A confirmar tais circunstâncias, o ***depoimento de A.***, *f. 57/59 e 5.698/5.754*, *instrutor de voo da vítima L.*.

Relata que a *vítima L.*, que fazia aulas de voo com o depoente havia cerca de dois ou meses antes dos fatos, ***destaca que L. possuía um comportamento alegre, extrovertido***.

Porém, ressalta que, dias antes do crime, a ***vítima L. se apresentou mais introvertida***, ao que indagou se algo errado ocorria, momento em que ***L. confidenciou que atravessava dificuldades no relacionamento com o filho, ora acusado***.

Assevera que, durante a conversa, ***L.*** afirmou que o desentendimento era a respeito de ***desvio de dinheiro da empresa*** e que havia brigado com o *acusado*, que teria ***admitido praticar desfalques na empresa*** e declarado que '***em sua cabeça***' ***pensava apenas em prejudicá-la***, oportunidade em que a vítima relatou ter ***determinado que o réu deixasse de residir em sua casa.***

E acrescenta que, em data mais próxima ao dia do crime, ***presenciou a vítima L. a conversar com a vítima A. sobre a troca de chaves e fechaduras da casa.***

Os elementos, enfim, demonstram animosidade entre *vítimas e acusado*, ocorrida em data próxima ao crime, também a dar guarida ao édito condenatório proferido pelo E. Conselho de Sentença.

Mas ainda há mais em seu desfavor.

Neste sentido, os ***testigos de (i) R.***, *f. 70/73, 320/321 e 6.193/6.259,* e ***(ii) F.***, *f. 114/116 e 322/323.*

R. confirma ter firmado sociedade comercial com o *acusado*, meses antes dos fatos, em empresa prestadora de serviços, em ramo distinto da empresa das vítimas.

Destaca que ***já possuía as instalações da empresa*** e que o ***réu passou a compartilhar o imóvel comercial alugado,*** que ***possuía mobílias específicas para as funções empresariais e não destinadas a moradia ou pernoite***, muito embora houvesse um sofá cama no local e possibilidade de, eventualmente, trocarem de roupa após o serviço, nada obstante não fosse comum o réu deixar roupas no imóvel.

Relata que já possuía computador na empresa, mas que o ***réu insistiu em***

trazer um computador para uso próprio, que foi instalado no local.

Revela que, anteriormente aos fatos, ***avistou uma maleta do acusado, dentro da qual havia uma arma de fogo preta,*** além de outros objetos, como '***estrelinha ninja', faca, e frascos com símbolo a indicar conteúdo ácido.***

Também avistou um coldre para arma de fogo.

Ao conversar com o réu, a respeito da tal maleta, o ***acusado confidenciou-lhe tratar-se de sua 'maleta de fuga'***.

Em determinada data, ***avistou dados e documentos pessoais do depoente e de sua namorada copiados em anotações pessoais do réu***.

Soube do crime através de uma amiga, ***momento em que desconfiou do envolvimento do réu***, de modo que compareceu ao imóvel da empresa, a fim de ***procurar pela arma que havia avistado na maleta do acusado, mas não a localizou no imóvel.***

Acrescenta que ***havia semelhanças entre a arma encontrada posteriormente ao crime e a que avistou na referida maleta.***

Preferiu não revelar ao *acusado* que desconfiava de sua conduta, pois temia represálias e, logo após ***relatar o que sabia em Delegacia, recebeu uma mensagem telefônica, com ameaças de que 'se não parasse de falar, seria o próximo'***.

Posteriormente ao crime, ***encontrou, no imóvel de sua empresa, cheques da empresa 'R.'***.

E a respeito do comportamento do réu, revela que, dias antes do crime, o ***acusado estava 'estranho e introspectivo'***, bem como havia se desligado completamente da empresa da *vítima L.*, acrescentando que, após o crime, o ***réu comentou que as vítimas não estavam vestidas de forma adequada à ocasião.***

Da mesma forma, a ***testemunha F.***, *f. 114/116*, ***confirma ter avistado arma de fogo em maleta do réu,*** a qual o ***acusado intitulava 'maleta de fuga'*** e dentro da qual havia facas e ácido.

Destaca que, ***no dia do crime, telefonou para o réu***, a informar a morte das *vítimas* e transmitir seus pêsames, momento em que o ***acusado pediu que o depoente fosse trabalhar no mesmo dia e verificasse situações financeiras***, comportamento que entendeu estranho ante a perda de um parente próximo.

E aqui vale destacar que, cerca de um ano após o crime, ***uma arma de fogo, com características semelhantes às relatadas pelas testemunhas***, foi encontrada ***nas dependências do imóvel em que o acusado mantinha sociedade comercial com a testemunha R.***.

A respeito, a ***testemunha C.***, *zelador do edifício em que funcionava a empresa do réu e de R.*, destaca que o encontro da arma se deu ao efetuar limpeza das caixas de esgoto do prédio, *f. 1.596/1.599, 1.605/1.607, 1.619/1.626*.

Acesso ao Sumário

Vale destacar que a testemunha é inquirida diversas vezes a respeito do encontro da arma, sempre a esclarecer, de forma harmoniosa, que o local de apreensão da arma pertencia ao referido edifício.

E – *como acima se viu* – as perícias balísticas efetuadas em tal arma de fogo concluíram, de forma inequívoca, que ***os picotes existentes nos 10 estojos incriminados, apreendidos no local do crime, foram produzidos pelo pino percutor da referida arma, uma Pistola 'Taurus', calibre 380, nº serial KQA 55283.***

Elementos, enfim, que apontam relação entre o acusado e a arma do crime, como bem entenderam os Srs. Jurados.

Mas não é só.

Pois a cena do crime revela, além dos vestígios cadavéricos e dos estojos dos projéteis fatais, ***que não houve arrombamento para ingresso à residência, mas que ocorreu, isto sim, o arrombamento de uma porta interna***, que separava a sala de vídeo dos demais aposentos da casa.

Em especial, o laudo perinecroscópico, *f. 357/441*, a demonstrar que a ***sala de vídeo possuía vitral que dava visão à cozinha***, *f. 371*, ***local onde estava caído o corpo da vítima A.***.

E a porta da referida sala de TV, ***arrombada***, perto da qual ***estava a vítima L.***, apresentava vestígio de sola de sapato, ***cujos laudos periciais demonstraram ser compatível com o quadro de arrombamento***, *f. 682/757, 1.438/1.440 e 1.442/1.451*.

E tais laudos revelam ainda mais.

Afinal, fruto de ***estudo dedicado, com oitiva de diversos profissionais***, apurou-se, em síntese, que a marca de solado ali encontrada era de tamanho e numeração compatível à dos sapatos utilizados pelo réu.

Além disto, o ***acusado apresentava lesão no pé direito decorrente de contusão***, constatada por exame de ressonância magnética.

Os laudos ainda apontam que a ***altura do acusado era compatível à da altura do golpe desferido contra a porta.***

E, por fim, que o ***pé do acusado, sobreposto ao vestígio de solado, enquadrava-se também de forma compatível.***

A dar quadro de **conclusão inequívoca** por parte dos peritos, ante a soma de elementos compatíveis e o mais do lastro probatório.

Tudo conforme asseverado pelo ***Delegado Rodolfo***, *f. 5.757/5.931*, e os ***peritos (i) Daniel***, *f. 5.607/5.633*, e ***(ii) Adriano***, *f. 5.634/5.697*.

Donde a harmonia dos relatos e da prova pericial ser convincente e sólida, ainda mais porque inseridas em contexto e quem corroboram uma à outra, de forma segura.

Acesso ao Sumário

A evidenciar, enfim – *e isto é o que verdadeiramente importa nesta sede* – que a decisão do e. Conselho de Sentença, ***está em conformidade com as provas carreadas***.

Enfim e fugir de realidade tamanha é querer não enxergar o que os autos mostram com cristalinidade pura.

E nada se alegue contra as palavras dos agentes da lei.

Porquanto não há suspeita sobre elas, mormente quando, exatamente como aqui, estão coerentes e consonantes ao demais do contexto probatório.

A jurisprudência pátria, a esta altura, tem constantemente acolhido a palavra policial como prova segura, firme e convincente, notadamente quando, como aqui, esteja coerente ao mais probatório colacionado e não discrepe do mais produzido, em sua essência.

A demonstrar que a decisão do E. Conselho de Sentença está calcada em sólido acervo probatório, donde seu acerto.

E, ademais, nada – *repita-se* –, que infirme a solidez do lastro probatório em desfavor do *acusado*.

De modo que resta analisar – *e esta justamente a missão defensiva* – **se houve evidência manifesta que os Srs. Jurados teriam contrariado em seu** '***decisum***'.

Ocorre que, apesar dos eloquentes discursos defensivos, nenhuma evidência foi carreada para infirmar o contexto probatório e fundamentar a anulação da soberana decisão do júri.

Em verdade, '*data venia*', as teses defensivas, analisadas em contraste às provas carreadas, como será visto, revelam ter fundamentos falaciosos, que não se comprovam e, portanto, incapazes de caracterizar *manifesta evidência* que a decisão dos Srs. Jurados teria contrariado.

Alega-se que o ***acusado*** não teria estado no local dos fatos, pois, conforme contas telefônicas de testemunhas e conta telefônica do réu, este se encontrava na sede de sua empresa, a cerca de 4,5 km da cena do crime ao momento de sua ocorrência.

Ocorre que, ao analisar os depoimentos testemunhais, tem-se que os ***disparos contra as vítimas ocorreram entre 21:00 e 21:30.***

Assim são os testigos do *vigia D.*.

E o ***vigia F.***, *f. 1.221/1.223*, confirma que ***escutou os disparos após 21:00 horas***.

Da mesma forma, assim afirma a ***testemunha G.***, *f. 66/67 e 1.022/1.037*, *vizinha das vítimas*, que em Juízo esclarece que, ao ***escutar a primeira sequência de disparos***, eram ***21:30 horas***, horário que sabe precisar em razão de sua filha estar em conversa por internet e ter recebido uma mensagem concomitante aos

Acesso ao Sumário

ruídos de disparos.

E destaca que a segunda sequência de tiros ocorreu entre 10 a 15 minutos após a primeira.

Ressalta, ainda, que, antes de acionar a Polícia Militar, tentou visualizar por duas vezes o que ocorrera, bem como conversou com um vizinho e ainda tentou telefonar à casa das vítimas e para serviço telefônico, a fim de conseguir outro número de telefone das vítimas, destacando, enfim, que ***acionou a Polícia Militar somente após as 22:00 horas.***

E a Defesa apresenta ***comunicação dos fatos, pela Polícia Militar, às 22:14 horas***, tudo condizente com o historiado pelas testemunhas.

No mesmo sentido, o depoimento de ***D.***, *f. 1.240/1.247, também vizinho das vítimas.*

Afirma que ouviu a primeira sequência de disparos e comentou com seu motorista que poderiam ser fogos de artifício, até que, passados entre 5 a 10 minutos, escutou outra sequência de ruídos, após o que entrou em contato com o vigia "*V.*", que afirmou acreditar tratar-se de fogos de artifício, após o que manteve contato telefônico com a *testemunha G.*.

Após cerca de 20 minutos, foi avistar a residência das vítimas e visualizou um dos corpos, ocasião em que manteve novo contato telefônico com ***G., que informou ter acionado a Polícia Militar.***

E os ***testigos de D.*** são confirmados pela ***testemunha F.***, *f. 6.283/6.312*, seu motorista, que relata a dinâmica dos fatos em consonância ao historiado por *D., G. e D.*.

Da mesma forma, os depoimentos do ***vigia V.***, *apelidado* "*V.*", *f. 20/21 e 6.082/6.099*, se coadunam com a dinâmica de eventos reportada por *D.*.

Afinal, ***o motorista relata que D.*** telefonou para *V.* após a segunda sequência de disparos, enquanto ***V. confirma que, cerca de dez minutos após os ruídos, recebeu as ligações de D.***.

Ligação esta que, conforme a conta telefônica de *D.*, ocorreu precisamente às ***21:54 horas***, a dar precisão de que, a este tempo, ***já havia decorrido pelo menos dez minutos da sequência de disparos.***

Tem-se, portanto, caracterizado que um ***longo espaço de tempo decorreu entre os disparos finais e o efetivo acionamento da Polícia Militar***, a justificar o registro da ocorrência após as 22:00 horas.

E quanto ao ***acusado***, o que se tem é que ***efetuou ligação telefônica de sua empresa, às 22:12 horas.***

Pois bem.

Sua versão, neste sentido, além de encaixar-se com o historiado por *D., G., D. e F., é corroborada por* ***(i) C.***, *f. 176/177 e 996/1.008, e* ***(ii) L.***, *f. 178/179*

Acesso ao Sumário

e 1.009/1.020.

Pelo relato de ambos, ***tem-se que o acusado chegou a seu escritório por volta de 22:10 horas,*** no dia dos fatos.

E ***L.*** ainda confirma que o *acusado havia, pouco antes, comparecido ao subsolo do edifício, à procura de C., bem como trajava um* ***sobretudo de cor*** "***marrom claro***", além de ***estar com os cabelos molhados.***

Tudo, mais uma vez, em harmonia ao narrado por ***D.***.

Resta, então, saber se havia tempo hábil para o *acusado* ter saído da cena do crime e dirigido-se à sede de sua empresa.

E tanto o ***mapa acostado pela Defesa***, como a própria tese defensiva e até mesmo o ***depoimento do Delegado Rodolfo*** concluem que o ***trajeto entre a cena do crime e a empresa do réu, realizado em um domingo à noite, seria percorrido no tempo máximo de 20 minutos.***

Ora.

Entre os disparos finais, ocorridos por volta de 21:30 e 21:40 horas e a efetiva ligação telefônica realizada pelo acusado – *22:12 horas* –, da sede de sua empresa, ***aproximadamente o dobro do tempo necessário para deslocar-se do local do crime até a empresa K. foi ultrapassado.***

Daí que, enfim e quanto a tanto, não se configura qualquer evidência que possa caracterizar um álibi manifesto ao réu.

Ao reverso, a análise de tais elementos acaba mesmo é por **harmonizar-se integralmente** com o quadro incriminador que fundamentou a decisão do e. Conselho de Sentença.

E até mesmo a ***testemunha V.***, *f. 120/122 e 1.121/1.143*, que esteve com o acusado no dia dos fatos, afirma que ***o réu saiu de sua residência entre 20:45 e 20:50 horas***, afirmando que iria ao cinema.

Assim e tendo em vista que o ***endereço residencial de V. é também muito próximo ao local dos fatos***, há mais um elemento harmonioso ao já sólido quadro incriminador, a dar segurança de que, no espaço de tempo entre 21:00 e 21:30 horas, lapso dentro do qual ocorreram os disparos, o ***réu não possui qualquer álibi e, ao reverso, encontrava-se, antes e depois, muito próximo ao local do crime***.

A Defesa ainda procura alegar que, pelo depoimento do contador da empresa da *vítima L.*, ***a testemunha E.***, *f. 29/30, 1.144/1.161 e 5.978/6.010,* ***a empresa das vítimas não sofrera qualquer desfalque, já que apresentava saudável condição financeira***.

Entrementes, a referida testemunha é capaz apenas de atestar que não havia problemas na contabilidade da empresa da *vítima*, cujo rendimento anual era considerável.

Acesso ao Sumário

Todavia, afirmar que, a partir de uma situação contábil saudável é possível concluir que não ocorreram fraudes, constitui-se uma falácia por generalização apressada, '*data venia*'.

Isto porque os demais ***testigos de pessoas relacionadas à empresa***, como acima se viu, bem como a ***solicitação de microfilmagem de diversos cheques***, evidenciam que ***as vítimas efetivamente suspeitavam de que o acusado estivesse valendo-se do conhecimento da assinatura da vítima L., seu pai, para desviar dinheiro ao pagamento de suas despesas***.

E, ademais, a ***testemunha E.*** deixou claro que simplesmente comparava os cheques emitidos pela empresa com a relação no extrato bancário e a justificativa de despesa, donde ***não ter* '*o poder nem a obrigação*' *de verificar a subtração de pequenas quantias através de cheques com assinaturas falsificadas***, como a própria testemunha afirmou.

Assim, suas declarações não se mostram como evidência suficiente a afastar os depoimentos em contrário, que revelam a ***desconfiança das vítimas a respeito da conduta do acusado***, a culminar com a discussão entre *L. e G.*, por razões financeiras, ***tudo ocorrido em data próxima à do crime.***

Aventa a Defesa, ainda, que a discussão entre a *vítima L. e o acusado*, ocorrida na empresa R. não teria existido, uma vez que ***ambos estariam, naquele mesmo dia e horário, juntos em um restaurante***, e que esta seria, também, evidência suficiente a justificar a anulação da r. decisão do júri.

Mais uma vez, sem sucesso, '*data venia*'.

Trata-se também de falácia por hipótese contrária ao fato, em que a Defesa assume que, já que uma testemunha afirmou que em uma provável data ocorreu a referida discussão e nesta data *acusado e vítima* estavam em outro local, nenhuma animosidade teria ocorrido entre ambos.

Como se vê, o simples exercício de silogismo refuta a tese defensiva.

E, o mais importante, o enredo probatório tampouco sustenta o argumento trazido pela Defesa quanto a tanto.

Acesso ao Sumário

Afinal, a testemunha ***A.***, que relata a discussão havida entre *acusado e vítima*, afirma que esta ocorreu, ***provavelmente, no dia 23 de março***.

Veja-se e registre-se, ***provavelmente.***

O próprio depoente é categórico em afirmar que ***não se recorda exatamente do dia*** em que ocorreu tal reunião.

Tanto que, ***em outra oportunidade em que ouvido em Delegacia***, *f. 260/264*, *afirma que a* ***discussão em questão ocorreu no dia 24 de março***.

Enfim.

É desnecessário dizer mais para constatar que o jantar havido entre *vítima L. e acusado* não é suficiente, só por si, para excluir a ocorrência – ***em qualquer***

outro dia – da reunião referida pela *testemunha A.* e muito menos para afastar os ***demais e sobejantes elementos de prova que demonstram animosidade ocorrida entre vítima e réu poucos dias antes do crime***, tudo em razão de questão de cheques e finanças da empresa da *vítima L.*.

De modo que – *o mais importante nesta sede* – não se caracteriza como evidência manifesta que os Srs. Jurados teriam contrariado.

E ante a insustentabilidade das teses defensivas que, '*data venia*', só encontram ínfima verossimilhança no imaginário das falsas premissas que propõem para validá-las, busca-se, também, descreditar os elementos probatórios que pesam em desfavor do réu.

Todavia, sem êxito a empreitada defensiva.

Que alega que a ***testemunha D. teria apresentado nada menos que quatro versões a respeito dos fatos.***

O que não se comprova, após a leitura de todos os seus depoimentos.

Há, sim, uma primeira informação à Polícia Militar, por ocasião da elaboração do boletim de ocorrência, mais a sua primeira declaração em Delegacia, *f. 62/63*, em que ***D. afirma não ter visto nada a respeito dos fatos.***

Todavia, logo que inquirido, ainda em sede inquisitiva, quanto ao que realmente sabia – *dês que flagrado a confidenciar, no saguão do Distrito Policial, que teria visto o autor do crime, mas não seria bobo em delatá-lo* –, ***D., de forma harmoniosa, relata toda a dinâmica do que efetivamente presenciou***, *f. 125/129, 915/969 e 5.527/5.606.*

Sempre a afirmar que, ***após os disparos, dois indivíduos saíram da casa das vítimas, caminharam em sua direção, atravessaram a rua e seguiram até a esquina, quando os perdeu de vista***, acrescentando que ***reconheceu um daqueles indivíduos como o acusado G.R.***, descrevendo características de vestimentas que ***coincidem com as narradas pelo casal de zeladores do edifício em que instalada a empresa do réu***, para onde se dirigiu após o crime.

Enfim.

A Defesa procura alegar que ***D. afirmou que permaneceu em sua cabine.***

Contudo, ele não menciona se permaneceu na cabine ou não por ocasião de suas declarações em Delegacia.

E, em Juízo, já sob o crivo do contraditório, ***esclarece que, após ouvir os estampidos, afastou-se da cabine, caminhou e permaneceu ao lado de uma árvore***.

Daí que os reclamos defensivos, de que a *testemunha não teria condições de avistar o réu a partir de sua cabine, que o incêndio ocorrido à cabine e que eventual perícia de acuidade de visão a partir da cabine* demonstram inverídicos os testigos de *D.*.

Acesso ao Sumário

Todavia, mais uma vez, as premissas apresentadas não permitem tal conclusão.

Isto porque ***D. foi claro, preciso e enfático em esclarecer que não permaneceu na cabine o tempo todo.***

Ademais, porque ***relata que os indivíduos – um deles reconhecido como o réu – caminharam em sua direção e passaram por onde estava***, donde a desnecessidade de verificar se poderia reconhecê-lo à distância.

E, por fim, porque o ***incêndio ocorrido na cabine*** se deu ***após D. passar a delatar o acusado, incluso com pichações de ameaças porque havia 'falado demais'***.

Ameaças, parênteses, que também foram ***feitas à testemunha R.***.

Daí que não há qualquer elemento a indicar que o incêndio, seja quem for que o ateou, tivesse por fim ***fazê-lo delatar o réu*** ou ***prejudicar o trabalho pericial***.

Afinal, ter-se-ia uma ameaça inócua e verdadeiramente inverossímil, ante tudo o que se colocou.

Por fim – *e o que mais importa, já que se trata de um processo criminal* –, os ***testigos de D. são corroborados, como acima se viu, por um sólido enredo probatório***, cujo conjunto sustenta de forma segura a decisão encontrada pelo e. Conselho de Sentença.

Portanto, não é a humilhação do pouco estudo e da pouca eloquência de D. que atingirá o objetivo de macular seus depoimentos, porque ***prestados de forma íntegra, condizente com os demais elementos incriminadores e em situação que, por longos anos, expôs sua família e sua própria vida a um completo dissabor***, já que inserido em programa de proteção de testemunhas, com profunda alteração de sua rotina e abalo psicológico de seus familiares, como em ressaltou a testemunha.

E a respeito de a testemunha F.L.V.A., o ***motorista da testemunha D.*** ter alegado, em Plenário, que jamais conversou com D. no saguão da Delegacia, vale anotar que, em sede inquisitiva, *f. 257*, ***confirmou ter conversado com D.***, momento em que este alegou realmente saber quem era o autor do crime, mas que não seria '*bobo*' de falar.

De outro turno, o depoimento de um jornalista, ***V.S.***, *f. 6.040/ 6.081*, a informar que, de acordo com suas fontes, que não pode revelar, o incêndio à guarita foi praticado por indivíduos que teriam se utilizado de um veículo com placas do DHPP, não se mostra suficiente para sustentar o que pretende a Defesa.

Afinal, como já se viu, o incêndio à guarita não altera, em absolutamente nada, o relato da *testemunha D.*, já que ***presenciou o acusado a caminhar em sua direção***.

Acesso ao Sumário

E, além disso, não há qualquer mínima comprovação de que o incêndio fora provocado realmente por pessoas ligadas ao DHPP.

Até mesmo porque o inquérito instaurado para apurar a autoria do incêndio foi arquivado justamente por **ausência de identificação do autor**, *f. 1.853/1.856.*

Vale dizer que a mera menção à placa, mais ainda nos dias de hoje, em que a clonagem de placas de veículos é coisa corriqueira, não se constitui, '*data venia*', em evidência capaz de causar a anulação da decisão do Júri.

Tudo porque, repita-se, o conjunto de provas aqui é harmonioso e consistente a sustentar aquela decisão colegiada.

Busca-se, ainda, afastar a credibilidade do laudo pericial efetuado no vestígio de solado da porta, ***alegando-se falsamente que houve comparação com o pé errado***.

Houve, sim, ***verdadeiro equívoco*** quanto à transposição da imagem, para realização de uma ***simulação do golpe, realizada por estudiosos da biomecânica***.

O que não macula ***todo o mais daquele árduo e verdadeiramente completo trabalho pericial***, que reúne informações obtidas em diligências, laudos médicos de Doutores universitários, laudos periciais detalhados, informações de artífice de sapatos ortopédicos e ***comparação com a planta do pé do acusado***, que foi ***extraída corretamente, conforme se visualiza claramente por fotos***, *f. 717/723*.

De outro turno, sustenta-se que os depoimentos do ***vigia F.***, *f. 27/28, 1.221/1.223 e 6.260/6.282* ***afastam a veracidade da testemunha D.***.

Todavia, em Delegacia, *F.* afirma que ouviu os estampidos de arma de fogo e permaneceu em sua guarita, a olhar para a guarita de D., mas não viu qualquer movimentação.

Em Juízo, antes da pronúncia, alega que ***conversou com D. após a chegada da Polícia Militar.***

Já em Plenário, afirma que, ***de sua guarita não é possível ver a guarita de D.*** e que, para obter tal visualização, deve dirigir-se ao centro da rua.

E ainda relata que ***teria caminhado até D. e conversado com este, a quem indagara sobre os ruídos***, ao que *D. teria dito que era som de janelas a bater*.

Ainda assevera que a ***residência das vítimas não estava sob a esfera de sua vigilância.***

Enfim, seus depoimentos são contraditórios e o depoente não fornece qualquer justificativa plausível para a alteração, donde não ser capaz de afastar a solidez dos relatos de D., que ***ouvido por diversas vezes, manteve a harmonia dos fatos e esclareceu bem o porquê de, a princípio, preferiu alegar não ter visto nada***, já que sofria represálias.

Acesso ao Sumário

Represálias estas que ***evidentemente se iniciaram após delatar o acusado***, a dar maior credibilidade a seus relatos.

Mais uma vez, portanto, não se vislumbra qual a efetiva evidência que a decisão do Júri teria contrariado, a demandar sua anulação.

E alega-se, ainda, que a ***testemunha A.***, perito aposentado, teria afastado a validade dos laudos periciais carreados.

O que, verdadeiramente, não se verifica, '*data venia*'.

Não por falta de conhecimento ou por má-fé do depoente, mas simplesmente porque ***responde a perguntas hipotéticas, sobre SE fosse apreendido o sistema de seguranças de um shopping, SE em solo liso os estojos de munição se deslocam de forma diferente, muito embora não saiba precisar o material do piso do local dos fatos, se disparados de uma mesma arma de fogo os estojos cairiam de uma forma ou de outra, mas apenas SE não houvesse qualquer contato com os estojos*** *– como chutes, arrastões ou até patadas de um cão –,* ***SE a televisão foi ligada antes ou depois de arrombada a porta.***

Tanto que, em meio a tantas hipóteses, ***considera possível também a hipótese de arrombamento da porta, pelo réu, a fim de retirar a vítima L. da sala de TV, onde teria se abrigado.***

Daí que não há nada de concreto em tal depoimento.

Repita-se, não por falta de conhecimento ou má-fé do depoente, mas porque indagado somente a respeito de **hipóteses**.

Donde não ser suficiente para afastar a solidez de todo o dedicado trabalho investigativo.

Que é corroborado pelos demais elementos de prova, como acima se viu.

Enfim.

No vazio, portanto, a versão exculpatória do *acusado, f. 221/230, 497/498, 770/795 e 6.313/6.413*, consistente nas teses defensivas analisadas, verdadeiramente fantasiosa e perdida em si mesma, quando confrontada, não só face sua posição inverossímil, como e principalmente porque improvada.

Aceitar-se a versão do acusado, '*data venia*', seria fechar os olhos a uma realidade manifesta e dar costas ao óbvio, em total e completo desapego às normas genéricas da verdade e de bom-senso, que emanam sem nenhuma dúvida dos autos.

Nada obstante deva estar o julgador sempre atento e dedicado às teses defensórias, verdade é que há um momento em que as versões não podem ser aceitas, pelo óbvio manifesto que representam sua irrealidade.

O julgador, então, que é e deve ser homem de bom-senso e com preocupação com a realidade ideal, pode e deve sempre afastar as teses sem qualquer cunho de razoabilidade, como aqui o fez de forma acertada e calcada

Acesso ao Sumário

nas provas dos autos o e. Conselho de Sentença.

Na defesa plena da sociedade e de todos os homens de bem, que querem ver a Polícia e o Judiciário atuando no combate ao crime.

Daí que, ***esmiuçadas as teses defensivas e os depoimentos de todas as testemunhas, não se vislumbra, sequer nas minúcias, uma fagulha de prova que possa concretizar-se como evidência de que a decisão dos Srs. Jurados tenha se dado manifestamente contrária.***

Ao reverso.

Houve, sim, valoração das provas, estudo cuidadoso e louvável do caso.

Ora.

A análise das versões dos depoentes, a apuração da verdade real é nada mais que mister do julgador e, '*in casu*', do E. Conselho de Sentença.

E sabe-se que quanto à anulação de decisão do Júri, tal providência só deve ser tomada quando o '*decisum*' se encontra ***manifestamente contrário à evidência dos autos***, jamais, todavia, se há valoração de provas e tenham os Srs. Jurados decidido pelo conjunto de provas mais convincente.

Assim, aliás, este é o entendimento do E. Supremo Tribunal Federal:

> "*Homicídio. Tribunal do Júri. Condenação por homicídio privilegiado. Oferecimento de duas teses submetidas ao conselho de sentença. Opção válida por uma delas. Submissão do réu a novo julgamento, pelo tribunal do júri: descabimento. Se, no Tribunal do Júri, foram submetidas a confronto duas teses: uma a de que o réu agira sob domínio de violenta emoção, logo após injusta provocação da vítima; e a outra a de que o réu praticara o crime por motivo fútil, e foi acolhida a primeira, tendo-se que provas colhidas na instrução criminal em relação às reais circunstâncias do crime não são robustas, não cabe a anulação do julgamento pelo Conselho de Sentença. Não há, de fato, nos autos, elementos seguros para que se possa dizer com tranquilidade que o decidido pelo Tribunal do Júri o foi contra a evidência dos autos e só em tal hipótese caberia, no caso, submeter-se o réu a novo julgamento, não sendo de esquecer que a nova Constituição deu ainda maior relevo àquele Tribunal, como resulta do inc. XXXVIII do seu art. 5º. Precedentes.* '*Habeas Corpus*' *que se defere para que o paciente não seja submetido a novo julgamento.*" *(HC 67959/SP – Rel. Min. Aldir Passarinho, v.u. – DJ 07.dez.1990 – RTJ vol. 134-04, p. 336)*

E, reforce-se, ***não há evidência qualquer*** que afaste a solidez daquele acervo probatório que dá conta da autoria dos crimes por parte dos *acusados*.

Afinal, aquele lastro de provas surge nos autos desde a sede inquisitiva, de forma harmoniosa, repetindo-se em todas as fases, com a mesma solidez e serenidade.

Donde a convicção dos Srs. Jurados ter confiado na certeza daqueles

Acesso ao Sumário

elementos probatórios.

Por outro lado, as teses defensivas não vingam, soam débeis e incomprovadas, eivadas de contradições muitas e variadas, '*data venia*'.

Daí que não têm força de constituir-se com evidência que derrube a sólida estrutura das provas em desfavor dos *acusados.*

Houve, sim, uma enorme balbúrdia, como antes e já aqui se disse, um verdadeiro alvoroço causado desnecessariamente sobre os fatos, em face do rumor midiático que a coisa tomou.

Até e quem sabe pelo clamor da fama efêmera, pelo rechear irresponsável de noticiários, a querer, sem estudo debruçado do processo, "*desvendar o caso*", como se as vidas envolvidas fossem mero jogo de dedução.

Claro que, por uma questão histórica de repressão, cultua-se a opinião.

Mas esta, por ser verdade subjetiva, não pode, sobre os preceitos libertários, ser libertina.

Pois este seria o caminho para a pior forma de degradação da opinião, a banalização.

Banalização esta que se espraia por jornais, '*sites*' e '*blogs*' – *incluso os de aniquilamento máximo da opinião, como redes sociais* –, quando divulgam fatos de forma irresponsável, a misturar realidade com ficção.

Ou a querer fazer existir pré-julgamento no Direito, a incitar o clamor público, que minuto a minuto tem um novo anseio por Justiça.

Sem qualquer razão.

E muito bem agiram os Srs. Jurados, por analisarem o que havia nos autos, **abstraídos de qualquer opinião pública ou comoção social.**

Ainda mais após devidamente instruídos sobre os conceitos e consequências da dúvida no processo penal, pela ***testemunha A.L.****, antropóloga, f. 6.011/6.039.*

Donde o acerto pelos Srs. Jurados, que, em análise de todo o carreado, concluíram pelo harmonioso conjunto de provas que debita ao *acusado* a autoria dos crimes.

Daí que a conclusão é única.

Assim, a prova dos autos aponta no sentido da possibilidade certa de responsabilização do *acusado*, incluso quanto ao reconhecimento da qualificadora e das circunstâncias agravantes.

Enfim, o que se entrevê aqui, ante toda a exposição, não é – *jamais* – a evidência gritante que aponta à decisão contrária à prova dos autos.

Ao reverso, as provas são sólidas e a decisão dos jurados, nelas alicerçada, não se pode afastar.

Acesso ao Sumário

"*Decisão manifestamente contrária à prova dos autos apta a ensejar a anulação do júri é aquela que não tem apoio em prova nenhuma dos autos, é aquela que não tem a suportá-la, ou justificá-la, qualquer dado indicativo do acerto da conclusão adotada, e não, ao contrário, aquela que se assenta em alguns, ainda que poucos, elementos de convicção, em pormenores razoavelmente evidenciados pelas provas dos autos.*" *(TJSP – Ap. 227.259-3/8, 2ª Câm., Rel. Des. Canguçu de Almeida, RT 746/581).*

Condenação, portanto, inevitável.

Apenamento.

Criterioso.

Base fixada, para ambos os crimes, acertada e justificadamente em ***1/4 acima do mínimo legal***, em plena atenção às ***nefastas circunstâncias do crime***, que demandam tratamento mais gravoso que o cominado no mínimo.

Afinal, aquele que, como bem fundamenta a origem, dissimuladamente e de forma arquitetada, ceifa a vida de ***duas pessoas, com disparos de execução, a demonstrar que pretendia de forma decidida a morte de ambas as vítimas, não apenas se prevalecendo das relações domésticas*** – *circunstância agravante* –, mas ***efetivamente em qualquer desapego aos laços familiares, a deturpar toda a noção de família e sociedade***, a demonstrar ***personalidade merecedora de maior reprovação.***

Tudo sem qualquer risco de '*bis in idem*', como acima se colocou, dês que as circunstâncias do crime, aqui, possuem gravidade abissal e demonstram uma personalidade frívola e cruel, donde o tratamento mais gravoso ser proporcional e devido.

Não se trata de mero homicídio praticado contra ascendente e em prevalência das relações domésticas, que são as circunstâncias agravantes.

Trata-se de ingressar à residência das vítimas quando estas já buscavam proteger-se – *com a troca de chaves e senhas de acesso ao imóvel* –, sob o véu de clandestinidade da noite, com execução de ***disparos fatais, a regiões vitais, com a nítida intenção de matar*** – *não uma conduta ocorrida sob emoções* – ***aquele que o gerou e criou, além da mulher***, em total desapego e verdadeiro despeito às relações de família.

Donde, enfim, o acerto da origem quanto a tanto, a fixar em ***15 anos as penas para cada crime***, assim finalizada a pena para o homicídio da *vítima A.*.

Em seguida, quanto ao crime praticado contra a *vítima L.*, ***devidamente justificados os patamares de majoração*** encontrados, a alcançar-se ***23 anos, 5 meses e 7 dias de reclusão***, após o que aplicou-se a redução de ***1/6***, em atenção à menoridade relativa, chegando-se, finalmente, a ***18 anos e 9 meses de reclusão***.

Somadas as penas, em atenção ao concurso de crimes, a perfazer, enfim,

Acesso ao Sumário

33 anos e 9 de reclusão.

A respeito do critério da origem para encontro das frações aplicadas para aumento e redução das penas, vale dizer.

Muito se tem feito e conseguido, nesta C. Câmara, para prestigiar e referendar o critério do julgador de origem, quanto ao apenamento.

Primeiro porque objetivamente envolvido no caso com a presidência do processo, com direto contato com o acusado e sua personalidade e, por isso e por certo, com maior e muito mais preciso sentir e direcionamento voltados para a realidade do caso concreto.

Depois que obedecido exatamente este parâmetro e não fugindo ele de uma conceituação genérica, prudente e ponderada, exatamente como aqui, não haverá porque se alterar os critérios norteadores da fixação da reprimenda.

Quer-se dizer com isso, em suma, que havendo razoabilidade de critérios de formação da reprimenda e sempre obedecidos aqueles constantes do art. 68 do Cód. Penal, não há como se mudar o dimensionamento adotado.

Como aqui.

E o regime não poderia ser outro, que não o **fechado**.

Até mesmo em atenção à hediondez do crime e ao "*quantum*" de pena aplicada.

Finalmente, tendo em conta ter-se reconhecido o brilhante trabalho pericial que a Polícia Civil imprimiu ao feito, determina-se a expedição de ofício ao Excelentíssimo Senhor Secretário de Segurança Pública de São Paulo, com elogio ao Senhor Superintendente da Polícia Científica e ao Doutor Delegado Presidente do Inquérito Policial e de todos os quantos participaram direta e indiretamente de todas as investigações no caso concreto.

POSTO, rejeitadas as preliminares, nega-se provimento ao apelo do acusado, oficiando-se como antes referido.

Expeça-se mandado de prisão.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0000686-40.2010.8.26.0584, da Comarca de São Pedro, em que é apelante MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO, é apelado EDSON ESMAEL RODRIGUES LONGATO.

ACORDAM, em 8ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "NEGARAM PROVIMENTO ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este

acórdão. **(Voto nº 431)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores LOURI BARBIERO (Presidente) e MARCO ANTÔNIO COGAN.

São Paulo, 30 de outubro de 2014.

ALCIDES MALOSSI JUNIOR, Relator

Ementa: APELAÇÃO CRIMINAL. Tráfico de Entorpecentes. Autoria controversa. Insuficiência de provas. Presunção de inocência. Absolvição mantida. Em se considerando que as provas colhidas indicam perfil adverso a atividades criminosas, pela primariedade, residência fixa, comprovação de atividade lícita, o pleito pela condenação por tráfico de drogas, que sequer estavam na posse do Apelado e foram encontradas em caminhão notoriamente destrancado e estacionado em via pública, não possui razão de ser. Com base na presunção de inocência albergada constitucionalmente (CR, art. 5º, inc. LVII), a regra insculpida no CPP, art. 386, inc. VII, desautoriza solução diversa. Recurso não provido.

VOTO

Trata-se de "*apelação criminal*", interposta pelo Ministério Público do Estado de São Paulo, por irresignação contra sentença absolutória em favor de **EDSON ESMAEL RODRIGUES LONGATO**, proferida pelo *Juízo da Vara Única da Comarca de São Pedro*, presidida pelo d. Magistrado, MM. Rodrigo Peres Servidone Nagase (fls. 245/251).

Esclarecendo que o Apelado foi denunciado por tráfico de entorpecentes, pretende o Apelante a condenação do réu (fls. 264/269) porque: **1**- a materialidade delitiva restou cabalmente comprovada pelas provas periciais e testemunhais; **2**- a autoria é certa e segura, já que a versão apresentada pela Defesa indica pertencerem as drogas a outrem, simplesmente, que as teria colocado no caminhão velho, parado sempre na rua, de propriedade do Apelado.

O Parecer da douta Procuradoria Geral de Justiça foi pelo não provimento do recurso (fls. 287/289).

É o relatório.

Consta que o Apelado foi preso por supostamente ocultar e guardar em depósito 49 porções de cocaína, sem autorização legal ou regulamentar. Como descrito na inicial acusatória, em razão de denúncias anônimas, policiais se

dirigiram ao local e, dentro de um caminhão, como indicado, encontraram a cocaína. O veículo pertencia ao Apelado, sendo que, ao se realizar a vistoria no interior do veículo, 48 das porções (idênticas) foram encontradas debaixo do banco, além de uma maior. Ao cabo da instrução criminal, julgou o douto Juízo *a quo* pela inexistência de provas substanciais aptas a condenar o réu. Embora tenha sido demonstrada a materialidade delitiva, o acervo testemunhal não permitiria inferir que as drogas pertencessem ao Apelado, mormente porque encontradas em um caminhão antigo, estacionado em via pública e cujas portas permaneciam constantemente destrancadas.

O recurso não comporta provimento.

Conforme se vislumbra nitidamente, a materialidade delitiva não é fator de controvérsia, em vista das provas materiais e periciais que documentaram o presente feito: o auto de exibição e apreensão (fls. 18), fotografias do entorpecente (fls. 19/20), o laudo toxicológico nº 100302-02 (fls. 22) e o laudo toxicológico nº 2482/2010 (fls. 60/62). O resultado positivo para a cocaína restou infenso a dúvidas. Por outro lado, tomando em consideração a natureza, a quantidade e o acondicionamento da droga, a destinação para o tráfico também parece não suscitar dúvidas.

Por outro lado, a autoria não foi efetivamente comprovada.

Não há nada de efetivo nas provas testemunhais colhidas a ponto de se legitimar a condenação do Apelado, que deve permanecer em liberdade, em decorrência do princípio do *in dubio pro reo*.

Com efeito, analisando os depoimentos nos autos, outra conclusão não se pode extrair.

Em **interrogatório** (fls. 161/162), o Apelado ressaltou ter atividade lícita. A Defesa pugnou como provável autor um homem que se conhece pela alcunha de "Edinho", reconhecido como traficante pelos populares na cidade de Santa Maria da Serra, onde os fatos se deram.

A testemunha comum **Valmiro** (fls. 116/117) simplesmente presenciou a apreensão da cocaína, escondida debaixo do banco do caminhão do Apelado, estacionado na rua e com as portas destravadas. Desconhece "Edinho". Atestou o perfil trabalhador do Apelado e manifestou-se surpreso com a descoberta da droga.

A testemunha de acusação **Deucílio** (fls. 117), policial civil, apresenta depoimento que não chega a infirmar a tese defensiva. Participou da apreensão da cocaína e reiterou a negativa de autoria que o Apelado sustentou defensivamente. Afinal, asseverou que a denúncia anônima atestava simplesmente a existência de droga embaixo do banco do caminhão, velho e com o vidro aberto. Confirmou que o Apelado dormia no momento daquele fato. Conhecendo-o, ressaltou que "*até então desconhecia qualquer atitude que desabonasse a conduta dele*".

A testemunha de acusação **Vanildo** (fls. 184/187), policial civil, disse que o Apelado confessara ser usuário de *crack.* Reiterou as suspeitas quanto à origem da cocaína estar ligada ao vizinho traficante, conhecido como "Edinho". Quanto ao caminhão, destacou o problema no miolo da fechadura, o que explicaria as portas destrancadas do veículo.

A testemunha de acusação **Daniel** (fls. 188/191), policial civil, repetiu as assertivas de Vanildo, sublinhando que a denúncia apenas mencionara o esconderijo da droga (em um "*caminhão antigo, meio* '*caindo aos pedaços*'"), sem atribuir a responsabilidade ao Apelado.

A testemunha de defesa **Leandro** (fls. 117), irmão do Apelado, não desmentiu ser este usuário de drogas, enfatizando, porém, que Edson se dedica a atividade lícita (é funcionário de uma carvoaria). Reiterou que o caminhão era vulnerável, sem chave, vidro e com portas abertas. Admitiu conhecer "Edinho", cujo passado criminoso reiterou.

Outrossim, os demais requisitos subjetivos permitem supor a inexistência de envolvimento contumaz com atividade criminosa, eis que o Apelado é primário, possui residência fixa e comprovado exercício de atividade lícita.

Em vista do *corpus probatorium* frágil e inconclusivo, pelo princípio da presunção de inocência, tal como constitucionalmente albergado (CR, art. 5º, inc. LVII), a absolvição do Apelado é medida que se impõe. Nesse sentido, preleciona Maurício Zanoide de Moraes:

> A realidade forense, porém, não trilha apenas o caminho da certeza. No mais das vezes, por melhor que seja a instrução processual, por mais que as partes contribuam para esclarecer os fatos e o juiz seja minucioso em seu exame, ainda restará a dúvida e a incerteza quanto à escolha do julgador sobre aquelas opções indicadas (há fato ou não?; é ou não o seu autor?; e há ou não causas excludentes?). Para esses casos de dúvida o legislador reservou o inc. VI do art. 386 do CPP, e no qual se garante ao imputado que em caso de dúvida a decisão judicial deverá lhe ser favorável, é dizer, será absolutória. Isso está, desde tempos remotos, na máxima latina *in dubio pro reo*, instante do princípio da presunção de inocência, o qual informa todo e qualquer sistema processual penal em um Estado Democrático de Direito (in: *Código de Processo Penal e sua Interpretação Jurisprudencial*. FRANCO, Alberto Silva, STOCCO, Rui (coord.), São Paulo, RT, 2ª ed., 2004, pág. 1.587).

Portanto, considerada a inexistência de elementos concretos aptos a provar a autoria do tráfico, já que nem remotamente se constatou estar o Apelado na posse da cocaína, a absolvição por insuficiência de provas é medida de rigor no caso em testilha (CPP, art. 386, inc. VII).

Do exposto, por meu voto, NEGO PROVIMENTO ao recurso.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0009058-57.2012.8.26.0050, da Comarca de São Paulo, em que é apelante MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO, é apelado CLÁUDIO RIBEIRO DOS SANTOS.

ACORDAM, em 7ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento ao recurso, nos termos que constarão do acórdão. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 20.564)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores ROBERTO MORTARI (Presidente sem voto), CAMILO LÉLLIS e AMARO THOMÉ.

São Paulo, 16 de outubro de 2014.

J. MARTINS, Relator

Ementa: APELAÇÃO – ART. 306 DO CTB – EMBRIAGUEZ NO VOLANTE – AUSÊNCIA DE DEMONSTRAÇÃO DA INEFICÁCIA DO ETILÔMETRO – TESTE REALIZADO DENTRO DO PRAZO DE CERTIFICAÇÃO DO INMETRO – VALIDADE – ENTENDIMENTO: Não se deve confundir calibração com certificação do INMETRO, sendo que a calibração é feita pelo fabricante, não existindo prazo para nova calibração, salvo se danificado o aparelho ou reprovado pelo INMETRO. Já a certificação deve ocorrer anualmente, conforme previsto na Resolução nº 206 do CONTRAN, cabendo ao INMETRO verificar se o equipamento está de acordo com os parâmetros estabelecidos para o correto funcionamento. Assim, sendo o teste realizado dentro do prazo de certificação, válida será a prova material pelo aparelho emitida. Recurso provido.

Acesso ao Sumário

VOTO

CLÁUDIO RIBEIRO DOS SANTOS foi denunciado, perante a 2ª Vara Criminal da Comarca de São Paulo, como incurso no art. 306, do Código de Trânsito Brasileiro, por fatos ocorridos em 02 de outubro de 2011.

A denúncia foi recebida aos 11 de abril de 2012 (fls. 17), sendo o acusado citado (fls. 22), com apresentação de resposta escrita (fls. 23/26).

Conclusos os autos, o MM. Juízo "a quo", entendendo estar a prova técnica comprometida em razão de não ter sido realizada a obrigatória verificação anual do etilômetro, o que inviabiliza, assim, comprovação da embriaguez, absolveu sumariamente CLÁUDIO, com fulcro no art. 397, inciso III, do Código de Processo Penal.

Inconformado recorreu o representante do Ministério Público buscando a reforma da decisão ao argumento de que é válido o resultado obtido pelo etilômetro que aferiu o estado de embriaguez do acusado, inexistindo prova de que estivesse descalibrado ou defeituoso. Pugna, assim, em razão da suficiência do conjunto probatório dos autos, pelo prosseguimento da instrução criminal (fls. 60/70).

Ofertada as contrarrazões (fls. 78/83), a douta Procuradoria Geral de Justiça, em seu parecer, opinou pelo provimento do recurso (fls. 87/90).

É O RELATÓRIO.

Narra a inicial acusatória que, na data dos fatos, o denunciado conduzia veículo automotor na via pública, por volta das 02:00h da madrugada, nesta Capital, sob a influência de álcool, em concentração por litro de sangue muito superior a 06 (seis) decigramas, expondo a dano potencial a incolumidade de outrem (fls. 01d/02d).

A insurgência ministerial merece ser acolhida, mas pelos motivos a seguir expostos.

Consigne-se que a prova material da ocorrência da embriaguez pode ser obtida por meio do teste do "bafômetro" ou exame de sangue, o qual, registre-se, o denunciado se recusou a ser submetido (fls. 06).

O exame de etilômetro realizado no acusado em 02 de outubro de 2011 apresentou resultado de 0,42mg de álcool por litro de ar expelido pelos pulmões, o que equivale a 8,4 decigramas de álcool por litro de sangue, resultado superior ao permitido por lei, sendo prova material hábil (fls. 52).

Na tira do laudo pericial, constata-se que o INMETRO apontou como data da última calibragem o dia 02/04/2009, com certificação próxima prevista para 06/06/2012; deste modo, constata-se que a calibragem continuava válida na data em que o crime ocorreu, isto é, em 02/10/2011, antes do vencimento da certificação do INMETRO.

Necessário aqui transcrever o disposto no art. 6º da Resolução do CONTRAN nº 206/2006 que dispõe:

"*O medidor de alcoolemia – etilômetro – deve observar os seguintes requisitos:*

I – ter seu modelo aprovado pelo Instituto Nacional de Metrologia,

Acesso ao Sumário

Normalização e Qualidade Industrial INMETRO, atendendo a legislação metrológica em vigor e aos requisitos estabelecidos nesta Resolução;

II – ser aprovado na verificação metrológica inicial realizada pelo INMETRO ou órgão da Rede Brasileira de Metrologia Legal e Qualidade RBMLQ;

III – ser aprovada na verificação periódica anual realizada pelo INMETRO ou RBMLQ;

IV – ser aprovado em inspeção em serviço ou eventual, conforme determina a legislação metrológica vigente".

E do teor desta Resolução verifica-se que não se pode confundir a verificação anual do aparelho ali prevista com a sua calibragem como fez o douto juiz sentenciante.

Em recente julgado o E. Superior Tribunal de Justiça esclareceu a questão, assim registrando:

"*HABEAS CORPUS IMPETRADO EM SUBSTITUIÇÃO AO RECURSO PREVISTO NO ORDENAMENTO JURÍDICO. (...) EMBRIAGUEZ AO VOLANTE. VERIFICAÇÃO DA LEGALIDADE DA PROVA PRÉ-CONSTITUÍDA. BAFÔMETRO. LEGALIDADE. 4. ORDEM NÃO CONHECIDA.*

2. O art. 6º, inciso III, da Resolução n° 206, de 20 de outubro de 2006, do CONTRAN, revogado pela Resolução n° 432/2013, dispunha que o medidor de alcoolemia – etilômetro – deveria ser aprovado na verificação periódica anual realizada pelo Instituto Nacional de Metrologia, Qualidade e Tecnologia – INMETRO ou por órgão da Rede Brasileira de Metrologia Legal e Qualidade – RBMLQ.

3. A verificação periódica anual não tem qualquer relação com a calibragem do etilômetro. Esta é feita pelo fabricante quando do fornecimento dos aparelhos aos órgãos públicos ou no caso de defeito, enquanto aquela é feita pelo INMETRO, que vistoria anualmente os equipamentos.

4. No caso, embora a última calibração do etilômetro tenha sido realizada em 17/09/2008, a próxima certificação do INMETRO se daria apenas em 15/12/2010, e o paciente fora submetido ao teste de alcoolemia em 22/08/2010, dentro, portanto, do prazo da data da última verificação anual, conforme disciplina a referida resolução, inexistindo qualquer ilegalidade à continuidade da ação penal.

5. Ordem não conhecida" (HC n.º 242915/MG – Rel. Min. Marco Aurélio Belizze, 5ª T, j. 06/06/2013).

Neste mesmo sentido já decidiu esta Corte no julgamento da Apelação nº 0008070-73.2013.8.26.0576 da Relatoria do E. Des. Ivo de Almeida: "*A calibração é procedimento realizado pelo fabricante do aparelho, no caso, do etilômetro, para correção ou ajuste do aparelho quando este não está procedendo às medições adequadamente. O prazo para calibração não*

Acesso ao Sumário

está estabelecido pela Resolução 206/2006. Assim, não faz o menor sentido submeter o aparelho à calibração se ele está funcionando regularmente, sendo certo ainda que anualmente é necessária a verificação. Não se trata, contudo, de calibração, mas de verificação periódica, prevista na Resolução 206/2006 (artigo 6º, III) e realizado pelo INMETRO. O INMETRO somente certifica que o aparelho está funcionando corretamente, vale dizer, que está procedendo às medições dentro dos padrões e erros estabelecidos pelo fabricante. Se os testes no exame de verificação realizados pelo INMETRO atestarem que o etilômetro não está realizando as medições corretamente, então, neste caso, o aparelho é submetido à calibração, não pelo INMETRO, mas pelo seu fabricante" (Voto nº 7223 – 1ª Câmara de Direito Criminal – j.04/08/2014).

Assim, o aparelho usado para a realização do teste no caso em testilha, estava verificado pelo INMETRO no momento de seu uso, tendo em vista que a próxima certificação estava marcada para data posterior.

Destarte, não comprometida a prova técnica constante dos autos não cabe a manutenção da absolvição sumária do acusado como proferida.

Diante do exposto, **DÁ-SE PROVIMENTO** à apelação para cassar a r. decisão de fls. 53/57, prosseguindo-se na instrução do feito nos seus ulteriores termos.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 3000747-83.2013.8.26.0246, da Comarca de Ilha Solteira, em que é apelante/querelante SIRLENE BASÍLIO BERNADES, é apelado MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO e querelado JOSÉ PARAÍSO.

ACORDAM, em 9ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Com determinação, negaram provimento ao recurso, mantida a r. decisão impugnada. Dê-se ciência do julgado ao ilustre Dr. Promotor de Justiça, na origem, para pronunciar-se sobre o disposto nos arts. 29 e 46 do CPP. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 24.600)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores SÉRGIO COELHO (Presidente sem voto), SOUZA NERY e ROBERTO MIDOLLA.

São Paulo, 6 de novembro de 2014.

ROBERTO SOLIMENE , Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: PROCESSO PENAL – Na origem, rejeição de queixa-crime – Parte que irresignada interpôs

recurso de apelação – Descabimento – Hipótese de recurso em sentido estrito – Art. 581, I do CPP – Fungibilidade excepcional que, porém, se impõe, dada a inexistência de prejuízo para quem quer que seja – Recurso conhecido.

CRIME DE INJÚRIA RACIAL – Rejeição da queixa-crime na origem por ilegitimidade de parte – Crime de ação penal pública condicionada à representação – Ministério Público que é o titular da ação penal no caso dos autos – Inércia do órgão de acusação ainda não configurada – Circunstância que, somente então, autorizaria o oferecimento de ação penal privada subsidiária da pública – Recurso ao qual se nega provimento com determinação – Abertura de vistas ao Dr. Promotor de Justiça para pronunciamento em conformidade com os arts. 29 e 46 do CPP.

VOTO

Relatório

Cuida-se de recurso de apelação (fls. 21/22), interposto por Sirlene Basílio Bernardes contra a r. decisão a fls. 13/13vº, que rejeitou a queixa-crime por ela oferecida contra José Paraíso, a pretexto de suposta ilegitimidade da querelante, nos termos do que dispõe o art. 395, inc. II do Cód. de Processo Penal.

No entanto, irresignada, a querelante apelou, alegando que a aludida r. decisão padece de incorreção, na medida em que aconteceu a necessária provocação do Ministério Público, através do registro de boletim de ocorrência e do termo de representação (cf. fl. 9), sendo de rigor o recebimento da queixa-crime e prosseguimento do feito.

Após contrarrazões (fls. 32/33 e 35/36), a D. Procuradoria Geral de Justiça emitiu parecer pelo desprovimento do apelo (fls. 40/42).

É o relatório.

-1-

Cumpre observar, desde logo, que a decisão que rejeita a queixa-crime desafia o recurso em sentido estrito, consoante posto no art. 581, inc. I do Cód. de Processo Penal. Ainda assim, pese o recorrente empregar recurso diverso, o de apelação, pelo princípio da fungibilidade dos recursos, esta deve ser conhecida como recurso em sentido estrito, nos termos do art. 579 do referido estatuto processual.

O rigorismo adjetivo se impõe quando a parte age de má-fé – o que evidentemente não é o caso, ou quando patente erro crasso.

Acesso ao Sumário

Não há aqui dano processual em detrimento de quem quer que seja, razão pela qual deixo de aplicar a penalidade em termos de matéria preliminar, enfrentando o mérito recursal.

E por cautela, em homenagem aos augustos membros da Câm., abro vistas dos autos para fins de revisão, esta a ser levada a cabo pelo E. 2º Juiz, como se vê nos autos originários.

Então, uma vez feitas tais considerações, respeitosamente, nego provimento ao recurso e justifico.

-2-

Cf. se verifica da inicial acusatória, o querelado, presidente da "Associação de Rocinhas Familiares", localizada no Cinturão Verde de Ilha Solteira, em razão de um desentendimento supostamente acontecido em 30.8.2013, teria disparado contra a querelante a seguinte expressão: "(...) Não quero essa neguinha morando ai. Não fui com a cara dessa neguinha barraqueira (...)", *verbis*, fl. 3, item n. 4.

Com efeito, não obstante a recorrente ter capitulado os fatos no tipo penal do art. 20 da Lei 7.716/89[1], respeitosamente eles melhor se enquadram à figura do art. 140, § 3º do Cód. Penal, que cuida da chamada **injúria racial**, cuja ação penal é pública condicionada à representação, em acordo com o art. 145, p. único do Cód. Penal.

Importante ressaltar que, em acordo com decisão do E. Superior Tribunal de Justiça, lição aplicável na espécie, "A representação, condição de procedibilidade exigida nos crimes de ação pública condicionada, prescinde dos rigores formais, bastando a inequívoca manifestação de vontade da vítima, ou de seu representante legal, no sentido de que se promova a responsabilidade penal do agente, como evidenciado, *in casu*, com a *notitia criminis* levada à autoridade policial, materializada no boletim de ocorrência" (STJ, 5ª T., HC nº 130.000/SP, rel. Minª. Laurita Vaz, DJe de 08/09/09).

E mais, aquela E. Corte "(...) vem entendendo que o simples registro da ocorrência perante a autoridade policial equivale à representação para fins de instauração da instância penal" (STJ, 5ª T., ROHC nº 10.872/SC, rel. Min. José Arnaldo da Fonseca, DJU de 04/06/01).

Nem há novidade naquele escólio, na medida em que o Col. Pretório Excelso teve chance de se pronunciar do mesmo modo: "(...) Não exige a lei, para que tenha validade, rigorismos formalísticos, bastando para que surta efeito a inequívoca manifestação da vontade de que seja o autor do crime submetido a processo" (vide RTJ, 57/391).

No presente caso, porém, a querelante, ao registrar boletim de ocorrência

1 Praticar, induzir ou incitar a discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional. (Redação dada pela Lei nº 9.459, de 15/05/97). Pena: reclusão de um a três anos e multa (Redação dada pela Lei nº 9.459, de 15/05/97)

Acesso ao Sumário

e o respectivo termo de representação (fls. 8/9), efetivamente **manifestou a vontade de ver o recorrido processado**. Por isso, não há falar em ausência de representação da vítima.

Ocorre que, tratando-se de ação penal pública, esta será promovida mediante denúncia do Ministério Público, após representação da vítima (art. 24 do Cód. de Processo Penal). É, vale dizer, função institucional do Ministério Público promover (dar causa) a ação penal pública (art. 129, inc. I, da Constituição da República), sendo certo que, será admitida ação privada nos crimes de ação pública, **se esta não for intentada no prazo legal** (leia-se no art. 29 do Cód. de Processo Penal).

Ora, no presente caso, diante dos documentos que instruem a queixa-crime, é absolutamente impossível concluir pela inércia do Ministério Público, circunstância esta que, naquelas condições, somente então autorizaria o oferecimento de ação penal privada subsidiária da pública.

Todavia, concluindo, data vênia, correta a decisão que rejeitou a aludida queixa-crime, posto não ter a recorrente legitimidade para a instauração da ação penal.

A respeito, leia-se o teor do art. 145 do Cód. Penal e seu § 3º, *verbis*:

"(...) Nos crimes previstos neste Capítulo somente se procede mediante queixa, salvo quando, no caso do art. 140, § 2º, da violência resulta lesão corporal.

Parágrafo único. Procede-se mediante requisição do Ministro da Justiça, no caso do inciso I do *caput* do art. 141 deste Código, **e mediante representação do ofendido**, no caso do inciso II do mesmo artigo, bem como **no caso do § 3º do art. 140 deste Código**" (Redação dada pela Lei nº 12.033, de 2009).

A ação subsidiária somente pode ser intentada após decorrido o prazo legal para atuação do Ministério Público, o que não se operou na presente hipótese.

No caso, a representação da apelante ao *Parquet* data de 4.9.2013 (fl. 9). A *queixa crime*, promovida logo em seguida, contém a data de 9.9.2013 (fl. 3), 5 dias depois, sequer existindo prova de que nesse interim o Dr. Promotor de Justiça fosse instado a se pronunciar sobre o exercício da ação penal (vide fls. 8, 9 e 10).

Em reforço ao argumento, no mesmo sentido do ora decidido, a preciosa lição do E. Min. CARLO BRITTO, do Col. STF:

"(...) A ação penal privada subsidiária da pública, de nítida envergadura constitucional (inciso LIX do art. 5º da CF), configura espécie excepcional de legitimidade do ofendido (ou seu representante legal) para promover ação penal. Na falta de inércia do Ministério Público, não é de se dar trânsito à queixa, ajuizada em substituição à denúncia (...)" (Inq 2696 AgR/DF, julgamento em 19.12.2008, Tribunal Pleno).

Acesso ao Sumário

E de igual tom outro julgado daquela Corte: HC 74276/RS – rel. Min. CELSO DE MELLO – 1ª Turma – J. 3.9.1996.

Segundo a doutrina, seria hipótese de inércia do *Parquet* se a representação já estivesse amparada por todos os elementos probatórios suficientes para a deflagração da ação penal – o que sequer é o caso – e, ainda assim, o Ministério Público não viesse a oferecer a denúncia no prazo previsto no art. 46 do CPP.

Hipótese, então, de determinação para, na origem, prévio pronunciamento do órgão ministerial acerca da representação de fl. 9 e também em relação à petição de fls. 2 e 3.

Ante o exposto, com determinação, nego provimento ao recurso, mantida a r. decisão impugnada. Dê-se ciência do julgado ao ilustre Dr. Promotor de Justiça, na origem, para pronunciar-se sobre o disposto nos arts. 29 e 46 do CPP.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0001386-22.2011.8.26.0118, da Comarca de Cananéia, em que é apelante RAIMUNDO ROSA DE JESUS, é apelado MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em 4ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento em parte ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 24.315)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores EUVALDO CHAIB (Presidente sem voto), WILLIAN CAMPOS e EDISON BRANDÃO.

São Paulo, 11 de novembro de 2014.

IVAN SARTORI, Relator

Ementa: Apelação – Venda de bebida alcoólica a menor de 18 anos – Autoria e materialidade comprovadas – Acionado que admite a prática delitiva, ainda que apresentando exculpatória – Conduta que, entanto, não se amolda ao tipo penal do art. 243 do ECA, mas ao art. 63, I, da LCP – Desclassificação que se impõe – Precedentes – Recurso parcialmente provido.

Acesso ao Sumário

VOTO

Ação penal em que incurso o réu no art. 243 da Lei 8.069/90.

A r. sentença é de procedência, impostas as penas de 02 anos de detenção, regime aberto, e 10 dias-multa, unitário mínimo, substituída a corporal por duas restritivas de direito, consistentes em prestação de serviços à comunidade e prestação pecuniária no importe de um salário mínimo e meio.

Recorre a defesa em busca da absolvição, ao argumento de que ausente laudo pericial a comprovar serem alcoólicas as bebidas vendidas. Subsidiariamente, defende a desclassificação para a contravenção do art. 63, I, da LCP (fls. 135/44).

Contrariedade às fls. 146/51.

A Procuradoria de Justiça é pelo desprovimento (fls. 158/61).

Recurso bem processado.

É o relatório, adotado, no mais, o de primeiro grau.

A teor da portaria de fl. 02 e do b.o. de fls. 03/5, o increpado foi pilhado por conselheiros tutelares logo após vender bebida alcoólica a menores de 18 anos, durante a festa de aniversário da cidade.

Daí este processo.

Tanto na delegacia, como em juízo, o acionado Raimundo Rosa de Jesus disse que participava dos festejos pelo aniversário de Cananéia pela primeira vez. Sempre teve quiosque itinerante de bebidas alcoólicas e nunca enfrentou problemas desse tipo, pois solicita identificação dos compradores mais jovens. Trouxe, inclusive, declaração do Conselho Tutelar de Peruíbe – onde reside e normalmente exerce suas atividades – a dar conta de seu comportamento exemplar nesse sentido (fl. 40). No dia da festa, o movimento era muito intenso e apenas um dos jovens (Alan de Franca) veio até a barraca (que conta com alerta sobre a proibição de venda de álcool para menores) e pediu duas bebidas, não se recorda quais seriam, mas, uma delas era alcoólica e a outra não. Como era um rapaz alto e forte, aparentando maioridade, acreditou quando ele respondeu afirmativamente no instante em que indagado se era maior de idade (disse que contava 22 anos de idade). E, considerada a "correria" em que estava, fez a venda sem pedir documentos. Pouco depois, vieram os conselheiros tutelares com ele e outro rapaz (este com aparência de menor), dizendo que o interrogando havia vendido bebidas para eles e que tinham que ir até o distrito policial (fls. 11/2 e 104).

Acesso ao Sumário

Os menores Alan de Franca (a contar 17 anos) e Felipe Cubas (16 anos) apresentaram versões discrepantes, nas duas vezes em que ouvidos.

Ante a autoridade policial contaram que foram à festa da cidade se divertir. Então, Alan foi sozinho até o quiosque pegar bebidas. Pegou duas

latas de cerveja e uma caipirinha. Este último chegou a admitir que o vendedor perguntou se ele era maior e ele disse que sim (fls. 06/7).

Entanto, em pretório, mudaram a versão, dizendo que foram juntos ao quiosque e que Raimundo não lhes perguntou nada. Solicitaram as bebidas e foram atendidos (mídia de fl. 59).

Cícero Lopes dos Santos, amigo do réu que estava na festa (ouvido apenas em juízo – mídia de fl. 74), asseverou que viu Alan chegar sozinho e pedir bebidas, dizendo ao increpado que era maior. Também acreditou nele, afinal era um rapaz alto e já era tarde da noite.

Os conselheiros tutelares Ubiracy Pires e Ivete Arcanjo mostraram-se confusos ao descreverem o que teria sido vendido aos rapazes, alegando desconhecerem bebidas alcoólicas. Receberam denúncia anônima de que, na festa de aniversário da cidade, as barracas estavam vendendo bebidas alcoólicas para menores, sem apontar alguém em específico. Então, permaneceram observando e notaram um movimento maior de jovens no quiosque do réu. Viram Alan e Felipe se afastando de lá com bebidas e os abordaram. Pediram seus documentos e constataram a menoridade de ambos. Então, foram até a barraca de Raimundo e o convidaram a ir com eles até a delegacia, pois tinha acabado de vender álcool para menores. Ele não ofereceu resistência, nem discutiu, apenas deixou a barraca aos cuidados de um amigo e os acompanhou, asseverando que perguntou ao rapaz se era maior e ele tinha dito que sim (fls. 09/10 e mídia de fl. 59).

Nesse contexto, respeitado o esforço da combativa defesa, não obstante alguns senões, a venda de álcool aos menores está provada.

Certo que ninguém parece concordar acerca de quais seriam as bebidas vendidas aos menores, já que os rapazes dizem que foi um copo de caipirinha e duas latas de cerveja, ao passo que o réu fala em dois drinks (um alcoólico e outro sem álcool), enquanto os conselheiros tutelares dizem não conhecer bebidas, mas que se tratava de produtos com teor alcoólico (Ivete fala em um copo grande de cerveja).

Mais adequado teria sido a apreensão e perícia do que servido aos menores ou, ao menos, a elaboração de simples laudo de constatação, de molde a disseminar a dúvida.

Entanto, mesmo que não apontadas exatamente quais as bebidas em questão, em um ponto todos os ouvidos (réu, menores e testemunhas) concordam: Alan e Felipe tiveram acesso a álcool no quiosque de Raimundo.

É o quanto basta, dês que o potencial viciante das bebidas não é relevante.

Todavia, embora tenha realmente o acionado praticado ato vedado em lei (venda de bebida alcoólica a menor de idade), não é de cogitar-se, respeitado posicionamento ao revés, do crime previsto no art. 243 do ECA.

Acesso ao Sumário

É que o próprio Estatuto, em seu art. 81, diferencia bebidas alcoólicas (inciso II) dos "produtos cujos componentes possam causar dependência física ou psíquica, ainda que por utilização indevida" (inciso III) sendo que apenas os últimos integram o tipo do art. 243, "verbis":

"*Art. 243. Vender, fornecer ainda que gratuitamente, ministrar ou entregar, de qualquer forma, a criança ou adolescente, sem justa causa, produtos cujos componentes possam causar dependência física ou psíquica, ainda que por utilização indevida.*"

Desse modo, excluída a venda de bebidas alcoólicas daquele tipo penal, resta somente a conduta descrita no art. 63 da LCP, à qual o fato aqui apurado se amolda perfeitamente.

Nesse sentir, o entendimento da Instância Especial:

"*DIREITO PENAL. HABEAS CORPUS. (1) IMPETRAÇÃO SUBSTITUTIVA DE RECURSO ESPECIAL. IMPROPRIEDADE DA VIA ELEITA. (2) ENTREGA DE BEBIDA A MENOR. TIPIFICAÇÃO. CONTRAVENÇÃO PENAL OU ART. 242 DO ECA. INTERPRETAÇÃO SISTEMÁTICA DOS ARTS. 243 E 81 DO ECA. PRINCÍPIO DA LEGALIDADE PENAL. ENQUADRAMENTO: ART. 63 DA LCP. ILEGALIDADE PATENTE. CONCESSÃO DA ORDEM DE OFÍCIO. (...) 3. A entrega a consumo de bebida alcoólica a menores é comportamento deveras reprovável. No entanto, é imperioso, para o escorreito enquadramento típico, que se respeite a pedra angular do Direito Penal, o princípio da legalidade. Nesse cenário, em prestígio à interpretação sistemática, levando em conta os arts. 243 e 81 do ECA, e o art. 63 da Lei de Contravenções Penais, de rigor é o reconhecimento de que neste último comando enquadra-se o comportamento em foco.(...)*" (HC 167.659/MS, Sexta Turma, relª. Minª. Maria Thereza de Assis Moura, DJe 20.02.13);

"*PENAL. HABEAS CORPUS. FORNECIMENTO DE BEBIDA ALCOÓLICA A MENORES. TIPICIDADE DA CONDUTA. CONTRAVENÇÃO PENAL. ART. 63 DO DECRETO-LEI N.º 3.688/41. TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL. IMPOSSIBILIDADE. RECEBIMENTO DA DENÚNCIA. PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO PUNITIVA DO ESTADO. OCORRÊNCIA. CONCESSÃO EX OFFICIO DA ORDEM DE HABEAS CORPUS. 1. Consoante entendimento sedimentado nesta Corte Superior, o fornecimento de bebida alcoólica a menor é conduta típica que, apesar de não se amoldar ao tipo penal previsto no art. 243 da Lei n.º 8.069/90, encontra previsão no art. 63 do Decreto-Lei n.º 3.688/41 (Precedentes: REsp n.º 942.288/RS, Rel. Min. JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, DJe de 31/03/2008; e HC n.º 113.896/PR, Rel. Min. OG FERNANDES, SEXTA TURMA, DJe de 16/11/2010)*

Acesso ao Sumário

(...)" (HC 90.116/MS, Sexta Turma, Relª. Minª. Alderita Ramos de Oliveira – Desembargadora convocada do TJPE, DJe 19.06.12);

"*RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. ARTIGO 243 DO ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. PEDIDO DE TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL. RECURSO NÃO PROVIDO. CONCESSÃO DE '*HABEAS CORPUS*' DE OFÍCIO, PARA DESCLASSIFICAÇÃO DOS FATOS. (...) 3. Recurso ordinário ao qual se nega provimento, com concessão de '*habeas corpus*', de ofício, para desclassificar os fatos para o artigo 63, inciso I, da Lei das Contravenções Penais.*" (RHC 28.689/RJ, Sexta Turma, Rel. Min. Celso Limongi – Desembargador convocado do TJSP, DJe 18.05.11).

Nessa senda, de rigor a desclassificação, redimensionando-se o apenamento.

Em se cuidando de réu primário, sem antecedentes e sopesada a certidão do Conselho Tutelar de Peruíbe (onde labora há 12 anos – fls. 39/40), estabelece-se a pena exclusiva de multa, fixada de 10 (dez) dias-multa, diária mínima.

Destarte, dá-se provimento parcial ao recurso, nos termos acima.

Habeas Corpus

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de *Habeas Corpus* nº 2144048-33.2014.8.26.0000, da Comarca de Guarulhos, em que é paciente MARCELO CAVALCANTI DA SILVA e Impetrante CAUBI PEREIRA GOMES.

ACORDAM, em 7ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Denegaram a ordem. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 11637)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores ROBERTO MORTARI (Presidente sem voto), AMARO THOMÉ e FERNANDO SIMÃO.

São Paulo, 16 de outubro de 2014.

CAMILO LÉLLIS, Relator

Ementa: *HABEAS CORPUS* – ROUBOS MAJORADOS, CORRUPÇÃO DE MENOR,

Acesso ao Sumário

ASSOCIAÇÃO CRIMINOSA, HOMICÍDIO E LESÃO CORPORAL CULPOSOS NA DIREÇÃO DE VEÍCULO AUTOMOTOR – Relaxamento da prisão em flagrante – Inadmissibilidade – Ausência de irregularidades no auto de prisão em flagrante – Convertida a prisão em flagrante em preventiva, ficam superados eventuais vícios presentes no auto de prisão em flagrante, visto que a segregação cautelar agora decorre de novo título judicial – Precedentes do STJ – Impetração objetivando a revogação da preventiva ou a concessão de liberdade provisória – Inadmissibilidade – Decisões que converteu a prisão em flagrante em preventiva e indeferiu a liberdade provisória devidamente fundamentadas – Indícios suficientes de autoria e materialidade delitiva – Fatos graves que reclamam a manutenção da prisão processual para a garantia da ordem pública, aplicação da lei penal e por conveniência da instrução criminal – Insuficiência de cautelares menos gravosas – Condições pessoais favoráveis que, por si só, não afastam a necessidade da segregação cautelar – Inocorrência de mácula ao princípio constitucional da presunção de inocência, quando presentes os requisitos da custódia cautelar – Excesso de prazo – Ausência – Feito que tramita dentro da razoabilidade, inexistindo protelação injustificada causada pelo Juízo ou pelo Ministério Público – Inexistência de constrangimento ilegal – Ordem denegada.

VOTO

Vistos.

Trata-se de *habeas corpus* com pedido de liminar impetrado pelo advogado **Caubi Pereira Gomes** em favor de **Marcelo Cavalcanti da Silva**, preso preventivamente pela suposta prática dos crimes descritos nos art. 157, § 2º, I e II, por duas vezes, 288, parágrafo único do Código Penal, art. 244-B da Lei nº 8.069/90, art. 302, parágrafo único, I e art. 303, parágrafo único, combinado com art. 302, parágrafo único, I, ambos da Lei nº 9.503/97, em concurso formal; todos em concurso material, apontando como autoridade coatora o **MM. Juiz de Direito da 4ª Vara Criminal da Comarca de Guarulhos**, pleiteando o relaxamento da prisão por ausência de fundamentos concretos à prisão ou por excesso de prazo para formação da culpa, ou, subsidiariamente, a revogação da

Acesso ao Sumário

prisão preventiva ou concessão da liberdade provisória, se for o caso, cumulada com medidas cautelares diversas da prisão, previstas no art. 319, I, IV, do Código de Processo Penal.

Sustenta o impetrante, em síntese, que o paciente sofre constrangimento ilegal em razão da consignação de perguntas durante seu interrogatório policial, mesmo tendo afirmado que somente se manifestaria em juízo, o que demonstra a parcialidade da autoridade policial e fere seu direito de permanecer em silêncio e a presunção de sua inocência, ensejando o relaxamento de prisão.

Aduz que tanto o decreto de prisão preventiva, como o indeferimento de sua revogação foram fundamentados de forma inidônea, com base em fundamentos genéricos e na gravidade abstrata do delito e sequer foi analisada a possibilidade de fixação de medida cautelar diversa da prisão, o que afronta o art. 93, inciso IX, da Constituição Federal.

Alega, também, que a prisão deve ser medida de *ultima ratio*, e que houve violação do princípio da presunção da inocência.

Afirma, ainda, que o paciente ostenta condições pessoais favoráveis, como primariedade e residência fixa, e que, diante da desnecessidade da prisão, devem ser fixadas medidas alternativas ao cárcere previstas no art. 319 do Código de Processo Penal, as quais se mostram mais adequadas ao presente caso.

Assevera, por fim, que o paciente encontra-se na iminência de sofrer novo constrangimento ilegal, pois está recolhido desde 09 de julho de 2014, e notadamente a instrução processual para a formação da culpa não observará os prazos previstos nas normas processuais e a razoabilidade, o que configurará excesso de prazo para formação de culpa.

Indeferido o pedido liminar (fls. 61/64), foram prestadas as informações de estilo (fls. 72/145), tendo a D. Procuradoria Geral de Justiça opinado pela denegação da ordem (fls. 147/154).

É o relatório.

A denegação da ordem é medida que se impõe.

De início, deve-se consignar que os alegados vícios supostamente presentes no flagrante restaram superados com a superveniente decisão que converteu a prisão em flagrante em segregação preventiva, conforme informações prestadas.

Neste sentido, já julgou o Colendo Superior Tribunal de Justiça:

"*(...) O apontado vício no auto de prisão em flagrante fica superado com a superveniência da decisão que o converteu em preventiva. Constatada a superveniência da constrição preventiva, sob os requisitos ínsitos no art. 312 do CPP, fica prejudicada a alegação de nulidade da prisão flagrancial. (...)*" (HC nº 263265/SP, 6ª Turma, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, DJe 25/09/2013).

Ainda que assim não fosse, foram observadas todas as formalidades

Acesso ao Sumário

previstas em lei, inexistindo as irregularidades aventadas, na medida em que não há qualquer vedação legal na consignação de perguntas feitas pela autoridade policial e não respondidas pelo investigado. Frise-se que foi informado ao paciente de seus direitos constitucionais, máxime o de permanecer em silêncio, e assim permaneceu, tendo sido, inclusive, acompanhado de advogado (fls. 91). Desta forma não houve qualquer violação ao direito de permanecer em silêncio ou à imparcialidade da autoridade policial.

Igualmente, não comporta o caso revogação da preventiva.

O paciente foi preso e denunciado porque, em tese, em data anterior a 09 de julho de 2014, em Guarulhos e São Paulo, associou-se com Rodrigo Consentino da Fonseca e o adolescente A.M.D.F., formando grupo armado para o fim de cometer crimes, bem como facilitou a corrupção do adolescente W.T.S. com ele praticando infração penal.

Além disso, em 08 de julho de 2014, por volta das 20h55min, em Guarulhos, agindo em concurso de agentes com Marcelo, mediante grave ameaça exercida com emprego de armas de fogo contra a vítima Renato Cazelli, subtraíram para si, um veículo VW/GOL, ano 1998, prata, placas CTK 5138/SP, pertencente ao ofendido.

Consta também, que na mesma data, por volta das 21h20min, em Cangaíba, ambos agindo em concurso de agentes, mediante grave ameaça exercida com emprego de armas de fogo contra a vítima Katia Aparecida da Silva Oshiro, subtraíram para si, um veículo I/Nissan Versa, ano 2012, prata, placas FHZ 3447/SP, bem como um aparelho celular marca Apple, modelo Iphone, pertencentes à ofendida.

Por fim, em 09 de julho de 2014, por volta da 01h, em Guarulhos, Marcelo, na direção de veículo automotor, sem possuir habilitação, praticou homicídio culposo acarretando a morte de Jorge Luiz Lopes, bem como lesão corporal culposa em Jaraci Rebouças da Silva.

A decisão que decretou a prisão preventiva e a que indeferiu a liberdade provisória foram suficientemente fundamentadas (fls. 24/25 e 21/23), pautando-se na presença da materialidade e indícios suficientes de autoria, decorrentes dos depoimentos prestados e do reconhecimento pessoal positivo realizado pelas vítimas dos roubos.

Acesso ao Sumário

Ademais, diversamente do que alega a defesa, não se pautou a decisão em argumentos genéricos como sustentado pelo impetrante, mas na gravidade concreta dos fatos em tela, perpetrados mediante violência e grave ameaça, sendo necessária a cautelar extrema para a garantia da ordem pública evitando-se a prática de investidas semelhantes; considerou, também, ser a medida necessária para a conveniência da instrução criminal, a fim de possibilitar o reconhecimento dos agentes pela vítima e para assegurar a aplicação da lei penal,

pois em razão da quantidade de delitos há grande possibilidade de condenação no regime inicial fechado.

Importante frisar não se exigir que a decisão dessa natureza seja fundamentada de forma vasta, bastando que, sucintamente, esclareça a conveniência de sua mantença, como no caso dos autos.

É o posicionamento o Colendo Superior Tribunal de Justiça:

"*No conceito da ordem pública, não se visa apenas prevenir a reprodução de fatos criminosos, mas acautelar o meio social e a própria credibilidade da justiça em face da gravidade do crime e de sua repercussão*" (STF, HC nº 60043-RS, 2ª Turma, Min. Carlos Madeira, RTJ 124/033).

E, de fato, a prisão preventiva é a medida mais adequada ao caso, pois, da análise perfunctória dos autos, extrai-se que há indícios suficientes de autoria e materialidade delitiva que pesam desfavoravelmente contra o paciente, decorrentes do auto de prisão em flagrante dos reconhecimentos pessoais positivos, bem como se encontram presentes os demais requisitos previstos no art. 312 do Código de Processo Penal.

Isso porque a segregação provisória do paciente se mostra absolutamente necessária, haja vista a extrema gravidade concreta dos fatos a ele imputados.

Ora, o paciente está sendo acusado de crimes gravíssimos, dentre eles, dois roubos em concurso de agentes, com emprego de armas de fogo contra vítimas diversas. Não bastasse, consta que o paciente empreendeu fuga do local na condução de veículo automotor e durante perseguição policial, em alta velocidade, ultrapassou sinal vermelho de trânsito e colidiu contra outro veículo, resultando na morte de um de seus ocupantes e lesões corporais no outro.

Sabe-se que o delito de roubo que tem causado extremo temor à sociedade, visto que as ações criminosas perpetradas estão cada vez mais revestidas de audácia e violência e, no presente caso, teve consequências gravíssimas, culminando na morte de uma pessoa, o que revela o desprezo pelos valores do convívio social e da vida.

Diante de tal quadro, a reação estatal deve ser proporcional à gravidade dos fatos. E a resposta, no presente caso, não pode ser outra senão a manutenção da prisão cautelar.

Registre-se, por oportuno, que os crimes praticados em concurso material, cujas penas mínimas somadas, superam 08 anos de reclusão, de modo que, caso advenha a condenação, o regime inicial será, possivelmente, o fechado e, se posto prematuramente em liberdade, poderá ensejar evasão e não aplicação da lei penal.

Assim, a segregação cautelar mostra-se imprescindível para a garantia da ordem pública e para assegurar a aplicação da lei penal.

Tais circunstâncias em que foram praticados os delitos aliadas à

Acesso ao Sumário

periculosidade do agente denotam também que a soltura, agora, seria absolutamente temerária, ante o fundado risco de que comprometa a produção da prova, sendo necessária a prisão cautelar pela conveniência da instrução criminal, para permitir a ratificação dos reconhecimentos pessoais em juízo, bem como livrar as vítimas de pressões e constrangimentos.

A propósito do tema:

"*No conceito da ordem pública, não se visa apenas prevenir a reprodução de fatos criminosos, mas acautelar o meio social e a própria credibilidade da justiça em face da gravidade do crime e de sua repercussão*" (STF, HC nº 60043-RS, 2ª Turma, Min. Carlos Madeira, RTJ 124/033).

"*Tendo em vista a periculosidade do paciente, sua audácia e atrevimento, ao contrário do que entende a impetração, é de se manter sua custódia, imprescindível ao resguardar da ordem pública ao se evitar novas transgressões à lei. Não é lícito supor que, singelamente posto em liberdade, o paciente venha a se conduzir de forma adequada socialmente. O crime a ele imputado, além de sua extrema gravidade, dissemina o medo e permanente desassossego, tudo a minar o normal convívio das pessoas em sociedade no Brasil*" (TJSP, Rel. Amado de Faria, HC n.º 990.10.480108-7, j. em 16.12.2009).

Nem se argumente que as condições pessoais do paciente lhe são favoráveis, pois tal circunstância não tem isoladamente considerada, o condão de afastar a necessidade do cárcere.

A propósito do tema, já decidiu o Superior Tribunal de Justiça:

"*O Superior Tribunal de Justiça, em orientação uníssona, entende que persistindo os requisitos autorizadores da segregação cautelar (art. 312, CPP), é despiciendo o paciente possuir condições pessoais favoráveis*" (HC 294.037/PE, Rel. Min. Moura Ribeiro, 5.ª Turma, DJe 10.06.2014).

Demais disso, não há que se falar em mácula à presunção de inocência ou qualquer princípio constitucional, quando a prisão preventiva se mostra necessária à efetiva prestação jurisdicional, estando devidamente demonstrados os pressupostos que a autorizam. A propósito do tema, já se decidiu:

"*Oportuno chamar atenção para a circunstância de que a 'admissão e aceitação constitucional da prisão cautelar tem por fundamento a imprescindibilidade que tal providência representa. Essa reconhecida necessidade social é que acaba por explicar a convivência harmoniosa entre a prisão cautelar e o princípio da presunção de inocência', como bem preleciona o Prof. Fábio Ramazzini Bechara, in 'Prisão Cautelar', São Paulo, Ed. Malheiros, 2005, p. 161*". (*Habeas Corpus* nº 2038835-38.2014.8.26.0000, Rel. Roberto Solimene, j. 29.05.2014).

No mais, não ocorre o aventado excesso de prazo.

É certo que a ação penal deve observar o princípio da razoável duração do

Acesso ao Sumário

processo, entretanto, o juízo de razoabilidade deve se pautar no caso concreto, não na frieza da previsão legal dos prazos processuais.

As delongas capazes de evidenciar constrangimento ilegal devem ser injustificadas, a denotar protelação por parte do Estado-juiz ou do Ministério Público.

A propósito, tem decidido este E. Tribunal:

"*Aliás, é sabido e consabido que a só extrapolação da somatória dos prazos processuais não constitui razão bastante para entender-se verificado o excesso de prazo configurador do constrangimento ilegal reparável pelo habeas corpus, cabendo verificar-se as peculiaridades do caso concreto, de modo que não se vislumbrando desídia por parte do Magistrado na condução da ação penal e nem violação do princípio da razoabilidade, estar-se-á longe de ver-se configurada a excedência prazal na formação da culpa.*" (HC n.º 0245982-73.2011.8.26.0000, Rel. Moreira da Silva, 8ª Câm. Crim. j. em 15.12.2011).

Não havendo culpa do Juízo, uma vez que o Ofício Judicial atua com diligência e prioridade absoluta por se tratar de réus presos, ou do Ministério Público para a delonga, não há que se falar em constrangimento ilegal por excesso de prazo, pois inexiste ilegalidade ou abuso de autoridade.

Aliás, ao que se observa das informações prestadas, foi designada audiência de instrução, debates e julgamento para o próximo dia 18 de novembro de 2014. Portanto, o feito está tendo seu desenvolvimento normal, dentro de sua complexidade, não se encontrando os autos paralisados.

Destarte, o encerramento da instrução processual se avizinha, de modo que não há que se falar em constrangimento ilegal por excesso de prazo.

Por fim, não se vislumbra qualquer ilegalidade na manutenção da prisão do paciente que justifique a concessão do remédio heróico.

Ante o exposto, pelo meu voto, **denego** a ordem de *habeas corpus*.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de *Habeas Corpus* nº 2150813-20.2014.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é paciente RAFAEL RIBEIRO DE SOUZA e Impetrante ANDERSON MINICHILLO DA SILVA ARAÚJO.

ACORDAM, em 11ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Conheceram parcialmente a ordem de 'habeas corpus' impetrada em favor de Rafael Ribeiro de Souza e, na parte conhecida, denegaram a ordem. v.u.", de conformidade com o voto do Relator,

Acesso ao Sumário

que integra este acórdão. **(Voto nº 33.377)**

O julgamento teve a participação dos Exmo. Desembargadores SALLES ABREU (Presidente), PAIVA COUTINHO e GUILHERME G. STRENGER.

São Paulo, 22 de outubro de 2014.

SALLES ABREU, Relator

Ementa: "Habeas corpus" - Paciente denunciado como incurso no artigo 33, "caput", da Lei nº 11.343/06.

Revogação da prisão preventiva - Reiteração de pedido - Não conhecimento - Pedido formulado anteriormente em outro "habeas corpus" e denegado por esta Colenda Câmara - Incabível novo pedido sob os mesmos fundamentos - Ordem não conhecida para esse fim.

Excesso de prazo na formação da culpa - Constrangimento ilegal - Não ocorrência - Autos no aguardo da audiência de continuação designada para o dia 09.12.14 - Não se configura coação ilegal quando o excesso de prazo na formação da culpa decorre de incidentes processuais não imputáveis ao juiz do processo - Aplicação do princípio da razoabilidade.

Ordem parcialmente conhecida e, nesta parte, denegada.

VOTO

Os advogados **Isaac Minichillo de Araújo** e **Anderson Minichillo da Silva Araújo** impetram a presente ordem de "*habeas corpus*", com pedido liminar, em nome do paciente **Rafael Ribeiro de Souza**, apontando como autoridade coatora a MMª. Juíza de Direito da 1ª Vara Criminal da Comarca da Capital, a quem afirmam a prática de constrangimento ilegal. Trata-se de paciente acusado pela suposta prática do crime previsto no artigo 33, "*caput*", da Lei nº 11.343/06. Apontam que há excesso de prazo na formação da culpa, sob o argumento de que o paciente encontra-se preso desde 06 de dezembro de 2013 e até a data da presente impetração não foi encerrada a instrução criminal, o que configura ilegal constrangimento. Informam que a audiência de instrução, debates e julgamento marcada para o dia 21 de agosto de 2014 não se realizou, em virtude da ausência do policial, sendo, portanto, redesignada nova audiência para o dia 09 de dezembro de 2014, visto que o representante do Ministério Público insistiu na oitiva da referida testemunha. Contam que o paciente teve

Acesso ao Sumário

indeferido o pedido de liberdade provisória. Sustentam que a defesa do paciente não contribuiu na demora do encerramento do feito. Argumentam com o princípio da razoabilidade. Apontam a desproporcionalidade da prisão, sob o argumento de que, em caso de eventual condenação do paciente, não será ele mantido em regime fechado. Asserem que estão ausentes os requisitos autorizadores da custódia cautelar. Atestam que a prisão preventiva é medida extrema e não se justiça no caso em tela. Aduzem, ainda, que o paciente é primário, que possui residência fixa e ocupação lícita, razão pela qual faz jus ao direito de aguardar o julgamento do processo em liberdade. Trouxeram à colação julgados a respeito do tema. Requerem, por fim, a concessão da liminar para que seja revogada prisão preventiva do paciente, determinando-se a expedição do competente alvará de soltura em seu favor.

Indeferida a liminar pleiteada (fls. 219/221), veio aos autos o pedido de reiteração de concessão da liminar (fls. 226/228), o que foi indeferido (fls. 230/232)

Após, vieram as informações prestadas pela autoridade apontada coatora (fls. 234), que fez juntar documentos essenciais do processo.

Em seguida, o parecer da douta Procuradoria Geral de Justiça que pugna pela denegação da ordem (fls. 103/110).

Este, em apertada síntese, é o relatório.

A ordem rogada em favor de Francisco de Assis Barbosa de Souza é de ser parcialmente conhecida e, nesta parte, denegada.

Trata-se de paciente denunciado como incurso nos artigos 33, "*caput*" e 34, "*caput*", ambos da Lei nº 11.343/06, na forma do artigo 69, do Código Penal (fls. 13/16 e 235/238).

Convém destacar que a pretendida revogação da prisão preventiva do paciente constitui mera reiteração de pedido formulado anteriormente e denegado por esta Colenda Câmara.

De fato, os argumentos trazidos à presente ordem em nada diferem do "*habeas corpus*" nº nº 2077343-53.2014.8.26.0000 impetrada anteriormente em favor do paciente e julgado pela C. 11ª Câmara de Direito Criminal do E. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, na sessão realizada no dia 23.07.2014.

Há, mais uma vez, mera reiteração de pedido, o que impede seu conhecimento.

Como é cediço, não se impede que diversas ordens de "*habeas corpus*" sejam formuladas quando ocorrem, por várias vezes, diferentes formas de constrangimento ilegal na liberdade do paciente, durante o trâmite do processo. No entanto, não é o que ocorre no caso em comento, pois os nobres impetrantes apenas vêm reiterando o pedido de revogação da prisão preventiva do paciente, sob o argumento de que estão ausentes os requisitos da custódia cautelar, quando

Acesso ao Sumário

esta Corte já decidiu a respeito.

Assim, uma vez satisfeita a prestação jurisdicional, com o indeferimento de "*habeas corpus*" anteriormente impetrado, afigura-se incabível novo pedido sob os mesmos fundamentos. Sobre o tema, vale anotar a lição de Júlio Fabbrini Mirabete:

"*Questão também a ser examinada é a possibilidade ou não de reiteração do pedido de habeas corpus. Inúmeras vezes se tem decidido que é admissível o conhecimento de anterior pedido denegado, mesmo que a causa de pedir seja composta dos mesmos fundamentos, sob alegação de que a ordem do writ não tem execução mandamental e não faz coisa julgada.*

Todavia, tem-se objetado, corretamente, que a mera repetição de fundamentos já examinados não merece conhecimento.

Esgotada a faculdade recursal do habeas corpus, deixa o interessado de poder reiterar a pretensão de liberdade repelida com os mesmos fundamentos uma vez que o impetrante já obteve a prestação jurisdicional a que tinha direito. Não se trata, aliás, de que a sentença denegatória faz coisa julgada, mas sim da impossibilidade de o mesmo Tribunal reexaminar decisão já firmada através de uma de suas Câmaras, assumindo a posição da autoridade coatora ao confirmar o ato ou a situação jurídica impugnados. Só é admissível o conhecimento de novo pedido quando haja matéria nova, que não foi objeto de deliberação anterior, ou seja, o conhecimento do novo pedido depende de que sejam apresentados novos fundamentos de fato ou de direito. Fora tal hipótese, o pedido deve ser dirigido à instância superior" (Processo penal, 4 - ed., Atlas, 1995, p. 704).

Neste mesmo sentido são os seguintes julgados:

"Habeas corpus - Reiteração de pedidos anteriores sob os mesmos fundamentos - Não conhecimento. O pedido de habeas corpus não pode ser reiterado sob o mesmo fundamento" (TJPR, rel. Des. Carlos Hoffmann, 2ª Câm. Crim., Acórdão 11.204, j. 18.03.1999).

"Habeas corpus - Reiteração de pedido formulado em writ anteriormente indeferido - Não conhecimento por esse fundamento - Ataque ao decreto de prisão preventiva estando o paciente já pronunciado e, portanto, preso por outro título - Inocuidade - Ordem denegada.

Desmerece conhecimento a mera repetição de fundamentos já examinados em writ anteriormente indeferido" (TJPR, rel. Des. Nunes do Nascimento, 2ª Câm. Crim., Acórdão 11.249, j. 08.04.1999).

"Habeas corpus - Impetração na qual se repetem argumentos invocados em pedido anterior ajuizado sob idêntico fundamento em favor do mesmo paciente já apreciado e julgado por esta Corte de Justiça - Reiteração do pedido - Não conhecimento" (TJPR, rel. Des. Martins Ricci, 2ª Câm. Crim., Acórdão 11.218, j. 04.03.1999).

Acesso ao Sumário

Não se conhece, pois, da impetração para esse fim.

No tocante ao alegado excesso de prazo, a presente ordem é de ser denegada, pois ausente o apontado constrangimento ilegal.

Sustentam, em síntese, os impetrantes, que há excesso de prazo na formação da culpa, pois, até a data da presente impetração não foi encerrada a instrução criminal, o que configura ilegal constrangimento.

Não obstante o paciente esteja preso há mais de 81 (oitenta e um) dias, tal prazo é, sabidamente, fruto de criação jurisprudencial e, por isto mesmo, não tem o caráter peremptório, o que significa que sua superação não implica na automática liberação do acusado.

A orientação jurisprudencial que sufragava prazo para o encerramento da instrução criminal restou superada, prevalecendo atualmente, a esse respeito, a aplicação do princípio da razoabilidade, que ensina que o excesso de prazo é de ser aferido caso a caso, em função das circunstâncias específicas de cada processo.

Consta dos autos (fls. 216/217), pelo termo de audiência realizada no dia 21 de agosto de 2014, que o representante do Ministério Público insistiu na oitiva da testemunha de acusação Sérgio Luiz Polido, o que foi deferido pela autoridade apontada coatora, sendo, portanto, designada audiência em continuação para o dia 09 de dezembro de 2014, às 14h, conforme noticiado pela autoridade apontada coatora (fls. 234).

Destarte, tão-só quando a demora no término da instrução criminal decorra de desídia ou omissão do magistrado, de ato da acusação ou, ainda, de falha cartorária, é que se pode ter por devidamente caracterizado o constrangimento ilegal decorrente de excesso de prazo.

Nesse sentido o v. acórdão *in* RSTJ, vol. 14, p.93, ensina que: "*não sendo comprovadamente imputável ao Juiz processante o alegado excesso de prazo, não há como configurar-se o constrangimento ilegal ensejador da impetração*".

Importante mencionar que não se configura coação ilegal quando o excesso de prazo na formação da culpa decorre de incidentes processuais não imputáveis ao juiz do processo.

Há de ser aplicado, em caso como o dos autos, o critério da razoabilidade, tendo-se em vista o grande número de feitos distribuídos e a complexidade cada vez maior das demandas.

Nesse sentido é o entendimento jurisprudencial:

"*EXCESSO DE PRAZO - Instrução criminal - Atos processuais realizados via carta precatória.*

O prazo para concluir a instrução criminal não se conta apenas pela soma de dias. Urge conjugá-la com o juízo de razoabilidade, ante as dificuldades de

Acesso ao Sumário

cada processo". (STJ - RHC nº 3.806-3-MS - 6ª T - Rel. Min. Anselmo Santiago - DJU 20.05.96)

"PRAZO - Processo penal - Excesso de prazo.

O Direito, como fato cultural, é fenômeno histórico. As normas jurídicas devem ser interpretadas consoante o significado dos acontecimentos, que, por sua vez, constituem a causa da relação jurídica. O CPP data do início da década de 40. O país mudou sensivelmente. A complexidade da conclusão do Inquérito Policial e a dificuldade a instrução criminal são cada vez maiores. O prazo da conclusão não pode resultar de mera soma aritmética. Faz-se imprescindível raciocinar com o Juízo de razoabilidade para definir o excesso de prazo. O discurso judicial não é simples raciocínio de lógica formal." (STJ - HC nº 3.410 - RS - Rel. Min. Luiz Vicente Cernicchiaro - J. 16.05.96 - DJU 12.08.96)

Portanto, necessária a manutenção da custódia, pois presentes os requisitos da cautelaridade da segregação.

Logo, ausente o apontado constrangimento ilegal, a denegação da ordem, nesse aspecto, é de rigor.

Isto posto, pelo meu voto, conhece-se parcialmente a ordem de "*habeas corpus*" impetrada em favor de **Rafael Ribeiro de Souza** e, na parte conhecida, denega-se a ordem.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de *Habeas Corpus* nº 2147417-35.2014.8.26.0000, da Comarca de Santos, em que é paciente ANDERSON DA SILVA PEREZ e impetrante WILLIAM CLÁUDIO OLIVEIRA DOS SANTOS.

ACORDAM, em 13ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "concede-se a ordem para, com fundamento no art. 648, inciso I, do Código de Processo Penal, trancar a ação penal nº 0020258-77.2012.8.26.0562, em trâmite perante a 5ª Vara Criminal da Comarca de Santos. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 30.576)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores AUGUSTO DE SIQUEIRA (Presidente) e DE PAULA SANTOS.

São Paulo, 6 de novembro de 2014.

RENÊ RICUPERO, Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: *HABEAS CORPUS* – Trancamento de ação penal – Possibilidade – Arts. 299 e 304 do Código

Penal – Declaração falsa de pobreza para obtenção dos benefícios da justiça gratuita – Atipicidade – Documento que goza de presunção relativa, comportando impugnação e a verificação de sua veracidade – Precedentes – Previsão de sanção extrapenal, já aplicada em seu máximo ao paciente – Ordem concedida.

VOTO

O advogado William Cláudio Oliveira dos Santos impetra a presente ordem de *habeas corpus*, com pedido de liminar, em favor de ANDERSON DA SILVA PEREZ, aduzindo constrangimento ilegal atribuível ao MM. Juízo de Direito da 5ª Vara Criminal da Comarca de Santos, nos autos de processo nº 0020258-77.2012.8.26.0562.

Sustenta a falta de justa causa para o prosseguimento da persecução penal, devido à atipicidade da conduta que lhe é imputada, devendo ser extinta, vez que a apresentação de declaração de hipossuficiência inidônea não caracteriza falsidade ideológica ou uso de documento falso, por não ser documento para fins penais e ter prevista em lei sanção extrapenal específica, já aplicada pelo Juízo Cível.

Requer, então, a concessão da ordem a fim de que seja trancada a ação penal (fls. 01/07), instruindo a inicial com documentos (fls. 08/11).

Deferida a liminar tão somente para suspender o andamento do feito (fls. 13/14), prestadas as informações de praxe (fls. 18/20), com cópias atinentes ao feito (fls. 22/29), opinou a douta Procuradoria Geral de Justiça, pela denegação da ordem (fls. 31/34).

É o relatório.

Não se nega que 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, somente ocorrendo quando manifestamente comprovada a atipicidade da conduta, a incidência de causa de extinção da punibilidade, a ausência de indícios de autoria e materialidade ou a violação de direitos constitucionalmente assegurados.

Sob este prisma, é caso de concessão da ordem, posto que a conduta imputada ao paciente não ostenta tipicidade penal.

O paciente foi denunciado como incurso nas sanções do artigo 299, do Código Penal, por ter, em 25 de novembro de 2010, inserido declaração falsa com o fim de alterar a verdade sobre fato juridicamente relevante, juntando em ação cível "Declaração de Pobreza" visando obter o benefício da gratuidade de justiça concedido pelo juízo, porém, após impugnado o documento pela parte

Acesso ao Sumário

adversa e requisitadas informações à receita federal, constatou-se que o paciente ostentava condições de fortuna suficientes para arcar com as custas do feito, o que levou à revogação do benefício e aplicação de multa correspondente a dez vezes o valor das custas iniciais devidas.

Este é, em síntese, o teor da imputação (cf. fls. 09/11).

Entretanto, a declaração de pobreza tendente aos benefícios da Lei nº 1.060/50 contém presunção relativa, comportando impugnação e a verificação de sua veracidade, não possuindo, portanto, força probatória para ser considerada documento público ou particular na esfera penal.

Para a Lei da Assistência Judiciária Gratuita, o autodeclarado hipossuficiente é presumidamente pobre, até que se prove o contrário e a aludida declaração, consoante ensina Guilherme de Souza Nucci, ao comentar aquele tipo penal "não pode ser considerada documento para os fins deste artigo, pois é possível produzir prova a respeito do estado de miserabilidade de quem pleiteia o benefício da assistência judiciária", acrescentando que "o Juiz pode, à vista das provas colhidas, indeferir o pedido (art. 6º, Lei 1.060/50), sendo, pois, irrelevante a declaração apresentada." (*in* Código Penal Comentado, 13ª ed., São Paulo, RT, 2013, p. 1139).

Além disso, aquela mesma lei civil prevê sanção para a hipótese de provada a ausência de veracidade da afirmação, consistente no pagamento de até o décuplo das custas judiciais (art. 4º, § 1º, da Lei nº 1.060/50, com redação dada pela Lei nº 7.510/86), e, na espécie, o conteúdo inverídico já foi apurado e aplicada, em seu máximo, a penalidade ao paciente (fl. 10).

É o que preleciona a melhor jurisprudência:

"FALSIDADE IDEOLÓGICA. DECLARAÇÃO DE POBREZA PARA FINS DE GRATUIDADE JUDICIÁRIA. Declaração passível de averiguação ulterior não constitui documento para fins penais" (STF – HC 85976/MT. Rel. Min. Ellen Gracie, j. 13/12/2005).

"(...) Esta Corte já decidiu ser atípica a conduta de firmar ou usar declaração de pobreza falsa em juízo, com a finalidade de obter os benefícios da gratuidade de justiça, tendo em vista a presunção relativa de tal documento, que comporta prova em contrário" (STJ – HC 218570/SP. Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, j. 16.02.2012, DJe 05.03.2012).

"Falsidade ideológica. Declaração de pobreza firmada pelo réu para beneficiar-se da Justiça Gratuita. Inocuidade do documento. Alvo de posterior comprovação e sanção extrapenal se inverídico o afirmado. Inteligência do artigo 299 do Código Penal. A declaração de pobreza para fins judiciais e firmada pelo interessado ou procurador, goza tão só de presunção relativa, motivo de não se prestar como documento na tipificação do ilícito de falsidade ideológica, ademais de se prever em

Acesso ao Sumário

lei sanção extrapenal caso se comprove inverídico o afirmado" (TJSP – Apelação Criminal nº 163.543-3. 3ª Câmara Criminal. Relator: Gonçalves Nogueira).

Assim, se, no entendimento de quem tem competência para examinar a matéria em grau de recurso, a conduta atribuída ao paciente não se encontra subsumida na figura descrita no artigo 299, *caput*, do Código Penal, falta, portanto, a justa causa para a persecução penal.

Ante o exposto, concede-se a ordem para, com fundamento no art. 648, inciso I, do Código de Processo Penal, trancar a ação penal nº 0020258-77.2012.8.26.0562, em trâmite perante a 5ª Vara Criminal da Comarca de Santos.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de *Habeas Corpus* nº 0068496-96.2014.8.26.0000, da Comarca de Franca, em que é paciente GUILHERME CINTRA SILVA e impetrante LUIZ ANTÔNIO FERREIRA NAZARETH JÚNIOR.

ACORDAM, em 11ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Conheceram parcialmente a ordem de 'habeas corpus' impetrada em favor de Guilherme Cinta Silva e, na parte conhecida, denegaram a ordem. v.u.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 33.389)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores SALLES ABREU (Presidente), PAIVA COUTINHO e GUILHERME G. STRENGER.

São Paulo, 12 de novembro de 2014.

SALLES ABREU, Relator

Ementa: "*Habeas corpus*" – Paciente denunciado como incurso nos artigos 33, "caput" e 35, "caput", ambos da Lei nº 11.343/06 e artigo 12, "caput", da Lei nº 10.826/03.

Negativa de autoria – Inadmissibilidade – O "*habeas corpus*" é meio impróprio para apreciar a alegada ausência de provas suficientes para a condenação do paciente, pois depende de análise aprofundada quanto a matéria probatória – Ordem não conhecida para esse fim.

Revogação da prisão preventiva – Reiteração de

Acesso ao Sumário

pedido – Não conhecimento – Pedido formulado anteriormente em outro "*habeas corpus*" e denegado por esta Colenda Câmara – Incabível novo pedido sob os mesmos fundamentos – Não conhecimento da impetração.

Excesso de prazo na formação da culpa – Constrangimento ilegal – Não ocorrência – Instrução criminal encerrada – Aplicabilidade da Súmula 52, do Superior Tribunal de Justiça – Autos no aguardo do laudo do exame de dependência toxicológica realizada no paciente – Não configura coação ilegal o excesso de prazo na formação da culpa decorrente de incidentes processuais não imputáveis ao juiz do processo – Aplicação do princípio da razoabilidade.

Ordem parcialmente conhecida e, nesta parte, denegada.

VOTO

O advogado **Luiz Antônio Ferreira Nazareth Júnior** impetra a presente ordem de "*habeas corpus*", com pedido liminar, em nome do paciente **Guilherme Cintra Silva**, apontando como autoridade coatora o MM. Juiz de Direito da 3ª Vara Criminal da comarca de Franca, a quem afirma a prática de constrangimento ilegal. Alega, em síntese, que o paciente foi denunciado pela suposta prática dos crimes previstos nos artigos 33, "*caput*" e 35, "*caput*", ambos da Lei nº 11.343/06 e artigo 12, "*caput*", da Lei nº 10.826/03. Sustenta que o paciente não cometeu os delitos que lhe estão sendo imputados. Esclarece que o paciente é dependente químico e que se encontrava no local dos fatos para aquisição de entorpecentes para seu próprio consumo. Atesta que as investigações policiais não apontam que o paciente tenha praticado o crime de tráfico de drogas. Ressalta que as denúncias anônimas apontam que o denunciado Tales estava comercializando drogas. Destaca que em momento algum ficou comprovada a suposta associação do paciente com os demais denunciados na comercialização de drogas. Assere que, determinada busca e apreensão, as drogas foram encontradas na residência de Tales. Informa que o paciente é primário, portador de bons antecedentes e que possui ocupação lícita (empresário), razão pela qual faz jus ao benefício de liberdade provisória, nos termos do artigo 310, parágrafo único, do Código de Processo Penal. Relata que estão ausentes os requisitos autorizadores da prisão preventiva, elencados no artigo 312, do Código de Processo Penal. Atesta que a gravidade em abstrato do delito não pode servir de justificativa para a manutenção da custódia cautelar do paciente. Aponta a inconstitucionalidade do

Acesso ao Sumário

artigo 44, da Lei nº 11.343/06, que veda expressamente o benefício de liberdade provisória aos acusados pela prática do crime de tráfico de drogas. Assere que de acordo com o artigo 282, § 6º, do Código de Processo Penal, com redação dada pela Lei nº 12.403/11, a prisão preventiva é medida extrema e somente poderá ser decretada quando não for cabível a sua substituição por uma das medidas cautelares previstas no artigo 319, do Código de Processo Penal, com alterações da nova legislação. Aponta que há excesso de prazo na formação da culpa, sob o argumento de que o paciente encontra-se preso desde 12 de junho do corrente ano e, até a data da presente impetração, ainda não foi encerrada a instrução criminal, o que configura ilegal constrangimento. Aduz, ainda, que o paciente faz jus à aplicação da prisão domiciliar, nos termos do artigo 318, inciso III, do Código de Processo Penal, visto que possui um filho menor de 06 (seis) anos de idade que depende de seus cuidados. Trouxe à colação julgados a respeito do tema. Requer, por fim, a concessão da liminar para que seja revogada a prisão preventiva do paciente, por excesso de prazo, determinando-se a expedição do competente alvará de soltura em seu favor ou, subsidiariamente, que seja aplicada a medida cautelar prevista no artigo 318, inciso III, do Código de Processo Penal, consistente na prisão domiciliar diversa da prisão.

Indeferida a liminar pleiteada (fls. 26/29), foram dispensadas as informações de praxe diante da robusta documentação acostada aos autos.

Após, veio o parecer da douta Procuradoria Geral de Justiça que pugna pelo não conhecimento da impetração ou, se conhecida, pela denegação da ordem (fls. 32/36).

Este, em apertada síntese, é o relatório.

A ordem rogada em favor de Guilherme Cintra Silva é de ser parcialmente conhecida e, nesta parte, denegada.

Trata-se de paciente denunciado como incurso nos artigos 33, "*caput*" e 34, "*caput*", ambos da Lei nº 11.343/06, na forma do artigo 69, do Código Penal (fls. 13/16 e 235/238).

A tese sustentada pelo impetrante de que o paciente não cometeu os delitos que lhe estão sendo imputados, sob o argumento de que ele é dependente químico e que se encontrava no local dos fatos para aquisição de entorpecentes para seu próprio consumo, não merece ser acolhida. Isto porque, não há como se fazer, em sede de "*habeas corpus*", análise aprofundada quanto à matéria probatória, como pretendem os ilustres impetrantes.

Ressalte-se que o "*habeas corpus*" é meio impróprio para apreciar a alegação de ausência de provas suficientes para a condenação do paciente.

Não se conhece, pois, da impetração para esse fim.

Pretende, o impetrante, com o presente remédio heroico, a concessão da ordem para que seja revogada a prisão preventiva do paciente, por excesso de

Acesso ao Sumário

prazo.

Convém destacar que a pretendida revogação da prisão preventiva do paciente constitui mera reiteração de pedido formulado anteriormente e denegado por esta Colenda Câmara.

De fato, os argumentos trazidos à presente ordem em nada diferem do "*habeas corpus*" nº 0041676-40.2014.8.26.0000 impetrada anteriormente em favor do paciente e julgado pela C. 11ª Câmara de Direito Criminal do E. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, na sessão realizada no dia 27.08.2014.

Há, mais uma vez, mera reiteração de pedido, o que impede seu conhecimento.

Como é cediço, não se impede que diversas ordens de "*habeas corpus*" sejam formuladas quando ocorrem, por várias vezes, diferentes formas de constrangimento ilegal na liberdade do paciente, durante o trâmite do processo. No entanto, não é o que ocorre no caso em comento, pois os nobres impetrantes apenas vêm reiterando o pedido de revogação da prisão preventiva do paciente, sob o argumento de que estão ausentes os requisitos da custódia cautelar, quando esta Corte já decidiu a respeito.

Assim, uma vez satisfeita a prestação jurisdicional, com o indeferimento de "*habeas corpus*" anteriormente impetrado, afigura-se incabível novo pedido sob os mesmos fundamentos. Sobre o tema, vale anotar a lição de Júlio Fabbrini Mirabete:

"*Questão também a ser examinada é a possibilidade ou não de reiteração do pedido de habeas corpus. Inúmeras vezes se tem decidido que é admissível o conhecimento de anterior pedido denegado, mesmo que a causa de pedir seja composta dos mesmos fundamentos, sob alegação de que a ordem do writ não tem execução mandamental e não faz coisa julgada.*

Todavia, tem-se objetado, corretamente, que a mera repetição de fundamentos já examinados não merece conhecimento.

Esgotada a faculdade recursal do habeas corpus, deixa o interessado de poder reiterar a pretensão de liberdade repelida com os mesmos fundamentos uma vez que o impetrante já obteve a prestação jurisdicional a que tinha direito. Não se trata, aliás, de que a sentença denegatória faz coisa julgada, mas sim da impossibilidade de o mesmo Tribunal reexaminar decisão já firmada através de uma de suas Câmaras, assumindo a posição da autoridade coatora ao confirmar o ato ou a situação jurídica impugnados. Só é admissível o conhecimento de novo pedido quando haja matéria nova, que não foi objeto de deliberação anterior, ou seja, o conhecimento do novo pedido depende de que sejam apresentados novos fundamentos de fato ou de direito. Fora tal hipótese, o pedido deve ser dirigido à instância superior" (Processo Penal, 4ª ed., Atlas, 1995, p. 704).

Neste mesmo sentido são os seguintes julgados:

Acesso ao Sumário

"*Habeas corpus – Reiteração de pedidos anteriores sob os mesmos fundamentos – Não conhecimento. O pedido de habeas corpus não pode ser reiterado sob o mesmo fundamento*" (TJPR, rel. Des. Carlos Hoffmann, 2ª Câm. Crim., Acórdão 11.204, j. 18.03.1999).

"*Habeas corpus – Reiteração de pedido formulado em writ anteriormente indeferido – Não conhecimento por esse fundamento – Ataque ao decreto de prisão preventiva estando o paciente já pronunciado e, portanto, preso por outro título – Inocuidade – Ordem denegada.*

Desmerece conhecimento a mera repetição de fundamentos já examinados em writ anteriormente indeferido" (TJPR, rel. Des. Nunes do Nascimento, 2ª Câm. Crim., Acórdão 11.249, j. 08.04.1999).

"*Habeas corpus – Impetração na qual se repetem argumentos invocados em pedido anterior ajuizado sob idêntico fundamento em favor do mesmo paciente já apreciado e julgado por esta Corte de Justiça – Reiteração do pedido – Não conhecimento*" (TJPR, rel. Des. Martins Ricci, 2ª Câm. Crim., Acórdão 11.218, j. 04.03.1999).

Não se conhece, também, da presente ordem para essa finalidade.

No tocante ao alegado excesso de prazo, a presente ordem é de ser denegada, pois ausente o apontado constrangimento ilegal.

Sustenta, em síntese, o impetrante, que há excesso de prazo na formação da culpa, pois, até a data da presente impetração não foi encerrada a instrução criminal, o que configura ilegal constrangimento.

Não obstante o paciente esteja preso há mais de 81 (oitenta e um) dias, tal prazo é, sabidamente, fruto de criação jurisprudencial e, por isto mesmo, não tem o caráter peremptório, o que significa que sua superação não implica na automática liberação do acusado.

A orientação jurisprudencial que sufragava prazo para o encerramento da instrução criminal restou superada, prevalecendo atualmente, a esse respeito, a aplicação do princípio da razoabilidade, que ensina que o excesso de prazo é de ser aferido caso a caso, em função das circunstâncias específicas de cada processo.

Segundo informações obtidas junto ao funcionário Eduardo Lopes de Oliveira – matrícula nº 357.475, lotado no 3º Ofício Criminal da comarca de Franca, a instrução criminal já foi encerrada e, atualmente, os autos estão no aguardo do laudo do exame de dependência toxicológica realizada no paciente.

Assim, já estando, portanto, encerrada a instrução criminal, sendo de rigor a aplicação da Súmula 52, do Superior Tribunal de Justiça, do seguinte teor:

"*Encerrada a instrução criminal, fica superada a alegação de constrangimento por excesso de prazo*" (STJ – Súmula 52)

Acesso ao Sumário

Destarte, tão só quando a demora no término da instrução criminal decorra de desídia ou omissão do magistrado, de ato da acusação ou, ainda, de falha cartorária, é que se pode ter por devidamente caracterizado o constrangimento ilegal decorrente de excesso de prazo.

Nesse sentido o v. acórdão in RSTJ, vol. 14, p. 93, ensina que: "*não sendo comprovadamente imputável ao Juiz processante o alegado excesso de prazo, não há como configurar-se o constrangimento ilegal ensejador da impetração*".

Importante mencionar que não configura coação ilegal o excesso de prazo na formação da culpa decorrente de incidentes processuais não imputáveis ao juiz do processo.

Há de ser aplicado, em caso como o dos autos, o critério da razoabilidade, tendo-se em vista o grande número de feitos distribuídos e a complexidade cada vez maior das demandas.

Nesse sentido é o entendimento jurisprudencial:

"*EXCESSO DE PRAZO – Instrução criminal – Atos processuais realizados via carta precatória.*

O prazo para concluir a instrução criminal não se conta apenas pela soma de dias. Urge conjugá-la com o juízo de razoabilidade, ante as dificuldades de cada processo". (STJ – RHC nº 3.806-3-MS – 6ª T – Rel. Min. Anselmo Santiago – DJU 20.05.96)

"*PRAZO – Processo penal – Excesso de prazo.*

O Direito, como fato cultural, é fenômeno histórico. As normas jurídicas devem ser interpretadas consoante o significado dos acontecimentos, que, por sua vez, constituem a causa da relação jurídica. O CPP data do início da década de 40. O país mudou sensivelmente. A complexidade da conclusão do Inquérito Policial e a dificuldade da instrução criminal são cada vez maiores. O prazo da conclusão não pode resultar de mera soma aritmética. Faz-se imprescindível raciocinar com o Juízo de razoabilidade para definir o excesso de prazo. O discurso judicial não é simples raciocínio de lógica formal." (STJ – HC nº 3.410 – RS – Rel. Min. Luiz Vicente Cernicchiaro – J. 16.05.96 – DJU 12.08.96)

Portanto, necessária a manutenção da custódia, pois presentes os requisitos da cautelaridade da segregação.

Logo, ausente o apontado constrangimento ilegal, a denegação da ordem, nesse aspecto, é de rigor.

Isto posto, pelo meu voto, conhece-se parcialmente a ordem de "*habeas corpus*" impetrada em favor de **Guilherme Cinta Silva** e, na parte conhecida, denega-se a ordem.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de *Habeas Corpus* nº 2166878-90.2014.8.26.0000, da Comarca de Ribeirão Preto, em que é paciente ANTONIO CARLOS MARTINS e impetrante ANTONIO ROBERTO SANCHES.

ACORDAM, em 16ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Denegaram a ordem. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 23763)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores OTÁVIO DE ALMEIDA TOLEDO (Presidente) e GUILHERME DE SOUZA NUCCI.

São Paulo, 18 de novembro de 2014.

NEWTON NEVES, Relator

Ementa: *HABEAS CORPUS* – Trancamento da ação penal – Denúncia recebida – Alegação de ofensa ao art. 18, do CPP – *Opinio delicti* acerca de crime doloso contra a vida pelo DD. Procurador-Geral de Justiça, em sede de conflito de atribuições suscitado pelo Promotor de Justiça da Vara Comum de posse de cópia dos autos de Inquérito Policial cujas cópias foram remetidas após promoção de arquivamento por então ausência de elementos aptos à denúncia por crime doloso contra a vida – Convicção que decorre de novas provas, colhidas após a promoção do arquivamento pelo Promotor do Júri, em sede de diligências requeridas para aclarar os fatos sobre eventual crime de tortura – Ausência de ofensa ao art. 18, do CPP – Presença de justa causa à ação penal – Ausência de ilegalidade no ato do Juízo que recebeu e manteve o recebimento da denúncia – Precedente do STJ – Ordem denegada.

VOTO

Cuida-se de pedido de *habeas corpus* impetrado em favor de Antonio Carlos Martins, alegando o impetrante, em síntese, que o paciente sofre constrangimento ilegal por ato do Juízo que recebeu denúncia em seu desfavor em processo anteriormente arquivado sem que viessem aos autos provas novas.

Sustenta que da leitura dos depoimentos prestados antes do arquivamento do inquérito e aqueles prestados após se verifica a inalterabilidade do panorama

Acesso ao Sumário

probatório, tendo os autos sido desarquivados somente por entendimento/posicionamento diverso do outro membro do Ministério Público, o que afronta literalmente o que preceitua o art. 18 do CPP.

Alega, ainda, que aguardar a sentença para o exercício do controle jurisdicional é fazer vingar um processo contra literal disposição de lei, deixando a critério do órgão ministerial a possibilidade de existência de crime no momento inicial do processo.

Pede a concessão da liminar para suspensão da ação penal e, no mérito, da ordem para o trancamento da persecução penal.

A liminar foi indeferida (fls. 134/135).

As informações foram prestadas (fls. 138/139).

A d. Procuradoria Geral de Justiça propôs a denegação da ordem (fls. 141/142).

É o relatório.

A ordem deve ser denegada.

Volta-se o impetrante contra ato do Juízo que recebeu a denúncia oferecida contra o paciente, sustentando que anteriormente foi arquivado o feito e não sobrevieram aos autos provas novas e, inalterado o quadro probatório que ensejou o arquivamento, ilegal o recebimento da denúncia, a impor a concessão da ordem para que seja trancada a persecução penal.

Conforme a cópia da inicial aqui às fls. 14/18, foi o paciente denunciado como incurso no art. 121, § 2º, incisos I e IV, c.c. art. 29, ambos do CP (fls. 14/18).

Conforme a denúncia, no dia 26/04/2002, durante a madrugada, em horário não determinado, no Anexo Prisional I, onde também funciona a Delegacia de Investigações Gerais, em Ribeirão Preto, João Paulo Alves da Silva, que se encontrava preso na cela n.º 3 (X-3), foi morto por motivo torpe, mediante golpes desferidos com instrumento corto-contundente não determinado, por meio cruel que tornou impossível a sua defesa.

Acesso ao Sumário

Narra a inicial que a vítima recebeu quatro golpes em profundidade em região vital, proximidades da cabeça, gerando choque hipovolêmico e insuficiência respiratória que causaram sua morte.

Expõe a denúncia que no dia anterior, a vítima foi presa em cumprimento a mandado de prisão temporária determinado nos autos 38/2002 e mantido no anexo prisional da dependência policial para sua segurança, com vistas a proteger a integridade física até a finalização das diligências que propunham esclarecer outros delitos praticados em Ribeirão Preto.

Na noite do dia 25, houve reforço da guarda dos presos que estavam naquela dependência, tendo o investigador de polícia Ricardo José Guimarães

se oferecido para dela participar, em auxílio ao investigador Rogério da Cunha Nogueira e do paciente, Antonio Carlos Martins, carcereiro que estava de serviço naquela ocasião.

À noite, naquela data, antes que a vítima dormisse, foi-lhe ministrada uma injeção de "prometazina", que o deixou sonolento. Ricardo ainda disse que foi ministrado ao preso, por outra pessoa, o medicamento "dorminide" (sic).

Durante a madrugada, entre 2h e 4h, Ricardo e Rogério adentraram as dependências carcerárias, momento em que, valendo-se do fato de que a vítima estava com a capacidade de reação e consciência diminuídas, com *animus necandi*, desferiram-lhe golpes com o instrumento corto-contundente, os quais acarretaram sua morte.

Acusa a inicial "*que o carcereiro Antonio Carlos Martins dolosamente colaborou para a prática do homicídio, permitindo que Ricardo e Rogério ingressassem na cela e praticassem-no, contribuindo, assim, para o resultado verificado. Era carcereiro. Antonio Carlos, então especialmente municiado com uma metralhadora (fls. 28), a única pessoa que tinha a chave que dava acesso ao local em que estava detida a vítima João Paulo.*

Ricardo, Rogério e Antonio Carlos eram as pessoas que estavam encarregadas de velar pela segurança dos presos, especialmente de João Paulo, estando eles, na ocasião, armados fortemente para repelir qualquer possibilidade de atentado contra os encarcerados. Eram os únicos que, naquela noite, tiveram acesso às celas, depois de concluídas as diligências policiais."

A vítima João Paulo, quando ouvida na data da prisão, disse que "*havia um traidor nos meios policiais*", o que se revela harmônico com as declarações da mãe da vítima, Sra. Marilena Alves da Silva, dizendo que seu filho trabalhava como segurança de cargas roubadas, dizendo que o fazia para policial conhecido por Guimarães, posteriormente evidenciado o envolvimento do denunciado Ricardo com cargas roubadas.

Sobre as qualificadoras, expõe a inicial que o crime foi cometido por motivo torpe porque os denunciados pretendiam, com o homicídio, ocultar a atividade ilícita desenvolvida pelo policial Ricardo. Também o *modus operandi* impossibilitou a defesa da vítima, presa e dormindo em razão dos medicamentos ingeridos, executado por dois agentes, Ricardo e Rogério.

É certo que anteriormente foi proposto o arquivamento do inquérito policial, com a ressalva do art. 18, do CPP, requerido pela Promotoria de Justiça a extração de cópias integrais do feito para distribuição a uma das varas locais, salientada a atribuição do Promotor de Justiça subscritor apenas no que se refere ao homicídio, devendo o fato da tortura ser apreciado pelo Promotor Natural (fls. 32/85).

Acolhida a proposição de arquivamento, com a ressalva do art. 18, do

Acesso ao Sumário

CPP, e determinada a extração de cópias como requerido (fls. 86).

O Promotor de Justiça atuante junto ao Juízo da 2ª Vara Criminal da Comarca de origem, de posse dos autos como determinado pelo Juízo da Vara do Júri, requereu tornassem os autos à Delegacia de Polícia para oitiva de testemunhas determinadas acerca de fatos especificados (fls. 87).

Então, realizadas as oitivas pela autoridade policial, o mesmo Promotor de Justiça concluiu que havia provas para denúncia por crime doloso contra a vida conexo ao crime de tortura.

Assim concluiu porque com as diligências requeridas e realizadas, objetivando "*aclarar alguns pontos da investigação e viabilizar melhor base para uma denúncia pelo crime de tortura (buscando-se precisar seus autores e seus vínculos), em função do que surgiram novas provas (fls. 1.241/1.261). Essas implicam reforço na vinculação do crime que vitimou Joanin Del Santi com o homicídio de João Paulo Alves da Silva. Ademais, não se confirmam as evidências de que Paulo Pereira de Paula e José Augusto, e somente eles, estariam com o preso quando ele foi visto pela última vez ainda com vida. Antônio Sérgio Pereira, que iniciou seu plantão às 18h, nem mesmo viu esses dois últimos no local, mas somente Ricardo e Rogério (fl. 1.253), posicionamento semelhante ao de Kennedy Santos Bittencourt, Sônia Maria de Carvalho Pereira Turcato, Roberto Bernardo e Pedro Venâncio Duarte (fls. 1.254/1.255 e 1.257/1.258). Rogério da Cunha Nogueira informou que viu João Paulo com Paulo Pereira de Paula e* '*Zezão*' *no início da noite e que ele, Rogério, ali permaneceu até* '*por volta de duas horas*' *(fl. 1.256).*"

Expôs então que desse quadro, qual seja, a partir das novas provas colhidas, "*é possível reabertura do caso, em função das novas provas colhidas, as quais evidenciam, com a mais absoluta clareza, a identidade de alguns dos autores do crime de homicídio (ainda que possivelmente outros também possam ter contribuído para o fato).*

Consequentemente, se já provas a ensejar uma acusação por crime de homicídio doloso contra a vida, a competência é do Juízo da Vara do Júri de origem, a qual se estende para o julgamento do crime conexo de tortura".

Suscitou, então, conflito de atribuições, a ser solucionado pelo DD. Procurador-Geral de Justiça (fls. 95/101).

Exposto o conflito de atribuições (fls. 102/111), o DD. Procurador-Geral de Justiça dirimiu o conflito para declarar a atribuição do suscitado (fls. 112/120).

O DD. Chefe do Ministério Público do Estado de São Paulo fundamentou que "*... o fato de ter havido arquivamento do inquérito no que toca ao crime doloso contra a vida, não impede a propositura da ação penal por tal delito, haja vista que novas provas foram encartadas aos autos, dando respaldo a que se deflagre o devido processo penal por mencionado crime*".

Acesso ao Sumário

O Promotor de Justiça atuante na 2ª Vara do Júri da Comarca de origem então requereu diligências (fls. 126/127) e ofereceu a denúncia (fls. 131).

Recebida a denúncia (fls. 132), conforme informou o Juízo em sede de defesa preliminar aduziu o paciente a ausência de justa causa por terem sido os autos de inquérito anteriormente arquivados, seguida de manifestação do Ministério Público sobre a preliminar (fls. 129/130) e então o Juízo acolheu o parecer do Ministério Público, afastada a preliminar "*por terem sido realizadas diligências imprescindíveis e produzidas novas provas consideradas hábeis ao desarquivamento do feito em relação ao crime de homicídio doloso*", encontrando-se o feito no início da fase de instrução, a serem ouvidas oito testemunhas comuns e onze arroladas pela defesa, para posterior interrogatório do paciente e dos dois corréus.

Diante desse contexto, pelo meu voto, a ordem deve ser denegada.

De início, não há que se alegar ofensa ao art. 18, do CPP, como combativamente sustentado pelo advogado impetrante.

Embora anteriormente proposto o arquivamento do inquérito policial pelo Promotor de Justiça atuante na Vara do Júri, as novas provas que embasaram o posterior oferecimento da denúncia decorreram de diligências requeridas pelo Promotor de Justiça atuante na Vara Comum, diligências estas requeridas ao tomar o membro do Ministério Público conhecimento dos autos de inquérito policial eis que requerido pelo Promotor de Justiça atuante na Vara do Júri a extração de cópias dos autos porque verificados elementos aptos ao oferecimento de denúncia pela prática de delito de tortura.

A superveniência de provas novas, elementares à formação da *opinio delicti*, se firmou em sede de apreciação, pelo DD. Procurador-Geral de Justiça, do conflito de atribuições suscitado, eis que o Promotor de Justiça atuante na Vara Comum vislumbrou a presença de justa causa a se oferecer a ação penal imputando a prática de crime doloso contra a vida.

Não se trata, frisa-se, de divergência entre membros do Ministério Público atuantes no Primeiro Grau de Jurisdição acerca do mesmo panorama de prova colhida nos autos, como quer fazer crer o combativo impetrante.

Trata-se, na realidade, e como destacado pelo DD. Chefe do Ministério Público do Estado de São Paulo, de inicial análise dos autos pelo Promotor de Justiça da Vara do Júri e então, depois, de análise pelo Promotor de Justiça da Vara Comum com as novas provas colhidas a partir de diligências por ele requeridas para apurar a formação da *opinio delicti*, que culminou, repisa-se, como concluído pelo DD. Procurador-Geral de Justiça, na superveniência de novos elementos de prova a formar a convicção da DD. Instituição sobre a presença de indícios suficientes de autoria e materialidade de um crime doloso contra a vida.

Acesso ao Sumário

Nesse sentido: "*HABEAS CORPUS. PROCESSO PENAL. INQUÉRITO POLICIAL. DESARQUIVAMENTO. NOVAS PROVAS. ENUNCIADO 524 DA SÚMULA DO STF. POSSIBILIDADE. 1. Entendem doutrina e jurisprudência que três são os requisitos necessários à caracterização da prova autorizadora do desarquivamento de inquérito policial (artigo 18 do CPP): a) que seja formalmente nova, isto é, sejam apresentados novos fatos, anteriormente desconhecidos; b) que seja substancialmente nova, isto é, tenha idoneidade para alterar o juízo anteriormente proferido sobre a desnecessidade da persecução penal; c) seja apta a produzir alteração no panorama probatório dentro do qual foi concebido e acolhido o pedido de arquivamento; 2. Preenchidos os requisitos – isto é, tida a nova prova por pertinente aos motivos declarados para o arquivamento do inquérito policial, colhidos novos depoimentos, ainda que de testemunha anteriormente ouvida, e diante da retificação do testemunho anteriormente prestado –, é de se concluir pela ocorrência de novas provas, suficientes para o desarquivamento do inquérito policial e o conseqüente oferecimento da denúncia; 3. Recurso a que se nega provimento*" (STJ, RHC 18.561/ES, 6ª Turma, j. 11/04/2006).

Portanto não há que se falar em desarquivamento do inquérito policial com oferecimento de denúncia sobre o mesmo panorama fático presente nos autos, acrescidos que foram, depois, outros elementos de prova a ensejar o oferecimento da denúncia.

E da atenta leitura da inicial verifica-se que a denúncia narra pormenorizadamente fatos certos, explicitando as circunstâncias fáticas e temporais, o modo com que o paciente teria participado na prática do crime doloso contra a vida, atendidos os requisitos legais do art. 41, do CPP, relegado ao sumário da culpa a comprovação, pela acusação, da presença de indícios suficientes de autoria e da materialidade do crime, a suportar a admissibilidade de submissão do paciente a julgamento perante seus pares.

Embora ausente nos autos cópia da decisão do Juízo que manteve o recebimento da denúncia após o oferecimento da resposta à acusação, não há flagrante ausência de justa causa a ensejar a concessão da ordem para o trancamento da ação penal.

Acesso ao Sumário

Isso porque, frisa-se, narra a denúncia fatos que constituem ilícito penal, não tendo o impetrante comprovado, de plano, a falta de justa causa da conduta ao paciente imputadas, a inexatidão dos fatos descritos na peça inicial ou a prova cabal de não ter ele participado da prática do delito.

Portanto, não pode o curso do processo ser coarctado desde logo, tornando-se incabível o trancamento da ação penal, dada a impossibilidade de se confrontar provas pela via eleita.

Relevante notar que ao que se afere da análise dos documentos trazidos

nesta impetração, conta o processo de origem com grande quantidade de elementos de prova, inviável o exauriente e acurado estudo do acervo probatório em sede desta ação constitucional, realizado o estudo apropriadamente acerca do enfoque indicado pelo impetrante, qual seja, a alegada ofensa ao art. 18, do CPP, a impor o trancamento da ação penal.

E da análise da denúncia face aos elementos de prova amealhados a partir das específicas e delimitadas diligências requeridas pelo d. Promotor de Justiça atuante na Vara Comum, bem como da elevada convicção do DD. Procurador-Geral de Justiça, não se vê ilegalidade no ato do Juízo que recebeu e posteriormente manteve o recebimento da denúncia.

O trancamento da ação penal, ademais, é medida excepcional, admitida em estritas hipóteses de flagrante e inconteste atipicidade da conduta, ausência de justa causa ou clara presença de causa extintiva de punibilidade.

Nesse sentido: "*Segundo a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, a extinção de ação penal de forma prematura somente se dá em hipóteses excepcionais, quando patentemente demonstrada (a) a atipicidade da conduta; (b) a ausência de indícios mínimos de autoria e materialidade delitivas; ou (c) a presença de causa extintiva da punibilidade. 2. Denúncia que contém a adequada indicação da conduta delituosa imputada ao paciente, apontando os elementos indiciários mínimos aptos a tornar plausível a acusação, o que lhe permite o pleno exercício do direito de defesa. 3. Ordem denegada*." (HC 112.957/SP, Rel. Min. Teori Zavascki, j. 02.04.13).

Deste modo, não verificada a alegada ofensa ao art. 18, do CPP, no ato do Juízo que recebeu e manteve o recebimento da denúncia, de rigor a denegação da ordem.

Pelo exposto, denega-se a ordem.

Mandados de Segurança

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Mandado de Segurança nº 0029802-58.2014.8.26.0000, da Comarca de Santa Adélia, em que é impetrante F.S.O.B.L., é impetrado MM. JUIZ(A) DE DIREITO DA VARA JUDICIAL DE SANTA ADÉLIA.

ACORDAM, em 12ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça

de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "concederam a segurança ora almejada, convalidando-se a liminar, para cassar a respeitável decisão impugnada, sem embargo de que outra seja proferida. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 15163)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores PAULO ROSSI (Presidente), AMABLE LOPEZ SOTO e VICO MAÑAS.

São Paulo, 15 de outubro de 2014.

PAULO ROSSI, Relator

Ementa: MANDADO DE SEGURANÇA – PRÁTICA DE CALÚNIA POR INTERMÉDIO DE PÁGINA CADASTRADA NO SÍTIO ELETRÔNICO DO F.S.O.B.L. – DESCUMPRIMENTO DE ORDEM JUDICIAL – ALEGADA IMPOSSIBILIDADE – DETERMINAÇÃO DE BLOQUEIO DO "F..C." EM TODO TERRITÓRIO NACIONAL – DESPROPORCIONALIDADE – POSSIBILIDADE DE IMPOSIÇÃO DE MULTA DIÁRIA PELO DESCUMPRIMENTO.

1. A sanção imposta pela autoridade judiciária impetrada se apresenta desproporcional, na medida em que causará prejuízos a milhões de brasileiros usuários da rede social F., além de diversas empresas e empresários no desenvolvimento de suas atividades rotineiras.

2. Compete a qualquer pessoa física ou jurídica situada no Brasil cumprir as ordens advindas do Poder Judiciário, não podendo se valer da legislação alienígena para escapar desse mister, sob pena de ofensa à própria soberania nacional, já que o fato investigado foi perpetrado em território nacional.

3. Possibilidade de imposição de medida coercitiva pecuniária pelo atraso no cumprimento da ordem judicial, a teor dos arts. 461, § 5º, 461-A, do CPC, c.c. o art. 3º do CPP.

Convalidada a liminar, segurança concedida.

Acesso ao Sumário

VOTO

Vistos.

Trata-se de Mandado de Segurança impetrado por F.S.O.B.L., contra ato emanado do MM. Juiz da Vara Única da Comarca de Santa Adélia, nos autos do inquérito policial nº (...), que determinou fossem bloqueados todos os IPs do domínio F..c. em todo o território nacional.

Aduz a impetrante que no dia (...) recebeu ofício expedido pela autoridade impetrada com a determinação de que informasse a quem pertencia o endereço de protocolo de internet (endereço IP) que criou a página cadastrada no endereço (endereço eletrônico constante do texto original), o qual havia sido desativado no ano de 2012.

Esclarecem os defensores da impetrante que o sítio eletrônico F. é operado pela empresa F.I., sediada nos (...) e pela F.I., localizada na (...), únicas responsáveis pela prestação de serviços aos usuários do Brasil, razão pela qual a impetrante (F.S.O.B.L. – "F.B.") não possui qualquer ingerência na gestão, operacionalização e administração do conteúdo do *site* F., ou seja, não possui qualquer contrato acerca da utilização de aludido *website* e não possui meios ou autorização para acessar as contas de seus respectivos usuários.

Enfatizam que a F.I. respondeu à autoridade impetrada, alegando que para o cumprimento da determinação judicial – tendo em vista que os dados estão armazenados em território (...) – a ordem judicial brasileira somente poderia ser executada por meio dos procedimentos previstos no Acordo de Assistência Judiciária em Matéria Penal (MLAT), celebrado entre a República Federativa do Brasil e os (...), promulgado por intermédio do Decreto nº (...).

Não obstante os esclarecimentos prestados ao juízo monocrático, a impetrante recebeu, em data de (...), novo ofício reiterando aquela mesma determinação, para cumprimento no prazo de cinco dias, "sob pena de remoção de todo o *site* F. do sistema".

Diante da impossibilidade técnica e jurídica para o cumprimento da determinação judicial, pelos motivos explicitados, a autoridade judiciária impetrada, verificando o suposto descumprimento de sua determinação, proferiu decisão determinando "*à serventia que seja oficiado à E., T., V., G., L., B.T. para que bloqueiem todos os IPs do domínio F..c. nos cabos A. I, A. II, A. II, E.S., G., G.N. e U., até que ordem supracitada seja integralmente cumprida*".

Alega a impetrante que não foi apresentado o fundamento legal para a ordem de bloqueio do acesso ao *site* do F., ressaltando que a execução do ato impugnado causará grave risco de prejuízo de difícil reparação não só à impetrante, mas a milhões de usuários brasileiros da rede social, representando ofensa aos princípios constitucionais da liberdade de manifestação do pensamento, expressão, comunicação e da livre iniciativa.

Pleiteia, liminarmente, seja determinada a suspensão dos efeitos da decisão combatida e, no mérito, a concessão da segurança, para anular a

Acesso ao Sumário

decisão proferida, declarando-se insubsistentes as medidas por ele impostas (fls. 02/35).

A liminar foi deferida em sede do Plantão Judiciário de 2ª Instância, pelo eminente Desembargador Ivo de Almeida (fls. 141/144).

Prestadas informações pela autoridade dita coatora (fls. 151/152), manifestou-se a douta Procuradoria Geral de Justiça, em r. parecer da lavra do Doutor Luis Antonio de Sampaio Arruda, pela concessão da segurança (fls. 189/192).

A autoridade judiciária impetrada informou que o representante do Ministério Público, na qualidade de litisconsorte passivo em 1º/07/2014 (fls. 200), havendo o transcurso *in albis* do prazo legal para manifestação.

É o relatório.

Depreende-se através das informações prestadas pela autoridade impetrada em (...), que aos (...) foi distribuído ao Juízo, inquérito policial, instaurado pela autoridade policial de (...), através de Portaria de (...), objeto do boletim de ocorrência nº (...), vez que no dia (...), na Fazenda (...), situada no Município de (...), Comarca de (...), a vítima A.M.C., fora vítima de calúnia em vista do publicado no *site* de relacionamento F..com/(...)/(...), dizendo que a vítima havia gasto R$ 70.000,00 da Prefeitura de (...), para promover uma festa para sua filha.

Em investigação a autoridade policial determinou a expedição de ofício à empresa F.S.O.B.L., no sentido de informar a quem pertence o IP que criou a comunidade (endereço eletrônico constante do texto original), para fins de prosseguimento das diligências pertinentes no inquérito policial, versando sobre calúnia, eis que a diligência sobredita era precípua para esclarecimento do fato.

Consta, ainda, outra ocorrência de autoria desconhecida, tendo como vítima A.A.V., por parte da comunidade (...), que foi injuriada pela comunidade supramencionada, manifestando interesse em processar na forma da lei o autor.

Acesso ao Sumário

Por decisão de (...), foi solicitada à empresa a resposta do ofício expedido pela autoridade policial, sendo reiterado em (...) e, diante da recalcitrância da empresa F. em fornecer a informação pleiteada, também foi solicitado auxílio do Centro de Inteligência – CIPOL, da Delegacia Seccional de Polícia de (...).

Foram acostados aos autos expedientes recebidos do CIPOL de (...), os quais foram recebidos da empresa F..

Portanto, a empresa F.S.O.B.L., por reiteradas vezes, foi instada a fornecer os dados cadastrais, incluindo e-mail, o log (IP, data e horário, incluindo fuso horário e outros dados identificativos), que o autor do delito ora apurado

utilizou, quando da criação do perfil investigado, contudo, quedou-se inerte, sendo flagrante a desobediência da citada empresa.

Instada uma derradeira vez para o atendimento da ordem judicial, a aludida empresa não cumpriu a ordem tal como exarada, razão pela qual, por decisão de (...), foi determinado o bloqueio de todos os IPs do domínio F..com nos cabos A. I, A. II, A. II, E.S., G., G.N. e U., até que ordem supracitada seja integralmente cumprida (fls. 151/152).

A presente impetração visa, essencialmente, a concessão da segurança para que seja anulada a respeitável decisão combatida e os efeitos dela decorrentes.

A liminar deve ser convalidada.

A ordem judicial ora impugnada foi extraída, segundo consta, de inquérito policial destinado à apuração de um crime de calúnia.

Não obstante se possa alvitrar a pouca agilidade do grupo empresarial em que inserido a impetrante para atender a determinação judicial proferida há quase um ano, forçoso convir que a sanção imposta pela autoridade judiciária impetrada se apresenta desproporcional, na medida em que causará prejuízos a milhões de brasileiros usuários da rede social F..

Oportuno ponderar, nesse passo, e como é de conhecimento corrente, que tal serviço é usado não somente por pessoas naturais, para relacionamento social, como também por diversas empresas e empresários no desenvolvimento de suas atividades rotineiras.

Emerge, dessa forma, risco evidente de prejuízos incalculáveis, de reparação praticamente inviável, nos moldes determinados pelo juízo monocrático.

De outro lado, é cediço que a impetrante vem se esquivando de cumprir a determinação judicial, sob o argumento de que não é responsável pelo gerenciamento do conteúdo e da infraestrutura do *site* F., incumbência compete a duas outras empresas distintas e autônomas, denominadas F.I. e F.I..

Sustenta, ainda, que embora a F.I. controle os dados de usuários brasileiros, a análise e cumprimento de requisições de autoridades para acesso a dados de usuários do *site* F. é de responsabilidade da empresa F.I., sediada nos (...) e, para tanto, a autoridade judiciária impetrada deveria solicitar a instauração do procedimento de cooperação judiciária, nos termos do Decreto nº (...) (MLAT).

Com efeito, embora respeitando os argumentos esposados pelos ilustres defensores, a afirmação, acima transcrita, é uma desconsideração à soberania brasileira.

Impõe-se, portanto, neste contexto, dizer que a ordem de um Juiz

Acesso ao Sumário

de Direito, exarada em um devido processo legal, integra a soberania nacional, porquanto cabe ao Poder Judiciário também zelar por ela.

Soberania refere-se a uma entidade que não tem superiores na ordem externa e nem iguais na ordem interna. Se o F. opera no Brasil, ele está sujeito às leis brasileiras.

Ressalte-se que, em caso semelhante, a informação solicitada pelo juízo monocrático foi prestada pela impetrante sem qualquer impedimento, evidenciando a possibilidade de cumprimento, sem delongas, da determinação judicial.

Nesse passo, oportuno trazer à colação, trecho do voto da Ministra Laurita Vaz, na questão de ordem relacionada a dificuldades que a G.B.I.L. levantou para não cumprir ordens judiciais de quebra de sigilo das comunicações por e-mail, envolvendo o G., caso, aliás, muito semelhante ao presente.

"Em se tratando de ordem judicial, o que se espera de qualquer cidadão ou entidade formalmente constituída no país é o seu fiel cumprimento, sob pena de incursão no campo do ilícito, sujeitando seus agentes ou dirigentes às penalidades da lei."

"Nestes autos, a investigação em curso pode elucidar seríssimos crimes, dentre eles os de formação de quadrilha, corrupção ativa e passiva, fraude à licitação, lavagem de dinheiro, advocacia administrativa e tráfico de influência."

"Há razoável expectativa de se obter importantes elementos de prova com a comunicação estabelecida por mensagens de *e-mail* entre os investigados."

"A ordem judicial já foi prolatada, quebrando o sigilo telemático, mas a medida ainda não foi cumprida pela G.B., sob o pálido argumento de que é a empresa controladora G.I., sediada em território (...), que armazena os dados de *e-mail*, os quais estariam inacessíveis física e juridicamente para a subsidiária brasileira, ressaltando que essas informações estariam sob proteção da legislação (...)."

"A demora no cumprimento da ordem judicial emanada representa inaceitável empeço ao bom andamento das investigações."

"O obstáculo oposto, ademais, não procede. A sede-matriz (empresa controladora) em território (...) se faz representar aqui pela G.B.."

"Ora, o que se pretende é a entrega de mensagens **remetidas e recebidas por brasileiros em território brasileiro**, envolvendo supostos **crimes submetidos induvidosamente à jurisdição brasileira**."

"Nesse cenário, é irrecusável que o fato de esses dados estarem armazenados em qualquer outra parte do mundo não os transformam em

Acesso ao Sumário

material de prova estrangeiro, a ensejar a necessidade da utilização de canais diplomáticos para transferência desses dados."

"Trata-se, evidentemente, de elemento de prova produzido, transmitido e recebido em território brasileiro, repito. Nada tem a ver com terras alienígenas, a não ser pelo fato de, por questões estratégico-empresariais, estarem armazenadas nos (...)."

"Cumpre observar que a mera **transferência reservada** – poder-se-ia dizer *interna corporis* – desses dados **entre empresa controladora e controlada** não constitui, em si, quebra do sigilo, o que só será feito quando efetivamente for entregue à autoridade judicial brasileira, aqui."

"Insisto: a simples transmissão de dados, resguardado seu conteúdo, entre as entidades pertencentes ao mesmo grupo empresarial, com a exclusiva finalidade de entrega à autoridade judiciária competente, no caso a brasileira, não tem o condão de sequer arranhar a soberania do Estado estrangeiro."

"A quebra do sigilo dos dados requeridos é sabidamente medida de suma importância para a elucidação de **crimes cometidos em território brasileiro por brasileiros**, **repito, mais uma vez."**

"**Vale ressaltar que a referida empresa foi constituída em conformidade com as leis brasileiras e, evidentemente, deve se submeter à legislação pátria, não podendo se esquivar do cumprimento de requisição judicial invocando leis americanas, pelo todo exposto, inaplicáveis ao caso."**

"**Não se pode admitir que uma empresa se estabeleça no país, explore o lucrativo serviço de troca de mensagens por meio da *internet* – o que lhe é absolutamente lícito –, mas se esquive de cumprir as leis locais."**

"**Remeter o Poder Judiciário Brasileiro à via diplomática para obter tais dados é afrontar a soberania nacional, sujeitando o Poder Estatal a inaceitável tentativa da empresa em questão de se sobrepor às leis pátrias, por meio de estratagemas de política empresarial, sabe-se lá com qual intenção."**

"Nesse contexto, conquanto se reconheça a obrigação da empresa G.B. entregar os dados armazenados, como estes não estão em seu poder direto, não há como imputar a seus dirigentes, aqui, o crime de desobediência, na medida em que, efetivamente, dependem da colaboração de seus agentes na empresa sediada no exterior."

"Todavia, a solução do impasse gerado pela renitência da empresa controladora passa pela imposição de medida coercitiva pecuniária pelo atraso no cumprimento da ordem judicial, a teor dos arts. 461, § 5º, 461-A, do Código de Processo Civil, c.c. o art. 3º do Código de Processo Penal."

"Ante o exposto, submeto à consideração desta Corte Especial a

Acesso ao Sumário

minha determinação de, desde logo, fixar à G.B.I.L. o prazo improrrogável de 10 (dez) dias para cumprimento da ordem de quebra do sigilo telemático deferida nestes autos, sob pena de multa diária no valor de R$ 50.000,00 (cinquenta mil reais) por dia de atraso, contado do recebimento do ofício." (STJ, inquérito nº 784/DF – 2012/0107506-0).

Neste sentido também é o entendimento do Egrégio Tribunal Regional Federal da 3ª Região:

"*AGRAVO REGIMENTAL. CONCESSÃO PARCIAL DE LIMINAR. MANDADO DE SEGURANÇA. QUEBRA DE SIGILO TELEMÁTICO DETERMINADA POR JUÍZO CRIMINAL. PRETENSÃO DA PESSOA JURÍDICA IMPETRANTE F. DE SE EXIMIR DA APRESENTAÇÃO DE DADOS DE PESSOA INVESTIGADA. ALEGAÇÃO DE IMPOSSIBILIDADE. NÃO ACOLHIMENTO. IMPOSIÇÃO DE MULTA DIÁRIA POR DESCUMPRIMENTO. PRECEDENTE DO STJ. ADEQUAÇÃO E NECESSIDADE DA INTERRRUPÇÃO DOS SERVIÇOS PRESTADOS NO BRASIL ANTE A RECUSA NO CUMPRIMENTO DE ORDEM JUDICIAL. AFASTAMENTO DA RESPONSABILIZAÇÃO CRIMINAL DOS DIRIGENTES LOCAIS PELO DELITO DO ART. 348 DO CP. NÃO CARACTERIZAÇÃO. SUSPENSÃO PARCIAL DA DECISÃO IMPUGNADA. RECURSO NÃO PROVIDO. 1 – A impetrante pretende se eximir da determinação judicial, no sentido de viabilizar a interceptação, em tempo real, de perfil cadastrado no Site F. (endereço eletrônico constante do texto original), com a consulta de seu conteúdo pelo prazo de 15 (quinze) dias e o fornecimento de senha à autoridade policial investigante. 2 – Ato impugnado que determinou que a impetrante cumpra a ordem, em 24 (vinte e quatro) horas, sob pena de multa diária no valor de R$ 100.000,00 (cem mil reais), até o limite de R$ 1.000.000,00 (um milhão de reais), interrupção das atividades e serviços no Brasil, mediante bloqueio de todos os IPs do domínio f..com e, por fim, a responsabilização dos seus dirigentes locais nos termos do art. 348 do Código Penal (favorecimento pessoal). 3 – O artigo 5º, inciso XII, da Constituição da República estabelece a inviolabilidade do sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal. 4 – Conquanto o preceito constitucional institua como regra a proteção à intimidade, conferindo ressalva expressa de quebra do sigilo apenas nas hipóteses de comunicações telefônicas, razões de interesse público podem legitimar a adoção de medidas que relativizem a proteção individual de modo a alcançar igualmente outras situações, quando confrontado o princípio com outros valores constitucionais igualmente protegidos, tendo em vista que nenhum direito ou garantia fundamental previsto na Lei Maior se reveste de caráter absoluto. 5 – Ausência, ao menos em sede*

Acesso ao Sumário

de cognição sumária, de ilegalidade do ato apontado como coator, uma vez que compete a qualquer pessoa física ou jurídica situada no Brasil cumprir as ordens advindas do Poder Judiciário, não podendo se valer da legislação alienígena para escapar desse mister, sob pena de ofensa à própria soberania nacional, já que o fato investigado foi perpetrado neste País. 6 – Hipótese em que a impetrante possui conhecimento da ordem judicial há, no mínimo, trinta dias, tendo tido tempo mais do que suficiente para diligenciar as providências necessárias em suas sedes no exterior a fim de dar cumprimento à ordem do Poder Judiciário brasileiro. 7 – Informações da autoridade impetrada, advindas posteriormente à decisão recorrida dando conta de que a investigação relaciona-se à existência de um grupo criminoso e estruturado voltado à prática de crimes de moeda falsa, formação de quadrilha e de lavagem de dinheiro em vários Municípios e Estados da Federação, cabendo à autoridade judicial – e não à impetrante – a análise sobre a necessidade e adequação da quebra de sigilo telemático. 8 – Existência de precedentes jurisprudenciais, inclusive da Corte Especial do E. STJ, reconhecendo a possibilidade da fixação de multa diária pelo descumprimento reiterado de ordem judiciais. 9 – Ao menos neste momento e considerando o fato de que a impetrante vem resistindo à ordem judicial, entende-se que a interrupção das suas atividades é medida que se mostra inteiramente necessária e imprescindível à investigação. 10 – Agravo regimental a que se nega provimento." (Agravo em Mandado de Segurança nº 9927053-77.2013.4.03.0000/SP, relator Desembargador Federal Luiz Stefanini, 1ª Seção do TRF3, j. 07.11.2013).

Frise-se, ademais, que a corroborar aludido entendimento, o Marco Civil da Internet (Lei nº 12.965/2014), determina em seu artigo 11 o cumprimento das leis brasileiras mesmo que as atividades sejam realizadas por pessoa jurídica sediada no exterior.

Assim, diante da recalcitrância injustificada da impetrante em cumprir a determinação judicial, ainda que na hipótese tenha se reconhecido a desproporcionalidade do bloqueio do domínio F. em todo o território nacional até o cumprimento da decisão, deve ser reconhecida a possibilidade de fixação de multa diária pelo descumprimento da ordem judicial, nos moldes preconizados nos artigos 461, § 5º e 461-A, ambos do Código de Processo Civil, c.c. o artigo 3º do Código de Processo Penal.

Nesse sentido.

"*DIREITO PENAL E PROCESSUAL PENAL. AGRAVO REGIMENTAL EM MANDADO DE SEGURANÇA. INCITAÇÃO AO CRIME E OUTRAS PRÁTICAS CRIMINOSAS MEDIANTE ACESSO AO SITE F. ATRAVÉS DE PROVEDORES NO BRASIL. PEDIDO DE QUEBRA DE SIGILO DE DADOS TELEMÁTICOS A FILIAL BRASILEIRA DE EMPRESA MATRIZ SEDIADA NO EXTERIOR. IMPOSIÇÃO DE MULTA DIÁRIA E*

Acesso ao Sumário

DETERMINAÇÃO PRISÃO POR DESOBEDIÊNCIA CIVIL, NO CASO DE DESCUMPRIMENTO DA ORDEM JUDICIAL. LIMINAR DEFERIDA EM PARTE. SUSPENSÃO DA DECISÃO, TAO SOMENTE, QUANTO A POSSIBILIDADE DE PRISÃO. OBSERVÂNCIA AO PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DA INOCÊNCIA. IMPOSIÇÃO DE SANÇÃO PECUNIÁRIA EM PROCEDIMENTO CRIMINAL. POSSIBILIDADE. APLICAÇÃO SUBSIDIÁRIA DO ART. 461, § 5º, DO CPC. INTELIGÊNCIA DO ART. 3º, DO CPP. AGRAVO IMPROVIDO. DECISÃO UNÂNIME. I – Diante da verossimilhança do alegado pela autoridade impetrada, ao determinar a empresa agravante a quebra de sigilo e interceptação do fluxo de dados telemáticos de usuários brasileiros, relativamente a comunicações efetuadas a partir de provedores localizados no Brasil, com vistas a apurar suposto envolvimento das referidas pessoas em delitos cometidos em terras brasileiras, não resta configurada, ao menos nesta oportunidade processual, a alegada violação a direito líquido e certo ventilada na impetração, em decorrência da cobrança de multa diária cumulativa (astreinte), no caso de descumprimento da aludida ordem judicial, mormente em face da elevada capacidade econômica da parte agravante. II – E cabível a aplicação de sanção pecuniária para fazer cumprir obrigação de fazer, em sede de procedimento criminal, ante a possibilidade de aplicação subsidiaria do disposto no § 5º, do art. 461, do CPC, nos termos do que alude o art. 3º, da Lei no Adjetiva Penal. III – O simples fato de suspender os efeitos da decisão agravada em relação a possibilidade de prisão, não implica, seja tácita ou expressamente, no reconhecimento dos pressupostos necessários a concessão da liminar, mas apenas a observância a garantia processual assegurada constitucionalmente, da presunção de inocência, prevista no art. 5º, LVII, da CF/88. IV – Agravo improvido. Decisão unânime." (TJPE, Agravo Regimental em Mandado de Segurança nº 0323845-3, relatora Desembargadora Alderita Ramos de Oliveira, 4ª Câmara Criminal, j. 12.02.2014).

Isto posto, concede-se a segurança ora almejada, convalidando-se a liminar, para cassar a respeitável decisão impugnada, sem embargo de que outra seja proferida.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Mandado de Segurança nº 2153135-13.2014.8.26.0000, da Comarca de Campinas, em que é impetrante WELLINGTON JOSÉ DE LIMA, é impetrado MMJD DA VARA DAS EXECUÇÕES CRIMINAIS DA COMARCA DE CAMPINAS.

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

de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Concederam a segurança, para determinar que o Juízo impetrado aprecie o pedido de indulto, formulado com base no Decreto Presidencial nº 8.172/2013, independentemente da manifestação do Conselho Penitenciário. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 32.035)**

O julgamento teve a participação dos Exmo. Desembargadores ALEX ZILENOVSKI (Presidente sem voto), FRANCISCO ORLANDO e DINIZ FERNANDO.

São Paulo, 20 de outubro de 2014.

ALMEIDA SAMPAIO, Relator

Ementa: MANDADO DE SEGURANÇA – Indulto pleno – Decreto nº 8.172/2013 – Parecer prévio do Conselho Penitenciário – Desnecessidade – A concessão de indulto, por iniciativa do Presidente da República, independe de pronunciamento do Conselho Penitenciário – Precedentes do STJ – Segurança concedida.

VOTO

Cuida-se de Mandado de Segurança ajuizado pela Defensoria Pública em favor do sentenciado *Wellington José de Lima* contra ato da MMª. Juíza de Direito da 1ª Vara das Execuções Criminais da Comarca de Campinas, nos autos de Execução nº 961.877.

Isto porque o impetrante ingressou com pedido de indulto, com base no Decreto nº 8.172/2013, visto que descontara mais da terça parte das penas vigentes até 25.12.2013, não havendo registro de falta grave nos últimos doze meses à publicação do decreto e, na ocasião, mencionou da desnecessidade de parecer do Conselho Penitenciário, tendo a Magistrada, contudo, deliberado por determinar a manifestação daquele órgão, em desacordo com o preceituado no referido decreto.

Sendo ato privativo do Presidente da República em conceder o indulto, assevera que houve violação a direito líquido e certo em exigir documento descartado pelo decreto, daí o presente *"mandamus"* para garantir o respeito ao devido processo legal, princípio constitucional.

Indeferida a liminar, prestou as informações a Magistrada, esclarecendo que o sentenciado, em cumprimento de pena por crimes não hediondos, postulou o indulto com base no Decreto Presidencial nº 8.172/2013, tendo, então, em 25 de abril de 2014, requisitado o expediente de praxe, com parecer do Conselho

Acesso ao Sumário

Penitenciário, a pedido do Ministério Público, que foi reiterado em 16 de setembro de 2014 (fls. 33).

A d. Procuradoria Geral de Justiça opinou para que seja conhecido o pedido e denegada a segurança.

Este é o relatório.

Não se pode olvidar que o Mandado de Segurança garante ao indivíduo, ou a uma coletividade, as liberdades civis e as políticas. É, portanto, uma forma de assegurar os direitos líquidos e certos, não amparados por *Habeas Corpus* ou *Habeas Data* e cuja ilegalidade ou abuso sejam praticados por autoridade pública ou agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições do poder público.

Em decorrência disso, é que Hely Lopes Meirelles define o Mandado de Segurança como: "*o meio constitucional posto à disposição de toda pessoa física ou jurídica, órgão com capacidade processual, ou universalidade reconhecida por lei, para proteção de direito individual ou coletivo, líquido e certo, não amparado por habeas corpus ou habeas data, lesado ou ameaçado, por autoridade, seja de que categoria for e sejam quais forem as funções que exerça*"[1].

Impôs a Constituição Federal a necessidade de o impetrante demonstrar, desde logo, que o direito violado, tanto o individual quanto o coletivo, seja líquido e certo para que se utilize o Mandado de Segurança.

Para o constituinte, direito líquido e certo é aquele que, além de vir expresso em norma legal, traz consigo todos os requisitos e condições necessários para a sua aplicação. Ou seja, o direito há de estar suficientemente comprovado e não pode trazer nenhum tipo de dúvida ou de condição ligada a fatos ou situação que não estejam determinados.

Pois bem, trata-se de sentenciado, primário, em cumprimento de pena de 7 anos, 4 meses e 10 dias de reclusão, pela prática de crimes de roubo qualificado, furto e receptação. Iniciou a pena em 19.8.2010, com registro de uma falta grave em 2012, tendo cumprido 1/3 da pena aos 8.2.2013, daí o pedido de indulto, com fulcro no art. 1º, inciso I, do Decreto Presidencial nº 8.172/2013.

Acesso ao Sumário

A pedido do Ministério Público, a Magistrada deliberou por requisitar expediente de praxe, acompanhado de parecer do Conselho Penitenciário.

Pretende o impetrante apenas desconstituir esta determinação, por argumentar dispensável o parecer do Conselho Penitenciário quando se trata de indulto pleno.

Inicialmente, é imperioso que se recorde que a decisão do Magistrado, em se cuidando de indulto ou comutação de parte da pena com fundamento em Decreto oriundo do Poder Executivo, tem natureza meramente declarativa.

1 MEIRELLES, Hely Lopes - Mandado de Segurança - 25ª ed. São Paulo - Malheiros Editores, 2003 (pág. 21).

Arruda Alvim alude: "*pela ação e sentença declaratória o que se objetiva é, exclusivamente, a declaração do direito...*"[2]. É o que ocorre neste caso, posto que o indulto é prerrogativa do Poder Executivo, que define os casos em que ela pode ser aplicada e sua extensão, artigo 84, XII, da Constituição Brasileira.

Deste contexto o que se extrai é a impossibilidade de o Poder Judiciário estabelecer outras condições senão aquelas que o poder concedente firmou.

No caso em análise, verifico que, a teor do Decreto Presidencial nº 8.172/2013, a apresentação prévia do parecer pelo Conselho Penitenciário foi abolida para a concessão de indulto ou comutação. Basta para tanto verificar o preenchimento dos requisitos legais. É o que dispõe o art. 10º- "*Para a declaração do indulto e comutação das penas não se exigirá requisito outro, senão os previstos neste Decreto"*.

Assim, tendo em vista que o referido decreto prevê, quanto à obtenção de indulto, a exigência do cumprimento de requisitos de natureza unicamente objetiva, é dispensável a emissão de prévio parecer pelo Conselho Penitenciário (STJ - REsp nº 819.744, rel. Min. Felix Fischer, DJ de 4.6.2007; HC nº 11.730, Min. Hamilton Carvalhido, DJ 18.12.00).

Nesse sentido, julgado recente da lavra do Ministro Marco Aurélio Bellizze, do Superior Tribunal de Justiça:

> HABEAS CORPUS IMPETRADO EM SUBSTITUIÇÃO AO RECURSO PREVISTO NO ORDENAMENTO JURÍDICO. 1. NÃO CABIMENTO. MODIFICAÇÃO DE ENTENDIMENTO JURISPRUDENCIAL. RESTRIÇÃO DO REMÉDIO CONSTITUCIONAL. EXAME EXCEPCIONAL QUE VISA PRIVILEGIAR A AMPLA DEFESA E O DEVIDO PROCESSO LEGAL. 2. INDULTO COLETIVO. BENEFÍCIO CASSADO PELO TRIBUNAL DE JUSTIÇA. EXIGÊNCIA DE PARECER DO CONSELHO PENITENCIÁRIO. REQUISITO NÃO PREVISTO NO DECRETO PRESIDENCIAL. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. 3. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO. 1. (...) 2. Nos termos da jurisprudência desta Corte, é dispensável o parecer do Conselho Penitenciário quando se tratar de indulto coletivo, sob pena de manifesta afronta ao princípio da legalidade, na medida em que impõe requisito não estabelecido no Decreto Presidencial, cuja elaboração é da competência discricionária e exclusiva do Presidente da República, consoante o disposto no art. 84, XII, da Constituição Federal. 3. No caso, o paciente foi beneficiado com o indulto coletivo previsto no Decreto n. 7.873/2012, emitido pela Presidenta da República, no exercício da competência privativa que lhe confere o art. 84 da Bíblia Política, que não prevê a manifestação prévia

Acesso ao Sumário

2 Manual de Direito Processual Civil – volume II – Pág. 638.

do Conselho Penitenciário para a concessão dos benefícios. Precedentes. 3. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida de ofício para restabelecer a decisão proferida pelo Juiz das Execuções que concedeu o benefício de indulto com base no Decreto Presidencial n. 7.873/2012 (HC 287535/SP, STJ, Quinta Turma, j. 21.5.2014).

Destarte, não há razão para se aguardar a manifestação do Conselho Penitenciário por ser desnecessário ao caso, cabendo ao Juízo impetrado a análise do pedido, sob pena de suprimir um grau de instância.

Isto posto, pelo meu voto, é concedida a segurança, para determinar que o Juízo impetrado aprecie o pedido de indulto, formulado com base no Decreto Presidencial nº 8.172/2013, independentemente da manifestação do Conselho Penitenciário.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Mandado de Segurança nº 2156318-89.2014.8.26.0000, da Comarca de São José do Rio Preto, em que é impetrante ANTONIO DONATO, é impetrado MM. JUIZ DE DIREITO DA 5ª VARA CRIMINAL DE RIBEIRÃO PRETO.

ACORDAM, em 12ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "por votação unânime, concederam a segurança para cassar a decisão que, com fundamento no artigo 265, *caput*, do Código de Processo Penal, condenou o advogado Antonio Donato, ora impetrante, ao pagamento de multa.", de conformidade com o voto da Relatora, que integra este acórdão. **(Voto nº 26.511)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores PAULO ROSSI (Presidente sem voto), VICO MAÑAS e AMABLE LOPEZ SOTO.

São Paulo, 5 de novembro de 2014.

ANGÉLICA DE ALMEIDA, Relatora

Acesso ao Sumário

Ementa: Mandado de Segurança. Artigo 265, "caput", do Código de Processo Penal. Abandono processual. Inexistência. Multa. Afastamento. – Demora para apresentação das alegações finais, sem que propiciada oportunidade para justificação, em violação ao artigo 5º, LIV e LV, da Constituição Federal, não caracteriza abandono do processo, ainda que indireto, nos termos em que prevê o dispositivo legal. Segurança concedida,

para cassar a decisão impugnada.

VOTO

Trata-se de mandado de segurança impetrado em favor de Antonio Donato, contra decisão do MM(ª) Juiz(ª) da 5ª Vara Criminal da Comarca de São José do Rio Preto, que impôs ao impetrante, por abandono do processo, multa de dez salários mínimos, sob pena de bloqueio judicial de bens e inscrição na dívida ativa do Estado. Alega terem sido protocoladas as defesas escritas, antes da intimação acerca da imposição da multa, e ter continuado a patrocinar os interesses dos seus clientes, não ocorrendo abandono processual. Postula a concessão da segurança, para anular a decisão combatida, e, liminarmente, a suspensão dos seus efeitos (fls. 1/9). Acompanham os documentos de fls. 10/51.

Concedida a liminar (fls. 53/54), a autoridade judicial impetrada prestou informações (fls. 59/104), acompanhadas da documentação de fls. 105/184.

A d. Procuradoria Geral de Justiça, convalidada a liminar, manifesta-se pela concessão da segurança (fls.186/190).

É o relatório.

O impetrante Antonio Donato atua na condição de advogado constituído de Alcione da Silva Santana Pereira e de Jonas Reginaldo Alves Pereira, nos autos do processo-crime n. 0019079.03.2011.8.26.0576, em andamento perante a 5ª Vara Criminal da Comarca de São José do Rio Preto.

O impetrante fora cientificado, em audiência, do prazo para apresentação de memoriais em favor dos referidos acusados. Entretanto, deixou de realizar tal ato processual.

Em vista disso, a decisão judicial, ora impugnada, impôs ao impetrante, em face do abandono do processo, sem justificativa, multa de dez salários mínimos, com relação a cada acusado.

Ocorre que, em 29 de maio de 2014, os memoriais em favor de Alcione da Silva Santana Pereira e Jonas Reginaldo Alves Pereira foram apresentados pelo impetrante, conforme protocolo de fls. 16.

Por conseguinte, tendo em vista que a decisão ora impugnada, prolatada em 26 de maio, foi publicada, em 30 de maio do corrente ano, os memoriais em questão foram apresentados, em data anterior à intimação da decisão judicial, que reconheceu o abandono da causa.

Não se põe em dúvida que se trata de processo complexo com inúmeros réus presos preventivamente. A todo momento, evidenciada está a preocupação do juízo em dar andamento ao feito de forma regular, demonstrando cautela e zelo para assegurar a paridade de armas. Tanto assim que, com a anuência expressa das partes, estabeleceu prazo comum para a apresentação dos

Acesso ao Sumário

respectivos memoriais.

Entretanto, não há falar, na hipótese dos autos, em abandono da causa, ainda que por meio indireto. Hipótese que justificaria a nomeação de substituto, após o prazo para escolher outro profissional, e a aplicação da multa, prevista no artigo 265, *caput*, do Código de Processo Penal. Além de eventuais sanções de natureza administrativa, no âmbito da Ordem dos Advogados do Brasil.

O atraso na prática de ato processual, em si mesmo considerado, não caracteriza abandono da causa, nos termos em que estabelecidos pelo artigo 265, *caput*, do Código de Processo Penal.

Ademais, a demora, sem que explicitados os respectivos motivos, não pode caracterizar abandono do processo. A configuração do abandono do processo expressamente previsto, na norma processual, pressupõe motivo imperioso a exigir, por conseguinte, a oportunidade para que o advogado possa explicar-se.

Em outras palavras, a aplicação de sanção pressupõe o *devido processo legal*, devendo ter aplicação o disposto no artigo 5º, LIV e LV, da Constituição Federal.

Diante do exposto, por votação unânime, concederam a segurança para cassar a decisão que, com fundamento no artigo 265, *caput*, do Código de Processo Penal, condenou o advogado Antonio Donato, ora impetrante, ao pagamento de multa.

Recursos em Sentido Estrito

ACÓRDÃO

Acesso ao Sumário

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Recurso em Sentido Estrito nº 0026246-04.2012.8.26.0005, da Comarca de São Paulo, em que é recorrente MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO, é recorrido MARCO ANTONIO HENZ.

ACORDAM, em 4ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 16349)**

O julgamento teve a participação dos Exmo. Desembargadores EUVALDO CHAIB (Presidente) e IVAN SARTORI.

São Paulo, 21 de outubro de 2014.
EDISON BRANDÃO, Relator

Ementa: RESE – REJEIÇÃO DA DENÚNCIA – Suposta ausência de justa causa para ação penal – Inocorrência – Presentes os requisitos necessários para o recebimento da exordial – Prova de materialidade e indícios suficientes da autoria – Elementos informativos colhidos no inquérito policial suficientes para receber a denúncia oferecida e instaurar a ação penal – Recurso ministerial provido.

VOTO

Cuida-se de recurso em sentido estrito interposto pelo **MINISTÉRIO PÚBLICO** contra a r. decisão de fls. 70/71, que rejeitou, com fundamento no artigo 397, inciso III, do Código de Processo Penal, a denúncia ofertada pelo Ministério Público contra Marco Antonio Henz, acusando-o do delito capitulado no art. 129, § 9º, do Código Penal.

Recorre o Ministério Público objetivando a reforma da decisão, para que a denúncia seja recebida, prosseguindo-se o feito, havendo justa causa para propositura da ação (fls. 73/78).

Recurso foi processado e contrarrazoado (fls. 84/91), restando mantida a r. decisão (fls. 79).

A Douta Procuradoria Geral de Justiça opinou pelo provimento do recurso (fls. 101/103).

Relatei.

O recurso comporta provimento.

O recorrido foi denunciado como incurso no art. 129, § 9º, do Código Penal, porque, segundo narra a denúncia, em 03/06/2012, prevalecendo-se de relações domésticas e familiares contra a mulher, ofendeu a integridade corporal de sua esposa Simoni Jesuino, causando-lhe lesões corporais de natureza leve.

Segundo o apurado, à época dos fatos, as partes estavam casadas há cerca de nove anos, advindo uma filha dessa relação. Na data do ocorrido, durante uma discussão, o acusado passou agredir a vítima, golpeando-a com uma cadeira.

O digno Magistrado *a quo* entendeu, porém, ser inviável o recebimento da denúncia, eis que réu e vítima se acusam mutuamente, tendo o recorrido, alegado que apenas se defendeu das agressões da mulher que portava uma cadeira.

Data vênia, o entendimento do Juízo de origem não pode prevalecer.

Acesso ao Sumário

Ela contou que na data dos fatos o réu chegou embriagado e proferindo ofensas verbais, em dado momento pegou a cadeira para bater nela, ocasião em que saiu correndo, subindo na cama, nesse instante, ele bateu a cadeira contra seu braço. Imediatamente saiu de sua casa e foi morar com sua mãe. Contou que, já havia sofrido agressões por parte do acusado anteriormente, porém desistiu de dar prosseguimento no feito, mas desta vez resolveu separar-se dele (fls. 08).

Desse modo, apesar de somente ter a palavra da vítima nos autos, suas declarações devem ser recebidas, eis que não se pode perder de vista que em delitos que ocorrem ordinariamente no âmbito familiar, presentes apenas o sujeito passivo e o ativo, são importantíssimas as declarações da vítima para a elucidação dos fatos; sob pena de estarmos chancelando a impunidade sobre tais crimes.

Além disso, o laudo pericial acostado às fls. 32 confirma que a vítima sofreu as agressões que descreveu, uma vez que apresentou equimose na coxa esquerda e no ombro esquerdo, dando respaldo para evidenciar a justa causa à ação penal.

Daí porque estão presentes indícios suficientes de autoria e materialidade delitiva.

Neste sentido:

> "Havendo, como há na espécie, indícios de ter o recorrido agredido fisicamente sua mulher, causando-lhe ferimentos detalhados em laudo policial técnico; havendo ainda outros elementos em correlação, dentre os quais ameaças, antes registradas em delegacia especializada; não se admite que o julgador singular rejeite a peça vestibular da Promotoria de Justiça, esta fulcrada na violação ao artigo 129, § 9º, do Código Penal; incidindo a Lei 11.340/2006, denominada 'Lei Maria da Penha'." (TJRJ, RSE 2009.05100230, rel. Luiz Felipe Haddad, 08.06.2009).

Por outro lado, ainda que o réu negue as agressões, aduzindo que somente houve agressões verbais, tais alegações não conferem com o laudo pericial.

Por fim, a questão da vítima não desejar mais processar o acusado não é motivo para rejeitar a denúncia, eis que o presente feito cuida-se de ação penal pública incondicionada.

Registre-se que, nesta fase, a dúvida milita pro societatis, e não pro reo, sendo de rigor o prosseguimento do feito.

Assim, a rejeição da denúncia foi prematura eis que, neste momento, presentes a materialidade e indícios suficientes de autoria contra o réu, imperioso é o recebimento da denúncia, devendo ser dado normal prosseguimento ao feito.

No mais, a questão será melhor apurada quando do exame meritório da matéria, após a regular instrução probatória a ser realizada em juízo, sob o crivo do contraditório, quando eventuais dúvidas poderão ser melhor aclaradas.

Acesso ao Sumário

Isso posto, **DOU PROVIMENTO** ao recurso, reformando-se a r. decisão, para determinar o recebimento da denúncia oferecida, prosseguindo a ação penal, nos seus ulteriores termos.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Recurso Em Sentido Estrito nº 0002512-88.2003.8.26.0312, da Comarca de Juquiá, em que é recorrente MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO, é recorrido JAIME DA SILVA GUIMARÃES.

ACORDAM, em 12ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "por votação unânime, deram provimento ao recurso para cassar a decisão, que declarou extinta a punibilidade de Jaime da Silva Guimarães, devendo o feito ter regular prosseguimento, apreciado o pedido ministerial de fls. 137.", de conformidade com o voto da Relatora, que integra este acórdão. **(Voto 26.225)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores PAULO ROSSI (Presidente) e VICO MAÑAS.

São Paulo, 15 de outubro de 2014.

ANGÉLICA DE ALMEIDA, Relatora

Ementa: Recurso em Sentido Estrito. Crime ambiental. Suspensão do processo. Não comprovação de reparação integral do dano. Extinção da punibilidade. Revogação. - Aos crimes definidos na Lei nº 9.605/98, aplicam-se as disposições do artigo 89, da Lei nº 9.099/95, observado o disposto no artigo 28, I e II, da Lei Ambiental. Não comprovada a reparação do dano ambiental, mediante laudo pericial, deve ser prorrogado o prazo da suspensão. Recurso ministerial provido para cassar a decisão, que declarou extinta a punibilidade do recorrido, e determinar o prosseguimento do feito.

VOTO

Trata-se de recurso em sentido estrito que se insurge contra r. decisão, exarada pelo ilustre magistrado Fernando José Cúnico, que, com fundamento no artigo 89, § 5º, da Lei nº 9.099/95, declarou extinta a punibilidade do recorrido

Acesso ao Sumário

Jaime da Silva Guimarães (fls. 139/141).

Postula o ilustre promotor de Justiça a reforma da decisão, revogada a suspensão do processo, prosseguindo-se o feito regularmente; subsidiariamente, prorrogado o prazo da suspensão condicional do processo e da prescrição (fls. 145/155).

Apresentadas as respectivas contrarrazões (fls. 157/159), a decisão foi mantida no juízo de retratação (fls. 160).

A d. Procuradoria Geral de Justiça manifesta-se pelo provimento do recurso (fls. 163/166).

É o relatório.

O recorrido *Jaime da Silva Guimarães* foi denunciado, como incurso no artigo 40, § 1º, da Lei nº 9.605/98, porquanto, em dia incerto, do mês de abril de 2003, teria danificado a vegetação de três áreas do sítio de sua propriedade, localizado em Juquiá-SP, unidade de conservação inserida em Área de Proteção Ambiental da Serra do Mar.

A denúncia foi recebida em 26 de abril de 2004 (fls. 48). Oferecida proposta de suspensão condicional do processo, o recorrido, não localizado, foi citado por edital (fls. 71). Despacho datado de 3 de abril de 2006, suspendeu o andamento do processo e a fluência do prazo prescricional, nos termos do artigo 366, do Código de Processo Penal (fls. 80).

Em 26 de junho de 2006, citado pessoalmente, o recorrido aceitou a proposta de suspensão condicional do processo, por dois anos, com fundamento no artigo 89, da Lei nº 9.099/95, nos seguintes termos: 1) obrigação de reparar o dano ambiental, nos termos do laudo de fls. 43/45 (regularização do empreendimento junto ao DEPRN de Registro ou abandono da área); 2) proibição de frequentar casas de jogos e prostituição, bares ou locais de reputação duvidosa; 3) proibição de ausentar-se da Comarca onde reside sem autorização do Juízo, por período superior a 08 (oito) dias; 4) comparecimento pessoal e obrigatório em Juízo, mensalmente, para informar e justificar suas atividades; 5) entrega de duas cestas básicas, no valor de R$ 60,00 cada uma, a uma entidade informada por este juízo, no prazo de 60 dias (fls. 94).

Acesso ao Sumário

Em 20 de fevereiro de 2009, o prazo da suspensão processual foi prorrogado, por mais um ano, devendo o recorrido providenciar a regularização do empreendimento junto ao Departamento Estadual de Proteção de Recursos Naturais - DPRN (fls. 122).

Certificado o decurso do prazo postulado pelo representante do Ministério Público, em 23 de abril de 2010 (fls. 126), a Coordenadoria de Biodiversidade e Recursos Naturais de Santos prestou informes acerca da reparação ambiental da área (fls. 131/132).

Consta da decisão, ora impugnada, datada de 27 de julho de 2011, que,

sobreveio aos autos, laudo vistoria ambiental, informando a não reparação integral do dano (fls. 115/119), que era uma das condições assumidas pelo Réu, laudo este datado de 02.02.2009, ou seja, muito além do transcurso dos referidos 24 meses de suspensão. Note-se ainda que quando da decisão de prorrogação do período de prova, já havia decorrido referido prazo (fls. 112); já tendo transcorrido também, e muito, o período de prorrogação (fls. 139/143).

Ocorre que, embora para os crimes definidos na Lei nº 9.605/98 aplicam-se as disposições previstas no artigo 89, da Lei nº 9.099/95, as modificações, elencadas no artigo 28, I e II, da Lei Ambiental, devem ser observadas.

Assim, a extinção da punibilidade, nos crimes ambientais, está condicionada à demonstração da reparação do dano, atestada por laudo pericial. Caso não comprovada a completa reparação, o prazo de suspensão do processo será prorrogado, até o período máximo previsto no artigo 89, *caput*, da Lei nº 9.099/95, acrescido de mais um ano, com suspensão do prazo da prescrição e, se após novo laudo, ainda assim a reparação não foi realizada, o prazo poderá ser novamente prorrogado, por mais cinco anos (art. 28, II e IV, Lei nº 9.605/98).

Como observa Guilherme de Souza Nucci: "*O juiz deve prorrogar o prazo da suspensão condicional do processo até o período máximo (quatro anos), acrescido de mais um ano, ou seja, cinco anos, suspensa a prescrição. (....) Terminada a prorrogação da prorrogação, se o laudo de constatação ainda demonstrar que o dano ambiental não foi integralmente reparado, pode o juiz estender o prazo para mais cinco anos". (Leis Penais e Processuais Penais Comentadas*, 8ª ed., rev., atual e ampl., vol.2, RJ: Forense, 2014, p. 587/588).

No caso presente, embora decorrido o prazo estipulado para a suspensão condicional do processo, cabe ter como comprovado a reparação do dano ambiental.

Assim, não esclarecido se a condição de reparação fora cumprida, mostra-se prematura a declaração de extinção da punibilidade do ora recorrido, devendo ser cassada a decisão ora recorrida, apreciado o pedido ministerial de fls. 137.

Diante do exposto, por votação unânime, deram provimento ao recurso para cassar a decisão, que declarou extinta a punibilidade de *Jaime da Silva Guimarães*, devendo o feito ter regular prosseguimento, apreciado o pedido ministerial de fls. 137.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Recurso em Sentido Estrito nº 2000336-34.2013.8.26.0577, da Comarca de São José dos Campos, em que é recorrente/querelante CARLOS JOSÉ FERREIRA SANTANA, é recorrido/

querelado VANDER MARTINS.

ACORDAM, em 16ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 7342)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores OTÁVIO DE ALMEIDA TOLEDO (Presidente sem voto), BORGES PEREIRA e NEWTON NEVES.

São Paulo, 11 de novembro de 2014.

GUILHERME DE SOUZA NUCCI, Relator

Ementa: Recurso em Sentido Estrito. Denunciação caluniosa. Pleito para anular decisão que rejeitou queixa-crime subsidiária da ação penal pública incondicionada. Ilegitimidade ativa do querelante configurada – art. 395, II, do Código Penal. Decisão bem fundamentada. Recurso improvido.

VOTO

Trata-se de Recurso em Sentido Estrito interposto pela douta defesa de CARLOS JOSÉ FERREIRA SANTANA, contra decisão (fl. 47), prolatada em 2 de setembro de 2013, pelo MM. Juiz de Direito da 2ª Vara Criminal da Comarca de São José dos Campos, Dr. Brenno Gimenes Cesca, que rejeitou a queixa-crime subsidiária da ação penal pública incondicionada, por ilegitimidade ativa, com base no art. 395, II, do Código de Processo Penal.

Irresignada, a defesa interpôs o presente recurso (fls. 51/56v), pleiteando, em síntese, a anulação da sentença proferida pelo juízo *a quo*, e, o consequente recebimento da queixa-crime.

Em contrarrazões (fls. 65/67), o querelado bateu-se pela manutenção da r. decisão, e o Ministério Público ofereceu parecer no mesmo sentido.

A douta Procuradoria Geral de Justiça endossou as contrarrazões do querelado, opinando pela manutenção da decisão do juízo *a quo*.

É o relatório.

Em que pesem os fundamentos expostos nas razões recursais, o pleito não comporta provimento, merecendo subsistir, *in totum*, a r. decisão atacada.

Segundo consta, o querelante figurou como acusado em processo de abuso de autoridade, no qual o querelado foi vítima. Após certo trâmite processual, restou extinta a punibilidade do querelante, com base no art. 107, IV, do Código Penal.

Acesso ao Sumário

Ocorre que, após tal sentença, pleiteia o querelante, através de queixa-crime subsidiária da ação penal pública, que Ministério Público processe a vítima por denunciação caluniosa, com base no art. 339, do Código Penal.

Inicialmente não há que se falar de inércia do Ministério Público para propor a ação penal pública incondicionada, porquanto o delito ventilado não foi nem objeto de investigação, mas sim crime diverso, onde a ação proposta tratava de abuso de autoridade, em que o querelante figurou como acusado.

Desta forma, *in casu*, ocorre ilegitimidade ativa, uma vez que, os fatos narrados já foram analisados em processo diverso, inclusive transitado em julgado.

Ante o exposto, pelo meu voto, **nego provimento** ao recurso, mantendo-se, *in totum*, a r. decisão atacada.

Revisões Criminais

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Revisão Criminal nº 0170344-63.2013.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é peticionário E.T.C..

ACORDAM, em 6º Grupo de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Por maioria de votos, indeferiram o pedido revisional, vencidos os desembargadores Paulo Rossi e Angélica de Almeida. Acórdão com o relator. O desembargador Paulo Rossi declara voto.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 32.500)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores PAULO ROSSI (Presidente), PAIVA COUTINHO, ANGÉLICA DE ALMEIDA, GUILHERME G. STRENGER e XAVIER DE SOUZA.

São Paulo, 1 de outubro de 2014.

SALLES ABREU, Relator

Ementa: Revisão Criminal – Roubos majorados pelo emprego de arma, concurso de pessoas e restrição de liberdade da vítima, em concurso formal – Condenação

Acesso ao Sumário

decretada em Primeiro Grau e confirmada em sede de apelação – Pretendido o reconhecimento de crime único – Descabimento – Ciência por parte do peticionário de que atingia patrimônios distintos – Indiferente que sejam vítimas da mesma família – Precedentes jurisprudenciais – Correto o não reconhecimento da atenuante da confissão espontânea – Retratação em juízo – Admissão extrajudicial não utilizada para embasar a condenação – Aplicabilidade retroativa da súmula nº 443 do C. STJ – Critério matemático aceito à época do julgamento – Reprimenda mantida – Pedido revisional indeferido.

VOTO

Trata-se de revisão criminal proposta por **E.T.C.** contra o v. Acórdão de fls. 284/296 dos autos apensados, que julgou parcialmente procedente o recurso interposto por ele, F.C.B. e E.S.A., para reduzir-lhes as reprimendas impostas, modificando a pena de E. a **09 (nove) anos, 07 (sete) meses e 20 (vinte) dias de reclusão**, no regime inicial fechado, e pagamento de **23 (vinte e três) dias-multa**, no piso, por incurso no artigo 157, § 2º, incisos I, II e V, por duas vezes, na forma do artigo 70, ambos do Código Penal. Inconformado, propõe a presente ação revisional buscando o reconhecimento de crime único, da atenuante da confissão espontânea e sua compensação com a agravante da reincidência e, por fim, a redução do aumento operado em terceira fase, em obediência à súmula nº 443 do C. STJ (fls. 10/14vº).

O v. Acórdão transitou em julgado para os réus em 28/08/2008 (fls. 300).

Após regular processamento da ação, a d. Procuradoria de Justiça opinou pelo indeferimento do pedido revisional (fls. 16/17).

Este, em apertada síntese, é o relatório, acrescido ao do v. Acórdão proferido pelos Desembargadores Vidal de Castro (Relator), Fernando Matallo (Revisor) e Alfredo Fanucchi (3º Juiz), oriundos da 14ª Câmara do 7º Grupo da Seção Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

A presente revisão criminal não comporta acolhimento. Senão vejamos.

O peticionário E.T.C. foi condenado porque no dia (...), aproximadamente às (...), no interior da residência localizada na Rua (...), nº (...), na cidade de (...), em concurso de agentes e com unidade de desígnios com E.S., P.V.P. e F.C.B., mediante grave ameaça exercida com emprego de arma de fogo, e após terem mantido V.N., S.D.M., seus dois filhos e a empregada em seu poder, restringindo-lhes a liberdade, subtraíram, para eles, os veículos qualificados na exordial acusatória, além de diversos objetos de propriedade das vítimas,

Acesso ao Sumário

consistentes em cartão bancário, documentos de identificação, folhas de cheques, eletrodomésticos, perfumes e dois aparelhos celulares.

Apurou-se que os denunciados resolveram assaltar a residência em questão e, para tanto, estudaram a rotina dos habitantes da casa.

Na data dos fatos, aguardaram a chegada da empregada C.C.C.S.. Quando esta se aproximou do portão da residência, os denunciados, armados, anunciaram o assalto. Em seguida, entraram no imóvel e, sempre armados, renderam V. e S.. Os roubadores amarraram o casal, seus dois filhos e a empregada ao pé da cama e os prenderam em um dos quartos da casa.

Os acusados se apoderaram dos bens das vítimas e fugiram do local conduzindo os veículos que estavam estacionados na garagem, também de propriedade dos ofendidos.

No mesmo dia, os carros e alguns dos objetos subtraídos foram encontrados por policiais que, após receberem denúncia anônima, dirigiram-se até o local indicado e efetuaram a prisão em flagrante das pessoas que estavam na posse dos bens roubados. No entanto, nenhuma delas teve participação no crime em comento.

Posteriormente, a vítima V. estava parada na via pública, quando avistou dois dos acusados passando pelo local e, imediatamente, comunicou a polícia. Os milicianos então detiveram E. e E. e os levaram ao 10º Distrito Policial, onde confessaram a participação no crime e revelaram o lugar em que haviam escondido uma das armas utilizadas no roubo.

Na delegacia, as vítimas reconheceram, por fotografia, P. e F., porém, embora realizadas diligências, não foram localizados.

A materialidade e a autoria do delito foram demonstradas pelo farto acervo probatório e sequer são objeto de irresignação na presente revisão criminal.

Passa-se, pois, aos pedidos elaborados pelo peticionário.

A princípio, requer a defesa o afastamento do concurso formal de delitos e o reconhecimento de crime único, porém sem razão.

Isso porque nada obstante as vítimas sejam membros de uma mesma família, foram atingidos bens jurídicos distintos, porquanto subtraídos objetos de propriedade tanto de V. quanto de S., segundo consta do boletim de ocorrência de fls. 04/07 e da prova oral amealhada durante a instrução criminal.

Veja-se que se está diante de bens particulares de cada um dos indivíduos prejudicados pela ação do peticionário, de maneira que, sabendo que atingia objetos de vítimas diversas, não há como se afastar o concurso formal.

E neste sentido é a jurisprudência do C. STJ:

"*(...) 3. É assente neste Tribunal Superior que praticado o crime de roubo, mediante uma só ação, contra vítimas diferentes, não há se falar em crime*

Acesso ao Sumário

único, mas sim em concurso formal, ainda que praticado contra pessoas da mesma família, visto que violados patrimônios distintos. Precedentes." (REsp 749240/RS, Rel. Min.: Maria Thereza de Assis Moura, Órgão Julgador: Sexta Turma, DJ: 03/11/2009)

"PROCESSUAL PENAL. AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO ESPECIAL. ROUBO CIRCUNSTANCIADO PRATICADO CONTRA DIFERENTES VÍTIMAS. PATRIMÔNIOS DISTINTOS LESADOS. CONFIGURAÇÃO DE CONCURSO FORMAL E NÃO CRIME ÚNICO. IRRELEVÂNCIA DA EXISTÊNCIA DE VÍNCULO FAMILIAR ENTRE AS VÍTIMAS. JURISPRUDÊNCIA PACÍFICA. DESPROVIMENTO. *1. Esta Corte tem o pacífico entendimento de que há concurso formal, e não apenas um crime, quando, em um único evento, o roubo é perpetrado em violação a patrimônios de diferentes vítimas. 2. O fato de as vítimas pertencerem a uma mesma família não faz comuns os bens lesados. 3. Na hipótese, num mesmo arroubo delitivo, a subtração acometeu bens de duas vítimas (pai e filho), circunstância que, por si só, autoriza a identificação de mais de um fato delituoso, os quais devem ser considerados em concurso formal. 4. Agravo Regimental desprovido.*" (AgRg no REsp 984371/RS, Rel. Min.: Napoleão Nunes Maia Filho, Órgão Julgador: Quinta Turma, DJ: 24/11/2008)

"*Ocorre concurso formal quando o agente, mediante uma só ação, pratica crimes de roubo contra vítimas diferentes, ainda que da mesma família, eis que caracterizada a violação a patrimônios distintos. Precedentes.*" (HC 207543/SP, Rel. Min.: Gilson Dipp, Órgão Julgador: Quinta Turma, DJe 23/04/2012)

Passemos à dosimetria.

A pena-base foi corretamente fixada 1/4 acima do patamar mínimo, em razão do dolo intenso com que agiram os agentes e o elevado grau de culpabilidade, frente às peculiaridades do caso.

Em seguida, por conta da reincidência do peticionário, houve o acréscimo de 1/6 à sua reprimenda. E nesta fase da dosimetria, pretende Everson o reconhecimento da confissão espontânea e sua compensação com a agravante mencionada.

Melhor sorte não assiste à defesa com relação a tal alegação.

Explico.

A despeito da confissão extrajudicial de E., possível notar que se retratou em audiência, na presença da autoridade judiciária e de seu defensor.

Ademais, verifica-se que a r. sentença sequer menciona a admissão realizada em delegacia para embasar a condenação do peticionário.

O v. Acórdão impugnado, por sua vez, apenas de forma superficial relata que o réu confessou extrajudicialmente a participação no delito, mas ressalta sua retratação em juízo, confirmando sua condenação na palavra firme das vítimas e

Acesso ao Sumário

dos milicianos responsáveis pela diligência.

Logo, não faz jus E. à atenuante pretendida, devendo ser mantido o aumento pela reincidência, porquanto a confissão somente deve beneficiar o agente, quando utilizada para elucidar os fatos, o que não se verifica no caso em apreço.

Em razão das majorantes do concurso de agentes, emprego de arma e restrição de liberdade das vítimas, houve o acréscimo de 5/12 à pena, aplicado o critério matemático, pugnando a defesa pela aplicação da súmula nº 443 do STJ.

Não se furta à edição da súmula em apreço, publicada em 13/05/2010, a qual prevê que "*o aumento na terceira fase de aplicação da pena no crime de roubo circunstanciado exige fundamentação concreta, não sendo suficiente para a sua exasperação a mera indicação do número de majorantes*".

Porém, não se pode perder de vista que o v. Acórdão impugnado data de 13/03/2008 (fls. 284) sendo, portanto, anterior à edição da súmula em comento.

Ou seja, ao tempo do julgamento dos recursos interpostos, não havia consolidação do entendimento no sentido de ser necessária a fundamentação para a escolha de patamar superior ao mínimo previsto, não havendo que se falar em aplicação retroativa da súmula, pois não se trata de alteração legislativa mais benéfica, mas apenas e tão somente em entendimento jurisprudencial consolidado.

Sobre o assunto, confira:

"*(...) – Muito embora a tese defendida esteja atualmente sedimentada neste Tribunal, consoante enunciado da Súmula n. 443, verifica-se que, à época do julgamento, este era o entendimento dos Tribunais sobre a questão, razão pela qual deve ser mantido. – Não há que se falar em aplicação retroativa de lei penal mais benéfica, pois não houve qualquer alteração legislativa favorável ao condenado, tendo ocorrido somente uma evolução do entendimento adotado nesta Corte em relação ao tema, o que não autoriza a modificação de julgado acobertado pela coisa julgada há mais de 16 anos.*" (STJ, HC 182776/RJ, Rel. Min.: Marilza Maynard, Órgão Julgador: Quinta Turma, DJ: 20/08/2013)

"PROCESSUAL PENAL. *HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO DE ORDINÁRIO. DESCABIMENTO. CRIME DE ROUBO. DOSIMETRIA. PENA-BASE FIXADA ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS DEVIDAMENTE CONSIDERADAS COM BASE EM ELEMENTOS CONCRETOS. PRETENSÃO DISFARÇADA DE REEXAME DO CONJUNTO FÁTICO-PROBATÓRIO DOS AUTOS NA VIA ESTREITA DO *HABEAS CORPUS*. IMPOSSIBILIDADE. TERCEIRA FASE DE APLICAÇÃO DA PENA. CRIME DE ROUBO CIRCUNSTANCIADO. CONCURSO DE PESSOAS E EMPREGO DE ARMA DE FOGO. SENTENÇA TRANSITADA EM JULGADO EM 2005. PRECEDENTES DO STJ À ÉPOCA

Acesso ao Sumário

CONSIDERANDO APENAS O NÚMERO DE MAJORANTES. COISA JULGADA. SEGURANÇA JURÍDICA. FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA AFERIDA DA TOTALIDADE DA SENTENÇA. NÃO INCIDÊNCIA DO VERBETE Nº 443, DA SÚMULA DESTA CORTE. *HABEAS CORPUS* NÃO CONHECIDO. *1. Os Tribunais Superiores assentaram que o uso do remédio heroico se restringe a sanar ato ilegal de autoridade, que deve ser cessado de imediato, inadmitido seu uso indiscriminado como substitutivo de recursos e nem sequer para as revisões criminais. 2. A jurisprudência desta Corte é no sentido de que somente nas hipóteses de erro ou ilegalidade prontamente verificável na dosimetria da reprimenda, em flagrante afronta ao art. 59, do Código Penal, permite o reexame do decisum. 3. A obediência à coisa julgada e a preservação da segurança jurídica impedem a aplicação retroativa do verbete nº 443, da Súmula desta Corte. 4. Extraindo da totalidade da sentença a existência de circunstâncias concretas que indiquem a necessidade da exasperação da pena no crime de roubo circunstanciado em patamar superior ao mínimo legal, não há que falar em incidência do verbete nº 443, da Súmula desta Corte. 5. Habeas corpus não conhecido.*" (STJ, HC 204673/ES, Rel. Min.: Moura Ribeiro, Órgão Julgador: Quinta Turma, DJ: 22/10/2013)

Portanto, o acréscimo operado em terceira fase é de ser mantido.

Por fim, correto o aumento de 1/6 por consequência do concurso formal de delitos.

Em razão do exposto, temos que a reprimenda imposta não requer reparo algum.

O regime fechado é de rigor, em razão da pena imposta e considerando a gravidade concreta da conduta do peticionário.

Isto posto, pelo meu voto, **indefere-se** o pedido revisional formulado por **E.T.C.**.

DECLARAÇÃO DE VOTO

Acesso ao Sumário

(Voto nº 16375)

Adota-se o Relatório já constante do r. Voto da lavra do eminente Desembargador Relator, Doutor SALLES ABREU, lançados nos autos (fls. 284/296).

Quanto ao mérito acompanho o voto do I. Relator, no entanto, divergindo da Douta maioria, entendo que, é caso de aplicação da Súmula nº 443 do STJ, pois o acréscimo pelas majorantes do concurso de agentes, emprego de arma e restrição de liberdade das vítimas, fixado em 5/12 à pena levou em consideração apenas o critério matemático, sem uma fundamentação concreta a que face o

constante na Súmula mencionada leva a redução do aumento a fração mínima de 1/6, diminuindo a pena aplicada para 07 (sete) anos, 11 (onze) meses e 08 (oito) dias de reclusão e ao pagamento de 18 (dezoito) dias-multa.

Outrossim, não desconhecendo, os entendimentos contrários do próprio STJ, cujos acórdãos são mencionados pelo Douto Relator, no sentido de que a Súmula nº 443 não deve retroagir, pois na época anterior a Súmula aquele era o entendimento dos tribunais. Ciente, também, que não houve modificação da Lei, e apenas segundo recente decisão da Min. Marilza Maynard, evolução no entendimento jurisprudencial daquela Corte, não podendo, por óbvio, falar de aplicação retroativa de Lei penal mais benéfica. Entendo que podemos falar em aplicação retroativa da evolução interpretativa, sumulada atual, a casos passados, que ao meu ver, ao contrário de trazer insegurança jurídica, traz na verdade, aplicação da justa pena com a evolução humana interpretativa da Lei penal aplicada aos casos concretos examinados. Fixando o aumento da pena aos casos iguais antigos, daqueles que gemem nas masmorras, ao que modernamente se considera na aplicação da fixação das penas nos casos modernos.

Ante o exposto, respeitando o entendimento da maioria, ouso divergir, e pelo meu voto, defiro parcialmente a presente revisão, aplicando a Súmula nº 443 e reduzindo a pena do peticionário para 07 (sete) anos, 11 (onze) meses e 08 (oito) dias de reclusão e ao pagamento de 18 (dezoito) dias-multa, mantendo-se no mais, o v. acórdão revidendo.

PAULO ANTONIO ROSSI, Desembargador, 3º Juiz

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Revisão Criminal nº 0209909-34.2013.8.26.0000, da Comarca de Campinas, em que é peticionário JOSÉ MARIA PIRES DA SILVA.

ACORDAM, em 4º Grupo de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Julgaram improcedente a Revisão Criminal. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 1657)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores GRASSI NETO (Presidente), ALCIDES MALOSSI JUNIOR, FERNANDO SIMÃO, ROBERTO MORTARI, J. MARTINS, MARCO ANTÔNIO COGAN, LOURI BARBIERO e CAMILO LÉLLIS.

São Paulo, 30 de outubro de 2014.

AMARO THOMÉ, Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: REVISÃO CRIMINAL – RECEPTAÇÃO E PORTE ILEGAL DE ARMA DE FOGO – ABSOLVIÇÃO – INEXISTÊNCIA DE QUALQUER DAS HIPÓTESES DO ARTIGO 621 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL – INADMISSIBILIDADE – ABSORÇÃO DA RECEPTAÇÃO PELO PORTE ILEGAL E MITIGAÇÃO DO REGIME INICIAL PARA SEU CUMPRIMENTO – NÃO ACOLHIMENTO – CRIMES COM OBJETIVIDADES JURÍDICAS DISTINTAS, ESTRUTURAS DIVERSAS, MOMENTOS CONSUMATIVOS DIVERSOS E OBJETIVIDADES JURÍDICAS INCONFUNDÍVEIS – FIXAÇÃO DA PENA E DO REGIME PRISIONAL SEGUNDO O CRITÉRIO E ENTENDIMENTO JURISPRUDENCIAL CONSOLIDADO – IMPROCEDÊNCIA DA AÇÃO REVISIONAL.

VOTO

Cuida-se de Revisão Criminal ajuizada por **JOSÉ MARIA PIRES DA SILVA**, qualificado nos autos, condenado ao cumprimento de pena privativa de liberdade de 01 (um) ano de reclusão, no regime inicial semiaberto, além do pagamento de 10 (dez) dias-multa, no valor unitário mínimo, como incurso no artigo 180, *caput*, do Código Penal; e 03 (três) anos de reclusão, no regime inicial semiaberto, além do pagamento de 10 (dez) dias-multa, no valor unitário mínimo, como incurso no artigo 16, *caput,* da Lei nº 10.826/03.

Aduz, em síntese, fragilidade dos elementos de convicção e duvidosa autoria. Postula a absolvição, com base na insuficiência de provas. Subsidiariamente, postula a desclassificação do crime de receptação para o de apropriação de coisa havida por caso fortuito (CP, art. 169), a absorção do crime de receptação pelo porte ilegal de arma de fogo, por entender descabida dupla punição, ou ainda a concessão do regime inicial aberto (fls. 02/09).

A Douta Procuradoria-Geral de Justiça manifestou-se pela improcedência da ação (fls. 50/53).

É o relatório.

Inicialmente, cumpre esclarecer que a revisão criminal, instituto criado para reparar eventuais erros judiciais, está adstrita taxativamente às hipóteses elencadas no artigo 621 do Código de Processo Penal, vedado, portanto, mero pedido de reapreciação de decisão a fim de apurar-se a sua justiça, sobretudo

Acesso ao Sumário

quando a matéria já foi reapreciada em sede de apelação, vale dizer, como no presente caso.

Ao juízo revisional é dado verificar se a condenação se apoiou em elementos probatórios aptos à convicção do julgador, sendo-lhe vedado o reexame da prova para reavaliá-la, como quer o requerente, pois aqui não se trata de apelação, mas de ação revisional.

No caso, toda a argumentação calca-se no reexame das provas já exaustivamente examinadas pela MMª Juíza sentenciante (fls. 177/184 dos autos em apenso) e pela Egrégia 4ª Câmara Criminal Extraordinária desta Corte (fls. 232/237 dos autos em apenso).

Nesse quadro, não prevalecem as alegações trazidas na revisão criminal.

Ora, não logrou o requerente demonstrar a ocorrência de erro judiciário. E não apontou, porque tal erro não existe. A r. sentença encontra o necessário amparo na prova dos autos, o que restou muito bem analisado no julgamento da apelação criminal.

Em verdade, pretende o peticionário mera reapreciação da decisão já reapreciada em sede de apelação por este E. Tribunal, sem, porém, trazer novas provas aos autos.

A questão foi bem apreciada, não se havendo cogitar do pretendido concurso aparente de normas.

No dia 29 de novembro de 2003 o peticionário recebeu e ocultou, em proveito próprio, a pistola calibre .40, de uso restrito, de propriedade da Polícia Militar do Estado de São Paulo, que sabia ser produto de crime de que fora vítima o policial Militar Alexandre José Dias da Silva, conforme B.O. anexado aos autos.

No dia 1º de julho de 2007, quase quatro anos após a consumação do crime de receptação, na rodovia Anhanguera, altura do Km 88, o réu foi surpreendido quando transportava aquela arma e seu respectivo carregador, municiada com 08 (oito) cartuchos intactos, ostentando ainda o brasão da Polícia Militar do Estado de São Paulo, sem autorização e em desacordo com determinação legal ou regulamentar.

Por mais que tentasse se esforçar em justificar boa-fé para aquela posse, inadmissível crer na versão de que teria simplesmente localizado a arma e pretendia devolvê-la.

As regras de experiência comum evidenciam que o réu tinha evidente conhecimento acerca da origem ilícita daquela arma, que ostentava o brasão da Corporação e veio a seu poder por intermédio de pessoa estranha aos quadros da Polícia Militar do Estado de São Paulo.

Ademais, a referida transferência de posse já teria ocorrido há tempo mais

Acesso ao Sumário

do que suficiente para que alguém, alardeando bons propósitos em efetuar uma devolução, tivesse tomado alguma providência útil, como, *v.g.*, efetuar contato com alguma unidade da Corporação para noticiar o fato e obter informações sobre como deveria proceder para tanto.

Não se pode olvidar ainda que entre a data do fato principal, correspondente ao crime precedente patrimonial (novembro de 2003) e a da apreensão em poder do réu (julho de 2007), há hiato sobremaneira considerável para se considerar inaceitável a justificativa do interessado, em interrogatório judicial, de que teria a arma vindo a seu poder havia apenas uma semana. Ainda assim, por ostentar a pistola o brasão próprio da Corporação Militar, e estar devidamente municiada, dotada inclusive de carregador, não havia dúvida de que o intuito do réu era o de mantê-la ilegitimamente sob sua posse.

Aliás, nessa ordem de ideias, 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).

E, como bem assinalado no v. aresto, "*a circunstância em que foi encontrada a arma, a munição, o carregador, a comprovação de que estes eram produto de crime e as justificativas desprovidas de crédito fornecidas pelo réu demonstram sua ciência acerca da origem ilícita de tais bens, agindo na melhor das hipóteses com dolo eventual*" (fl. 235 do v. acórdão).

De igual forma, idônea e percuciente a fundamentação do v. acórdão em relação à configuração do crime definido no Estatuto do Desarmamento.

> "*No mais, mesmo a entrega legítima da arma pressupõe a adoção de medidas envolvendo procedimentos de cautela, tais como seu desmonte e acondicionamento de modo a que ela não possa ser utilizada imediatamente. E as circunstâncias de tempo, lugar e modo da apreensão da arma com o apelante não denotam nenhuma dessas cautelas, e nem indicam que esta seria a intenção dele. Admitir o contrário, equivaleria a estabelecer salvo-conduto para o porte de armas irregulares, contra texto expresso de lei. Portanto, típico o ato descrito na denúncia*" (cf. fls. 236/237 do v. acórdão – autos em apenso).

Inadmissível a aplicação do princípio da subsidiariedade ou da especialidade, como postulado.

O crime de receptação, com efeito, crime material contra o patrimônio, consistiu em receber a pistola em proveito próprio, com pleno conhecimento de que se tratava de produto de crime. Tratando-se de crime de dano, o sujeito passivo continua sendo a vítima da subtração patrimonial.

O crime de porte ilegal de arma de uso restrito é crime de mera conduta

Acesso ao Sumário

contra a incolumidade pública, de perigo abstrato, tendo como sujeito passivo número indeterminado de pessoas.

Com configurações assim estabelecidas, não se há cogitar da absorção de um crime pelo outro, porquanto possuem momentos consumativos distintos, objetividades jurídicas diversas e estruturas que não permitem a fusão de seus elementos constitutivos em uma única figura penal.

Não há, portanto, subsidiariedade de uma conduta à outra, e, em tema de princípio da especialidade, ambas as infrações penais permanecem íntegras em suas estruturas próprias, inexistindo, sequer, unicidade entre os seus elementos constitutivos.

Sobre o conteúdo do v. acórdão, cuja desconstituição se pretende, o Eg. S.T.F., por sua Colenda Segunda Turma, em votação unânime já decidiu:

> "*Não se pode dizer, face ao princípio do livre convencimento do julgador, que uma decisão cuja conclusão tem apoio num elemento de prova, contrarie a evidência dos autos. Somente há decisão contrária à evidência dos autos quando a mesma não tem fundamento em nenhuma prova colhida no processo*". (RTJ, 86:442).

De fato, não se trata de criar, por meio da revisão, uma terceira instância de julgamento, com nova oportunidade de reapreciação de decisão transitada em julgado. Absolutamente, não. Julgada a ação, decidido o mérito e ocorrido o trânsito em julgado, a regra é que não pode haver reiteração do pedido. Contudo, havendo vício de procedimento ou de julgamento, garante-se a correção do erro judiciário, desde que presente uma das hipóteses do artigo 621 do CPP, o que não foi demonstrado na espécie.

Da doutrina de Guilherme de Souza Nucci se colhe:

> "*9. (...) convém salientar os abusos que muitas vezes ocorrem no contexto da revisão criminal, quando o pedido é fundado neste elemento. Há julgados que aceitam a revisão criminal para ao fim '**reavaliar**' toda a prova, embora a decisão condenatória com trânsito em julgado tenha analisado a matéria dentro de razoável interpretação da prova. O objetivo da revisão não é permitir uma '**terceira instância**' de julgamento, garantindo ao acusado mais uma oportunidade de ser absolvido ou ter reduzida sua pena, mas, sim, assegurar-lhe a correção de um erro judiciário. Ora, este não ocorre quando um juiz dá a uma prova uma interpretação aceitável e ponderada. Pode não ser a melhor tese ou não estar de acordo com a turma julgadora da revisão, mas daí a aceitar a ação rescisória somente para que prevaleça peculiar interpretação é desvirtuar a natureza do instituto.*
>
> *10. Hipótese excepcional: o acolhimento de pretensão revisional, na esfera criminal, há de ser excepcional, pois o que se pretende é alterar a*

Acesso ao Sumário

coisa julgada. Assim, eventual contradição ao texto da lei e à evidência dos autos deve exsurgir cristalina nos autos, sem a necessidade de interpretação duvidosa ou análise puramente subjetiva das provas" *(In* Código de Processo Penal Comentado. Revista e atualizada, 9ª ed. RT – 2009, p. 1006/1007).

MANZINI, a propósito, já observava que a finalidade da revisão criminal não é a de corrigir o erro judiciário em todo o seu gênero, porque, de não ser assim, estar-se-ia negando o papel da coisa julgada. O escopo da revisão é o de corrigir alguns erros judiciários e não para corrigir suposta precariedade de prova.

A esse respeito, já decidiu o Col. Superior Tribunal de Justiça:

"PENAL. PROCESSUAL PENAL. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO REVISIONAL. ART. 621, I, DO CPP. CONDENAÇÃO CONTRÁRIA À EVIDÊNCIA DOS AUTOS. NÃO-CONFIGURAÇÃO. RECURSO CONHECIDO E PROVIDO. 1. Para que reste caracterizada a hipótese de condenação contrária à evidência dos autos, há de exsurgir da decisão combatida a total ausência de qualquer elemento probatório capaz de sustentar a condenação. Não se pode confundir revisão criminal, que tem requisitos específicos para o seu ajuizamento, com novo recurso de apelação. [...]." (REsp 1022546/SP, Rel. Ministro ARNALDO ESTEVES LIMA, QUINTA TURMA, julgado em 16/04/2009, DJe 18/05/2009).

Nesse sentido:

"*em sede revisional, inverte-se o ônus da prova, cabendo ao requerente mostrar o desacerto da decisão que o condenou, não lhe aproveitando o estado de dúvida que acaso consiga criar no espírito dos julgadores, pois, enquanto em Recurso Ordinário a dúvida por ser bastante para conduzir à absolvição, em sede revisional, ela não basta para o conhecimento do pedido.*" (TACRSP, RJDTACRIM 25:481).

Por fim, com relação à reprimenda aplicada, é preciso salientar que as penas privativas de liberdade foram fixadas no mínimo legal, tendo sido estabelecido o regime semiaberto para início de seu cumprimento de acordo com a discricionariedade e valoração em ambas as Instâncias, não sendo admissível, nesta sede, reavaliar esses critérios e alterar o regime prisional.

Com efeito, ao fixar o regime prisional, não pode o magistrado se limitar apenas ao *quantum* da pena aplicada, devendo, pois, considerar ainda a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social e a personalidade do agente, assim como as circunstâncias e consequências do crime.

Nesse sentido:

"*A determinação do regime inicial de cumprimento de pena não depende apenas das regras do 'CAPUT' do artigo 33 e seu parágrafo 2º do*

Código Penal, mas, também, de suas próprias ressalvas, conjugadas com o 'CAPUT' do artigo 59 e inciso III (RHC 64.970). E deve ser feita, nos termos do parágrafo 3º do artigo 33, com observância dos critérios previstos no artigo 59." (STF – HC 70.289-SP, 1ª Turma, Rel. Min. Sidney Sanches, in RTJ 148:490).

"*Apesar de a aplicação da pena-base e a fixação do regime prisional terem por base os mesmos critérios (C.P., arts. 33, § 3º, 59 e 68), não estão eles atrelados, de forma a impor-se o regime mais brando se a pena é aplicada no mínimo legal.*

A pena-base e o regime prisional têm finalidades distintas, ainda que fixados com a utilização dos mesmos critérios: na aplicação da pena vela-se unicamente pela dosagem da reprimenda, enquanto que na fixação do regime objetiva-se tanto a reeducação do agente como a segurança da sociedade." (HC nº 75.508-9-SP, 2ª Turma, Rel. Min. Maurício Corrêa).

Por tal razão, entendo que não se há cogitar de erro quanto à determinação de que o peticionário inicie o cumprimento de suas penas no regime semiaberto, conforme criteriosamente estabelecido em ambas as Instâncias.

Ante o exposto, **julgo improcedente a revisão.**

Acesso ao Sumário

ÓRGÃO ESPECIAL

Ações Rescisórias

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Ação Rescisória nº 2031195-18.2013.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é recorrente M.H.R.S., é recorrido PROMOTOR DE JUSTIÇA DA VARA DA INFÂNCIA E JUVENTUDE DO FORO REGIONAL DE SANTO AMARO.

ACORDAM, em Órgão Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "JULGARAM EXTINTO O PROCESSO, SEM RESOLUÇÃO DO MÉRITO. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 19.002)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores JOSÉ RENATO NALINI (Presidente sem voto), JOSÉ DAMIÃO PINHEIRO MACHADO COGAN, FERRAZ DE ARRUDA, EROS PICELI, ELLIOT AKEL, GUERRIERI REZENDE, XAVIER DE AQUINO, ANTONIO CARLOS MALHEIROS, FERREIRA RODRIGUES, PÉRICLES PIZA, EVARISTO DOS SANTOS, MÁRCIO BARTOLI, JOÃO CARLOS SALETTI, FRANCISCO CASCONI, PAULO DIMAS MASCARETTI, ARANTES THEODORO, TRISTÃO RIBEIRO, ADEMIR BENEDITO, LUIZ ANTONIO DE GODOY, NEVES AMORIM e BORELLI THOMAZ.

São Paulo, 15 de outubro de 2014.

JOÃO NEGRINI FILHO, Relator

Ementa: PODER FAMILIAR – DESTITUIÇÃO – AÇÃO RESCISÓRIA PROPOSTA COM FUNDAMENTO NO ART. 485, VII, DO CPC – PRETENSÃO VOLTADA À ANÁLISE DE DOCUMENTOS PRODUZIDOS EM MOMENTO POSTERIOR AO V. ACÓRDÃO RESCINDENDO – INDEFERIMENTO DA PETIÇÃO INICIAL.

O documento novo a que alude o inciso VII do art. 485 do CPC diz respeito àquele produzido à época da prolação da decisão rescindenda, ainda que no momento não fosse possível ao autor dele se utilizar.

Acesso ao Sumário

Extinção do processo sem resolução do mérito.

VOTO

Trata-se de ação rescisória ajuizada por M.H.R.S. contra o PROMOTOR DE JUSTIÇA DA VARA DA INFÂNCIA E JUVENTUDE DO FORO DE SANTO AMARO, com fundamento no art. 485, VII, do Código de Processo Civil, objetivando a desconstituição do v. Acórdão prolatado pela Colenda Câmara Especial que, por votação unânime, negou provimento ao seu recurso de apelação, mantendo a procedência da ação de destituição do poder familiar.

Sustenta a autora que os documentos juntados às fls. 08/23 demonstram que é pessoa idônea e capaz de cuidar dos seus filhos. Acrescenta que ao contrário do que fora dito pelo Promotor, não consome bebida alcoólica ou drogas, trabalha para sustentar o seu lar e consequentemente seus filhos, inclusive demonstra que dois deles estão regularmente matriculados em estabelecimento de ensino, bem como mantém sua casa em condições de habitação. Pede seja provida a ação e restituída a guarda de seus filhos.

A ação foi inicialmente à Câmara Especial e em análise preliminar, determinou-se a emenda da inicial.

Atendendo à determinação, sobreveio manifestação da autora apontando que o fundamento da ação rescisória é a hipótese prevista no inciso VII do art. 485 do CPC, pois pretende demonstrar como é a sua vida em família no presente, como cria os seus filhos e, para tanto, junta testemunhos, fotos e demais documentos, ignorados naquela ação (fls. 28/29).

Juntou cópias das principais peças da demanda cujo acórdão pretende rescindir.

A ação não foi conhecida, determinando-se a redistribuição a esse C. Órgão Especial.

É o relatório.

De início, cumpre consignar a competência do Órgão Especial para julgamento da ação. Não obstante a ausência de previsão no atual Regimento Interno deste Tribunal de Justiça, no anterior, em seu art. 622, inciso I a questão foi assim tratada:

> "*Art. 622. A ação rescisória será processada e julgada: I – pelo Órgão Especial, quando se tratar de acórdão seu, dos grupos civis, da Câmara Especial ou do Conselho Superior da Magistratura, bem como de decisão jurisdicional do Presidente ou do Corregedor Geral da Justiça; (...)*"

Dessa forma, para efetividade da prestação jurisdicional e ainda baseado na prática, que se prorrogou no tempo, tratando-se de ação rescisória de acórdão proferido pela Câmara Especial, entendo conveniente prosseguir no julgamento.

Acesso ao Sumário

Pondero, no entanto, que para se extirpar qualquer dúvida futura seria ideal superar a lacuna existente no Regimento Interno atual e no Assento Regimental 417/2012 encaminhando-se à respectiva Comissão sugestão de expressa previsão de competência como havia no passado.

Pois bem. Passo à análise da ação.

É de rigor o indeferimento da petição inicial, extinguindo-se a ação rescisória sem apreciação do mérito.

Isso porque, busca a autora a rescisão da decisão de mérito transitada em julgado sob a hipótese de documento novo (art. 485, inciso VII, do CPC), ao argumento de que à época não pode demonstrar como era a sua vida familiar, por isso junta cartas de vizinhos e de dois de seus filhos, declaração de matrícula escolar, cópia da Carteira de Trabalho sua e de um de seus filhos, além de fotografias em que aparece comercializando produtos comestíveis e da sua casa. Pretende, com isso, afastar as alegações do D. Promotor de Justiça quanto à sua falta de condições de criar seus filhos menores e que se encontram acolhidos em abrigo.

Respeitado o inconformismo mais uma vez demonstrado, tal expediente processual não procede, senão vejamos.

As violações que autorizam a propositura da ação rescisória são de natureza formal ou material, não se permitindo a utilização dessa via processual para corrigir eventual injustiça da decisão.

No caso sob exame, o inciso VII do art. 485 do CPC assim define o documento novo:

> "*Art. 485. A sentença de mérito, transitada em julgado, pode ser rescindida quando:*
>
> *(...)*
>
> *VII – depois da sentença, o autor obtiver documento novo, cuja existência ignorava, ou de que não pôde fazer uso, capaz, por si só, de lhe assegurar pronunciamento favorável;*
>
> *(...)*"

Consoante nos ensina Nelson Nery Júnior: "*Por documento novo deve entender-se aquele que já existia quando da prolação da sentença, mas cuja existência era ignorada pelo autor da rescisória, ou que dele não pôde fazer uso. O documento novo deve ser de tal ordem que, sozinho, seja capaz de alterar o resultado da sentença rescindenda, favorecendo o autor da rescisória, sob pena de não ser idôneo para o decreto de rescisão.*" (NERY JÚNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria Andrade. *Código de Processo Civil comentado e legislação extravagante*. 12ª ed. rev., atual, e ampl. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2012, p. 936).

Como se vê, são bem claras as hipóteses de cabimento do inciso VII

Acesso ao Sumário

do mencionado artigo. No caso, analisando os documentos juntados, o que se evidencia é que os mesmos foram produzidos em momento posterior à decisão rescindenda.

Por outro lado, da leitura das peças processuais da ação de destituição do poder familiar, em contestação e em seu recurso de apelação buscou a autora negar as alegações da promotoria, mas em momento algum produziu provas que contrariassem aquela trazida pelo Ministério Público, tentando fazê-lo somente agora, intempestivamente.

Em conclusão do raciocínio, sendo a via rescisória classificada como ação impugnativa autônoma, de aplicação excepcional no sistema processual porque visa desconstituir os efeitos da coisa julgada, razão disso é que só se admite nos casos enumerados na lei (*numerus clausus*), não tendo lugar em hipótese alguma para a rediscussão de provas ou análise daquelas produzidas em momento posterior, como, aliás, é a pretensão da autora.

Ante o exposto, pelo meu voto, indefiro a inicial e julgo extinto o processo sem resolução do mérito, nos termos dos arts. 267, inciso VI; 295, III; e 490, I, todos do Código de Processo Civil.

Ações Diretas de Inconstitucionalidade

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2043709-66.2014.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é autor CENTRO NACIONAL DAS INDÚSTRIAS DO SETOR SUCROENERGÉTICO E BIOCOMBUSTÍVEIS CEISE BR, são réus PREFEITO DO MUNICÍPIO DE SERTÃOZINHO e PRESIDENTE DA CÂMARA MUNICIPAL DE SERTÃOZINHO.

ACORDAM, em Órgão Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "JULGARAM A AÇÃO IMPROCEDENTE. V.U. FARÁ DECLARAÇÃO DE VOTO O EXMO. SR. DES. PAULO DIMAS MASCARETTI.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 17.574)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores JOSÉ RENATO NALINI (Presidente), EROS PICELI, ELLIOT AKEL, GUERRIERI REZENDE, XAVIER DE AQUINO, ANTONIO CARLOS MALHEIROS, FERREIRA RODRIGUES, PÉRICLES PIZA, EVARISTO DOS SANTOS,

Acesso ao Sumário

MÁRCIO BARTOLI, JOÃO CARLOS SALETTI, ROBERTO MORTARI, LUIZ AMBRA, FRANCISCO CASCONI, PAULO DIMAS MASCARETTI (com declaração), VANDERCI ÁLVARES, ARANTES THEODORO, TRISTÃO RIBEIRO, ANTONIO CARLOS VILLEN, ADEMIR BENEDITO, LUIZ ANTONIO DE GODOY, NEVES AMORIM, BORELLI THOMAZ e JOSÉ DAMIÃO PINHEIRO MACHADO COGAN.

São Paulo, 8 de outubro de 2014.

ROBERTO MAC CRACKEN, Relator

Ementa: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE – Cuida-se de ação direta de inconstitucionalidade, promovida pelo CENTRO NACIONAL DAS INDÚSTRIAS DO SETOR SUCROENERGÉTICO E BIOCOMBUSTÍVEIS – CEISE-BR, visando à declaração de inconstitucionalidade do Decreto nº 5.966, de 23 de dezembro de 2013, do Município de Sertãozinho, Estado de São Paulo, que "dispõe sobre a definição dos padrões de construção dos imóveis edificados do município de Sertãozinho e dá outras providências". DEMONSTRAÇÃO DA PERTINÊNCIA TEMÁTICA – DECRETO QUE NÃO AUMENTA A ALÍQUOTA DO IPTU, MAS APENAS CLASSIFICA OS PADRÕES DE CONSTRUÇÃO DO MUNICÍPIO – Competência do Poder Executivo Municipal para classificação dos imóveis segundo padrões de construção – Ausência de aumento da alíquota do Imposto Predial e Territorial Urbano – IPTU – Não há violação ao princípio da legalidade tributária (art. 150, inciso I, da Constituição Federal). AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE JULGADA IMPROCEDENTE.

VOTO

Cuida-se de ação direta de inconstitucionalidade, promovida pelo CENTRO NACIONAL DAS INDÚSTRIAS DO SETOR SUCROENERGÉTICO E BIOCOMBUSTÍVEIS – CEISE-BR, visando à declaração de inconstitucionalidade do Decreto nº 5.966, de 23 de dezembro de 2013, do Município de Sertãozinho, Estado de São Paulo, que "**dispõe sobre a definição dos padrões de construção dos imóveis edificados do município de**

Acesso ao Sumário

Sertãozinho e dá outras providências" (fls. 283).

Afirma-se, na vestibular, em apertada síntese, que o Decreto nº 5.966/2013 ofende o princípio da legalidade, consagrado no art. 111 da Constituição do Estado de São Paulo e inciso I do art. 150 da Constituição Federal.

Às fls. 299/301, foi negado o pedido liminar por esta Relatoria e determinado o processamento da presente demanda.

A Digna Prefeitura Municipal de Sertãozinho/SP prestou informações, conforme fls. 322/325, onde, preliminarmente, alega que a requerente não tem legitimidade para propor a presente ação. No mérito, requer a improcedência da ação.

Às fls. 366, a Ilustre Presidência da Câmara Municipal de Sertãozinho/SP apresentou informações.

A Nobre Procuradoria Geral do Estado de São Paulo deixou de promover a defesa da lei, sob a alegação de que tais normas tratam de matéria exclusivamente local (fls. 322/325).

A Douta Procuradoria Geral de Justiça do Estado de São Paulo (fls. 430/436) pugnou pelo reconhecimento da ilegitimidade ativa do requerente.

Do essencial, é o relatório.

Em breve síntese, o requerente, CENTRO NACIONAL DAS INDÚSTRIAS DO SETOR SUCROENERGÉTICO E BIOCOMBUSTÍVEIS – CEISE-BR, entidade sem fins lucrativos, reputa inconstitucional o Decreto nº 5.966, de 23 de dezembro de 2013, do Município de Sertãozinho, Estado de São Paulo, que "**dispõe sobre a definição dos padrões de construção dos imóveis edificados do município de Sertãozinho e dá outras providências**":

"**Considerando que o Código Tributário Municipal estabelece:**

a) que a base de cálculo do IPTU é o valor venal do imóvel;

b) que o valor venal do imóvel edificado é conhecido através da multiplicação do valor do metro quadrado de cada padrão da edificação pela metragem de construção;

c) que os padrões de construção foram definidos como rústico, popular macho, fino a luxo.

Considerando que o enquadramento do imóvel no padrão de construção é realizado mediante avaliação da Secretaria de Obras;

Considerando a necessidade de definir com critérios objetivos o enquadramento do imóvel no padrão de construção:

DECRETA:

Art. 1º – Fica instituída a tabela, definindo os critérios para enquadramento nos padrões de construção do imóvel previstos no Código Tributário Municipal, de acordo com a qualidade da

Acesso ao Sumário

construção, para fins de apuração do seu valor venal.

Art. 2º – O padrão de construção do imóvel será definido com o maior número de itens de construção que o imóvel se enquadrar na tabela a seguir:

(...)

Parágrafo único: – Caso o imóvel tenha o mesmo número de itens de construção em 02 (dois) tipos de padrão ele será enquadrado no padrão menor.

Art. 3º – Este decreto entrará em vigor na data de sua publicação.

Art. 4º – Revogam-se as disposições em contrário" (fls. 283/284)

De plano, em relação à preliminar de ilegitimidade passiva, apesar do entendimento deste Relator no que tange à ausência de comprovação da pertinência temática, rendo-me ao r. posicionamento divergente da Douta Maioria, adotado pelo Nobre e Culto Desembargador Paulo Dimas Mascaretti, que reconheceu a pertinência temática da parte autora.

No mérito, por outro lado, com o devido respeito, o pedido de declaração de inconstitucionalidade é improcedente.

Com efeito, não obstante a irresignação da requerente quanto ao Decreto nº 5.966, de 23 de dezembro de 2013, do Município de Sertãozinho, Estado de São Paulo, esta norma apenas dispôs sobre a definição dos padrões de construção dos imóveis edificados no território do município, competência mesmo do Poder Executivo Municipal conforme arts. 47, incisos II e IV, e 144, ambos da Constituição do Estado de São Paulo.

Ademais, não houve nenhum tipo de aumento da alíquota do Imposto Predial e Territorial Urbano – IPTU pelo Decreto aqui impugnado. Ao contrário, tal majoração ocorreu por meio do Decreto 5.960, de 19 de dezembro de 2013, que fixou reajustes na própria alíquota do imposto e no valor dos padrões de construção (rústico, popular macho, fino e luxo) e as datas de vencimento desse imposto para o exercício de 2014 (fls. 281):

"**Art. 1º – Fica reajustado em 5,58% (cinco vírgula cinquenta e oito) o valor do IPTU e da TAXA DE REMOÇÃO DE LIXO para o exercício de 2014, que corresponde a variação acumulada do INPC-IBGE no período de outubro/2012 a novembro/2013.**

Art. 2º – Em virtude deste reajuste, os valores de metro quadrado para fins de determinação do valor venal dos imóveis, passarão a ser os seguintes: (...)"

Nessa linha, corretamente apontou o Douto Representante do Ministério Público:

"**A requerente objetiva a pronúncia da inconstitucionalidade do**

Decreto n. 5.966, de 23 de dezembro de 2013, que, majorou o IPTU de maneira indevida. Ocorre que esse decreto não contém qualquer reajuste ou aumento do valor venal dos imóveis para fins do imposto. A norma apenas dispôs sobre a definição dos padrões de construção dos imóveis edificados (fls. 354/356).

A alteração do IPTU foi definida em outro ato normativo – o Decreto n. 5.960, de 19 de dezembro de 2013 – que, entre outros assuntos, fixou o reajuste do imposto em 5,58% (fls. 351/353), o que, segundo as informações, dispensa lei em sentido estrito por se tratar de mera atualização segundo os índices inflacionários a teor da permissão contida no § 2º do art. 11 da Lei Complementar n. 01/90." (fls.434 – destaque adicionado)

Dessa forma, sendo competência do Poder Executivo Municipal a classificação dos imóveis segundo padrões de construção e, ainda, não havendo aumento da alíquota do Imposto Predial e Territorial Urbano – IPTU, não há violação ao princípio da legalidade tributária (art. 150, inciso I, da Constituição Federal).

Ante o exposto, julga-se improcedente a presente Ação Direta de Inconstitucionalidade.

DECLARAÇÃO DE VOTO VENCEDOR

(Voto nº 19.721)

Inafastável o reconhecimento da legitimidade do Centro Nacional das Indústrias do Setor Sucroenergético e Biocombustíveis – CEISE-Br para o manejo do presente controle concentrado de constitucionalidade.

Cuida-se de ação direta de inconstitucionalidade voltada em face do Decreto nº 5.966, de 23 de dezembro de 2013, que "dispõe sobre a definição dos padrões de construção dos imóveis edificados do Município de Sertãozinho e dá outras providências".

No que toca aos legitimados para a propositura da ação direta de inconstitucionalidade em face de ato normativo municipal, dispõe o art. 90, *caput* e inciso V, da Constituição do Estado de São Paulo, *in verbis*:

> "Artigo 90 – São partes legítimas para propor ação de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo estaduais ou municipais, contestados em face desta Constituição ou por omissão de medida necessária para tornar efetiva norma ou princípio desta Constituição, no âmbito de seu interesse:
>
> (...)
>
> V – as entidades sindicais ou de classe, de atuação estadual ou

Acesso ao Sumário

municipal, demonstrando seu interesse jurídico no caso".

Como se vê, para o reconhecimento de sua legitimação ativa para a propositura da ação direta de inconstitucionalidade, a entidade de classe deve necessariamente demonstrar a existência de seu **interesse jurídico no caso**; ou seja, na esteira de reiterada jurisprudência do Colendo Supremo Tribunal Federal, é essencial a demonstração por parte da autora da existência de "nexo de afinidade entre os seus objetivos institucionais e o conteúdo material dos textos normativos impugnados" (v. ADI nº 4190 MC-REF/RJ, relator Ministro CELSO DE MELLO, j. 10/03/2010), em um critério de legitimação fundado na "pertinência temática".

A propósito, salienta Alexandre de Moraes, precisamente, que:

> "Observamos que, para alguns dos co-legitimados, há a exigência da chamada *pertinência temática*, definida como o requisito objetivo da relação de pertinência entre a defesa do interesse específico do legitimado e o objeto da própria ação.
>
> Assim, enquanto se presume de forma absoluta a pertinência temática para o Presidente da República, Mesa do Senado Federal e da Câmara dos Deputados, Procurador-Geral da República, partido político com representação no Congresso Nacional e Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, em face de suas próprias atribuições institucionais no que se denomina *legitimação ativa universal*; exige-se a prova da pertinência por parte da Mesa da Assembléia Legislativa ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal, do governador do Estado ou do Distrito Federal, das confederações sindicais ou entidades de âmbito nacional" (v. "Constituição do Brasil Interpretada e Legislação Constitucional", 7ª edição, São Paulo, Atlas, 2007, comentários ao art. 2º da Lei Federal nº 9.868/99, p. 2425).

No caso vertente, o estatuto da entidade autora, colacionado aos autos, bem demonstra a correlação entre seu objetivo social e a matéria objeto do ato normativo impugnado na ação.

Com efeito, a alínea "i" do artigo 4º dos Estatutos do Centro Nacional das Indústrias do Setor Sucroenergético e Biocombustíveis – CEISE-Br é expressa ao estabelecer que:

> "Artigo 4º – O CEISE-Br buscará promover o melhor desenvolvimento das indústrias do setor sucroenergético e biocombustíveis estabelecidas no território nacional:
>
> (...)
>
> i) representar e defender, perante as autoridades administrativas e judiciárias, os interesses gerais das empresas associadas e de suas categorias econômicas, bem como os interesses individuais dos associados a critério da Diretoria" (v. fl. 19).

Acesso ao Sumário

E tal preceito evidencia realmente o interesse jurídico da autora à impugnação da norma municipal objeto da ação direta de inconstitucionalidade sob exame.

Ora, é nítido que a disposição legal impugnada nos autos interfere diretamente na esfera jurídica dos integrantes da categoria que a acionante representa, na medida em que a alteração dos padrões de cálculo do valor venal dos imóveis do Município de Sertãozinho ali prevista tem reflexo direto e necessário sobre a apuração do IPTU, causando evidente impacto nos seus custos; destarte, inserindo-se dentre as atribuições sociais da ora autora a defesa dos interesses de seus associados/filiados, inclusive na esfera judicial, fica clara, *in casu*, a presença do requisito objetivo da pertinência temática.

Aliás, o próprio Pretório Excelso já reconheceu a presença do interesse jurídico de entidades de classe em caso análogo ao dos autos, decidindo que:

> "ADIn: pertinência temática. Presença da relação de pertinência temática, pois o pagamento da contribuição criada pela norma impugnada incide sobre as empresas cujos interesses, a teor do seu ato constitutivo, a requerente se destina de defender" (v. ADI nº 15/DF, Tribunal Pleno, relator Ministro SEPÚLVEDA PERTENCE, j. 14/06/2007, DJe 31/08/2007).

Na fundamentação desse julgado, o ilustre Ministro relator realçou justamente que:

> "... o Supremo Tribunal Federal reviu sua orientação e não mais chancela o paralogismo patente da exclusão da legitimidade para a ADIn das entidades de classe de segundo grau.
>
> É o que se decidiu no julgamento da ADIn 3153-AgRg, 12.8.04, **Pertence**, DJ 9.9.05, com esta ementa:
>
> 'Ação direta de inconstitucionalidade: legitimação ativa: 'entidade de classe de âmbito nacional': compreensão da 'associação de associações' de classe: revisão da jurisprudência do Supremo Tribunal. 1. O conceito de entidade de classe é dado pelo objetivo institucional classista, pouco importando que a eles diretamente se filiem os membros da respectiva categoria social ou agremiações que os congreguem, com a mesma finalidade, em âmbito territorial mais restrito. 2. É entidade de classe de âmbito nacional – como tal legitimada à propositura da ação direta de inconstitucionalidade (CF, art. 103, IX) – aquela na qual se congregam associações regionais correspondentes a cada unidade da Federação, a fim de perseguirem, em todo o País, o mesmo objetivo institucional de defesa dos interesses de uma determinada classe. 3. Nesse sentido, altera o Supremo Tribunal sua jurisprudência, de modo a admitir a legitimação das 'associações de associações de classe', de âmbito nacional, para a ação direta de inconstitucionalidade'.

Acesso ao Sumário

> Menos curiosa historicamente, a alegação de 'impertinência temática' também não impressiona, pois **o pagamento da contribuição criada pela norma impugnada incide sobre as empresas cujos interesses, a teor do seu ato constitutivo, a requerente se destina a esta defender**" (g.n.).

Em outro precedente daquela mesma Corte Suprema restou ainda assentado que:

> "ADIn – Legitimidade e Pertinência Temática. Surge a pertinência temática, presente no ajuizamento de ação direta de inconstitucionalidade por associação, quando esta congrega setor econômico que é alcançado, em termos de tributo, pela norma atacada" (v. ADI nº 3413/RJ, Tribunal Pleno, relator Ministro MARCO AURÉLIO, j. 01/06/2011, DJe 01/08/2011).

Não se desconhece a existência de julgado do mesmo Supremo Tribunal Federal, da relatoria do eminente Ministro Celso de Mello, proferido no ano de 1994, aliás, citado pelo ilustre desembargador relator da presente demanda, que afastou a legitimidade ativa da Confederação dos Servidores Públicos do Brasil (CSPB) para a propositura de ação direta de inconstitucionalidade, em razão da falta de pertinência temática; todavia, há que se considerar que naquela hipótese tal pressuposto objetivo não restou mesmo caracterizado, pois se tratava ali de pedido de controle concentrado de constitucionalidade em face de legislação tributária pertinente ao ICMS, exação da qual os associados daquela entidade autora nem sequer eram contribuintes de direito, o que realmente evidenciava a objeção ali reconhecida.

De outro lado, cumpre também observar aqui que por ocasião do julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2002792-05.2014.8.26.0000, proposta pelo Sindicato dos Arrumadores de São Sebastião em face de legislação do Município de São Sebastião que introduziu alterações no cálculo do IPTU, concordei com o posicionamento do ilustre Desembargador relator Márcio Bartoli, que propôs a extinção do processo, sem resolução do mérito, reconhecendo a ilegitimidade ativa da entidade sindical requerente; a propósito, consignou-se naquele aresto lição do ilustre professor Luís Roberto Barroso, hoje Ministro do Colendo Supremo Tribunal Federal, segundo a qual uma "linha restritiva da legitimação das **entidades de classe** de âmbito nacional é a denominada **pertinência temática**. A ideia, a rigor, mais se aproxima do conceito processual que identifica o interesse em agir: **é preciso que haja um relação lógica entre a questão versada na lei ou ato normativo a ser impugnado e os objetivos sociais da entidade requerente**. **Vale dizer: a norma contestada deverá repercutir direta ou indiretamente sobre a atividade profissional ou econômica da classe envolvida, ainda que só parte dela seja atingida**" (v. "O Controle de Constitucionalidade no Direito

Brasileiro", São Paulo, Saraiva, 2012, pp. 193-197).

Ora, naquele caso restou clara a ausência da pertinência temática, haja vista que não havia realmente repercussão direta ou indireta do ato normativo impugnado ali questionado sobre a atividade profissional ou econômica da classe representada pela entidade autora, o que afastava o vínculo entre o âmbito de atuação daquele sindicato, em favor dos interesses de seus associados, e a matéria disciplinada pela norma objeto daquela ação; na verdade, a atuação ali empreendida pelo sindicato deu-se em defesa dos interesses dos cidadãos atingidos pela exação prevista na legislação atacada, e não de seus associados; daí porque reconheci, naquela oportunidade, a inexistência de interesse jurídico da entidade de classe autora para o manejo da citada ação direta de inconstitucionalidade, sem contrariar o posicionamento ora adotado.

Em suma, possível reconhecer, então, *in casu*, que há claro liame de ordem temática entre os objetivos sociais da entidade de classe autora e a matéria tratada na norma impugnada nos autos, evidenciando a presença do interesse jurídico a que faz alusão o art. 90, inciso V, da Constituição Estadual, conferindo-lhe a legitimação ativa para a propositura da presente ação direta de inconstitucionalidade.

Ante o exposto, afasta-se a alegação de ilegitimidade ativa *ad causam*.

PAULO DIMAS MASCARETTI, Desembargador

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2042748-28.2014.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é autor PROCURADOR GERAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO, são réus PREFEITO DO MUNICÍPIO DE ARAÇATUBA e PRESIDENTE DA CÂMARA MUNICIPAL DE ARAÇATUBA.

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 34953)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores JOSÉ RENATO NALINI (Presidente), LUIZ ANTONIO DE GODOY, NEVES AMORIM, BORELLI THOMAZ, JOÃO NEGRINI FILHO, JOSÉ DAMIÃO PINHEIRO MACHADO COGAN, FERRAZ DE ARRUDA, EROS PICELI, ELLIOT AKEL, GUERRIERI REZENDE, XAVIER DE AQUINO, ANTONIO CARLOS MALHEIROS, FERREIRA RODRIGUES, PÉRICLES PIZA, EVARISTO DOS SANTOS, MÁRCIO BARTOLI, JOÃO CARLOS

Acesso ao Sumário

SALETTI, ROBERTO MORTARI, FRANCISCO CASCONI, PAULO DIMAS MASCARETTI, ARANTES THEODORO e TRISTÃO RIBEIRO.

São Paulo, 15 de outubro de 2014.

ADEMIR BENEDITO, Relator

Ementa: Ação Direta de Inconstitucionalidade – Impugnação da Lei Municipal nº 7.593, de 28 de novembro de 2013, do Município de Araçatuba – Previsão de plantio de árvores apenas às concessionárias de veículos novos – Inexistência no caso concreto dos princípios da razoabilidade e proporcionalidade entre os meios empregados e a finalidade almejada – Estabelecimento de privilégio para alguns em detrimento de outros – Incidência dos arts. 23, 30 e 225 da Constituição Federal – Ofensa aos princípios da isonomia, razoabilidade e livre concorrência – Inconstitucionalidade reconhecida – Arguição procedente.

VOTO

Trata-se de ação ajuizada pelo Procurador Geral de Justiça do Estado de São Paulo, pela qual se pretende a declaração de inconstitucionalidade da Lei nº 7.593, de 28 de novembro de 2013, do Município de Araçatuba, que impõe às concessionárias de veículos novos daquele Município a obrigação de plantio de árvores de acordo com a quantidade de veículos novos vendidos em cada mês.

Sustenta que a Lei nº 7.593, de 28 de novembro de 2013, do Município de Araçatuba contraria frontalmente a Constituição do Estado de São Paulo, a qual está subordinada a produção normativa municipal. Diz que a nobre intenção de buscar maior proteção ao meio ambiente, com a imposição de obrigação de plantio de árvores apenas aos estabelecimentos que desenvolvem atividade empresarial de venda de veículos novos, viola o princípio da razoabilidade. Afirma também que há violação ao princípio da isonomia, uma vez que a obrigação foi direcionada somente às concessionárias de veículos novos daquela cidade, enquanto que as montadoras de veículos e até mesmo comerciantes de carros usados não foram atingidos pela mesma obrigação, embora os veículos possam vir a circular naquela urbe. Aduz que a mencionada lei invade a esfera da competência legislativa da União (art. 22, I, da CF), pois não está baseada em uma atividade relacionada à proteção ambiental, mas em origem vinculada a uma atividade comercial (venda e compra), constituindo obrigação acessória ao negócio de venda e compra de veículos novos. Pede a procedência da ação

Acesso ao Sumário

declaratória, reconhecendo-se a inconstitucionalidade da Lei 7.593, de 28 de novembro de 2013, do Município de Araçatuba.

A liminar foi deferida a fls. 104/105, determinando-se a suspensão da vigência e eficácia da lei inquinada de inconstitucionalidade, até final julgamento da presente ação.

A Procuradoria Geral do Estado, citada nos termos do artigo 90, § 2º, da Constituição Estadual, deixou de se manifestar por entender tratar-se de norma de interesse local (fls. 112/114).

A Prefeitura Municipal de Araçatuba apenas informou às fls. 119 que tomou as providências no sentido de cumprir a medida liminar concedida.

A Câmara Municipal de Araçatuba se manifestou na presente ação direta de inconstitucionalidade, afirmando que foram obedecidos todos os trâmites legais e regimentais para aprovação da Lei Municipal nº 7.593/2013. Diz que a mencionada lei trata da arborização da cidade, enquadrando-se perfeitamente na competência legislativa atribuída aos municípios pelas Constituições Federal e Estadual. Aduz que inexiste qualquer vício na lei municipal, ressaltando, ainda, que a matéria versada na lei impugnada é de natureza ambiental, cuja iniciativa é geral ou concorrente (fls. 125/128).

O parecer da Subprocuradoria-Geral de Justiça é pelo acolhimento da ação, com a declaração da inconstitucionalidade da Lei nº 7.593/2013 (fls. 135/140).

É o relatório.

A Lei Municipal nº 7.593, de 28 de novembro de 2013, do Município de Araçatuba, dispõe sobre a obrigação de plantio de árvores às concessionárias, em razão da venda de veículos novos. A mencionada lei tem a seguinte redação:

"**Art. 1º. As concessionárias localizadas no Município de Araçatuba, ligadas à venda de automóveis e motocicletas, que são fontes emissoras de dióxido de carbono (CO2), ficam obrigadas a realizar o plantio de árvores, de acordo com a quantidade de veículos novos vendidos em cada mês.**

§ 1º. Para cada carro ou caminhão novo vendido, bem como para cada dez motocicletas novas vendidas, a concessionária deverá plantar uma árvore, contribuindo para a formação de contínuos florestais entre unidades de conservação, compensando assim a emissão de gases (CO2) que contribuem para o efeito estufa.

§ 2º. O plantio poderá ser executado pela própria concessionária ou através de cooperativas, organizações não governamentais ou empresas privadas habilitadas na área ambiental, de acordo com as diretrizes estabelecidas pela Secretaria Municipal de Meio Ambiente e Sustentabilidade.

Acesso ao Sumário

Art. 2º. O Executivo Municipal regulamentará esta Lei no prazo de até noventa dias, contados da data de sua publicação, também estabelecendo sanções pelo seu descumprimento.

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

Pois bem.

O art. 23 da Constituição Federal prevê a competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios.

Verifica-se no inciso VI, do mencionado dispositivo da Lei Maior, que a competência comum visa: "**proteger o meio ambiente e combater a poluição em qualquer de suas formas**", e, no inciso VII, "**preservar as florestas, a fauna e a flora**".

Aliás, extrai-se do art. 30, I e II da Constituição Federal, que o Município pode legislar sobre temas relacionados ao meio ambiente, inclusive em caráter suplementar à legislação federal.

Neste mesmo sentido, o art. 225, § 1º, da Constituição Federal impõe ao Poder Público em geral – ou seja, à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios – inúmeras diretrizes, todas destinadas à preservação do direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado.

Importante lembrar também que segundo o artigo 144 da Constituição Estadual de São Paulo, "*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*".

Diante dos dispositivos legais acima mencionados, não resta dúvida quanto a competência legislativa do Município para dispor sobre a defesa do meio ambiente, bem como zelar pela saúde dos munícipes.

No entanto, muito embora pudesse entender que o Município possui competência para legislar sobre a proteção do meio ambiente, não se pode deixar de reconhecer, no caso concreto, a ausência de razoabilidade na discriminação casuística dos estabelecimentos da cidade sujeitos à lei, quais sejam, apenas "*as concessionárias localizadas no Município de Araçatuba, ligadas à venda de automóveis e motocicletas, que são fontes emissoras de dióxido de carbono (CO2), ficam obrigadas a realizar o plantio de árvores, de acordo com a quantidade de veículos novos vendidos em cada mês*".

Acesso ao Sumário

A lei impugnada cria exigência que constitui desproporcional embaraço ao exercício da atividade empresarial, interferindo indevidamente em regras de direito comercial e civil, além de ferir o princípio da isonomia, conforme consignado pela Procuradoria Geral de Justiça (fls. 06).

Fácil perceber que a norma municipal beneficia alguns em detrimento de outros, principalmente diante das empresas do mesmo ramo situadas em cidades circunvizinhas onde a mesma obrigação não lhes foi imposta.

Além disso, a União legislou sobre a matéria, editando a Lei nº 8.723, de 28 de outubro de 1993, que "***dispõe sobre a redução de emissão de poluentes por veículos automotores e dá outras providências***".

Aliás, a Douta Procuradoria de Justiça bem consignou que "*a obrigação de cunho ambiental prevista no ato normativo impugnado não está baseada em uma atividade relacionada à proteção ambiental, mas tem origem vinculada a uma atividade comercial (venda e compra), constituindo verdadeira obrigação acessória ao negócio de venda de veículos novos*" (fls. 140).

Bem por isso, ressalte-se que para que as diferenciações normativas possam ser consideradas não discriminatórias, torna-se indispensável que exista uma justificativa objetiva e razoável, de acordo com critérios e juízos valorativos genericamente aceitos, cuja exigência deve aplicar-se em relação à finalidade e efeitos da medida considerada, devendo estar presente por isso razoável relação de proporcionalidade entre os meios empregados e a finalidade perseguida, sempre em conformidade com os direitos e garantias constitucionalmente protegidos.

À propósito, este Colendo Órgão Especial já apreciou a matéria ventilada neste incidente, conforme pode se verificar nas seguintes ementas:

"**ARGÜIÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE – LEI 10.113/08 DO MUNICÍPIO DE SÃO JOSÉ DO RIO PRETO – DETERMINAÇÃO ÀS CONCESSIONÁRIAS QUE PLANTEM UMA ÁRVORE PARA CADA VEÍCULO VENDIDO – INCONSTITUCIONALIDADE – ART. 23, VI e VII, DA CF – INEXISTÊNCIA DE COMPETÊNCIA PARA LEGISLAR – INOCORRÊNCIA DAS HIPÓTESES PREVISTAS NO ART. 30, I E II, DA CF – OBRIGAÇÃO ADJETA A NEGÓCIO DE NATUREZA CIVIL E SEMELHANTE A TRIBUTO.**

1. A competência comum conferida aos Municípios é, na verdade, a administrativa, e não a legislativa. Ou seja, o rol de competências contido do art. 23 da Constituição da República diz respeito à execução das políticas públicas, que cabe, de forma comum, tanto à União, quanto aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios.

2. O interesse local diz respeito às matérias que, porventura, adquiram configurações peculiares em tal ou qual Município, por aplicação do princípio da predominância do interesse. Igualmente, vai se firmando o entendimento de que o interesse local guarda estreita relação com o âmbito territorial.

3. Ao Município é lícito regulamentar a legislação federal, conferindo-lhe maior concretude, disciplinando seus pormenores, adaptando a vida prática da Municipalidade aos ditames oriundos de legislação editada pela União. Mas, de forma alguma, é-lhe permitido fixar novas diretrizes, sem

respaldo na legislação federal. Com efeito, seria inócuo e causaria grande incerteza jurídica caso se possibilitasse aos Municípios instituir políticas locais sobre mudança do clima, sendo que atualmente a Lei Federal 12.187/2009 dispõe sobre o tema, instituindo a Política Nacional sobre Mudança do Clima – PNMC.

4**. A lei objurgada cria obrigação adjeta a negócio de natureza civil ou comercial, interferindo na competência exclusiva da União prevista no art. 22, I, da Constituição Federal. Além disso, a obrigação de plantar uma árvore para cada veículo vendido se assemelha a um tributo, não havendo, todavia, previsão expressa neste sentido no art. 156 da Constituição Federal.**

5. Arguição de inconstitucionalidade julgada procedente" (Arguição de Inconstitucionalidade nº 0117954-53.2012.8.26.0000, relator Des. Artur Marques, j. 01.08.2012);

"**ARGUIÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE – LEI Nº 7.052, DE 25 DE NOVEMBRO DE 2009, DO MUNICÍPIO DE PRESIDENTE PRUDENTE – PREVISÃO DE PLANTIO DE ÁRVORES APENAS POR EMPRESAS VENDEDORAS DE VEÍCULOS MOTORIZADOS ZERO QUILÔMETRO – AUSÊNCIA DE RAZOÁVEL RELAÇÃO DE PROPORCIONALIDADE ENTRE OS MEIOS EMPREGADOS E A FINALIDADE PERSEGUIDA – ESTABELECIMENTO DE PRIVILÉGIO PARA ALGUNS EM DETRIMENTO DE OUTROS – OFENSA AOS PRINCÍPIOS DA ISONOMIA, RAZOABILIDADE E LIVRE CONCORRÊNCIA – INCONSTITUCIONALIDADE RECONHECIDA – ARGUIÇÃO PROCEDENTE**" (ARGUIÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE Nº 0073117-73.2013.8.26.0000, relator Des. ELLIOT AKEL, j. 24.07.2013).

Pelo o exposto, julgo procedente a arguição de inconstitucionalidade da Lei Municipal nº 7.593, de 28 de novembro de 2013, do Município de Araçatuba.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2053611-43.2014.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é autor PROCURADOR GERAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO, são réus PREFEITO DO MUNICÍPIO DE MAIRIPORÃ e PRESIDENTE DA CÂMARA MUNICIPAL DE MAIRIPORÃ.

ACORDAM, em Órgão Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "POR MAIORIA DE VOTOS, JULGARAM A AÇÃO IMPROCEDENTE. ACÓRDÃO COM O EXMO. SR. DES. PAULO

DIMAS MASCARETTI. FARÁ DECLARAÇÃO DE VOTO O EXMO. SR. DES. PÉRICLES PIZA.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 19.922)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores JOSÉ RENATO NALINI (Presidente), EVARISTO DOS SANTOS, MÁRCIO BARTOLI, JOÃO CARLOS SALETTI, LUIZ AMBRA, FRANCISCO CASCONI, ARANTES THEODORO, ANTONIO CARLOS VILLEN, 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 e FERREIRA RODRIGUES, julgando a ação improcedente; e PÉRICLES PIZA (com declaração), ROBERTO MORTARI, VANDERCI ÁLVARES, TRISTÃO RIBEIRO, ADEMIR BENEDITO e ANTONIO CARLOS MALHEIROS julgando a ação procedente.

São Paulo, 1 de outubro de 2014.

PAULO DIMAS MASCARETTI, Relator Designado

Ementa: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE - Lei nº 3.159, de 19 de dezembro de 2011, do Município de Mairiporã, a qual "autoriza o fechamento normalizado de ruas sem saída, vilas e loteamentos situados em áreas estritamente residenciais, estabelece o acesso controlado a essas áreas e dá outras providências e revoga a Lei nº 2.129, de 30 de novembro de 2001" - Inexistência de invasão de competência legislativa alheia para dispor sobre direito civil ou sobre normas gerais de direito urbanístico - Município que não se excedeu ao legislar sobre o tema, num contexto voltado a garantir o bem estar de parcela expressiva de seus habitantes, além da preservação ambiental no que toca às áreas objeto de parcelamento - Processo legislativo que não se ressente da falta de participação comunitária, a induzir a presença do vício de inconstitucionalidade formal - Diploma legal objurgado que dispõe, a rigor, sobre ato autônomo e concreto de administração (autorização para controle de acesso a determinados espaços urbanos), não demandando obrigatória e indiscriminada participação da população no processo legislativo

Acesso ao Sumário

- Controle de acesso que, de toda sorte, depende de pedido formulado por, no mínimo, cinquenta por cento mais um dos proprietários dos imóveis existentes na área ou por associação de moradores regularmente constituída - Atuação permanente, outrossim, em Mairiporã, de entidades regularmente constituídas para a solução dos problemas comunitários de segurança, que envolve o antigo anseio de uma normatização válida e eficaz do controle de acesso a ruas sem saída, vilas e loteamentos exclusivamente residenciais - Possibilidade de implantação de loteamentos com controle de acesso que, ademais, já está consolidada há décadas no Município, sem qualquer resistência da sociedade local, o que induz à presunção de que atende o interesse coletivo, até porque alcança áreas de preservação ambiental, que se encontram então protegidas de ocupações e outras atividades predatórias, sem qualquer impacto negativo na mobilidade urbana - Inocorrência, ainda, de vício de cunho material, a partir da indicação de que o diploma em comento segrega espaço público de uso comum - Controvérsia instaurada no presente feito que envolve, na verdade, a colisão aparente de dois princípios fundamentais: o da segurança pública e o da liberdade de locomoção - Necessidade, desse modo, de proceder a uma ponderação de valores - Lógica dos valores que, por sinal, representa a lógica do razoável - Legislação em causa que se limita a estabelecer normas para permitir, em prestígio da segurança dos moradores, o fechamento total ou parcial de determinados espaços urbanos, situados em zona classificada como predominantemente residencial, unifamiliar, sem prejuízo do acesso de pedestres e condutores de veículos não residentes, mediante simples identificação, vedada, outrossim, qualquer alteração na destinação de áreas institucionais ou verdes - Liberdade de circulação que, nessa linha, não fica comprometida em demasia - Petição inicial que não se abalou a indicar em que medida se mostraria indispensável assegurar a irrestrita circulação de não residentes nessas

Acesso ao Sumário

áreas, de modo a justificar a maior exposição dos moradores à violência cotidiana da criminalidade - Valores alinhados no princípio da segurança pública que, destarte, autorizam a restrição de acesso que se pretende impor - Na situação exposta, só haverá real comprometimento do direito de ir e vir daqueles que, presumivelmente mal intencionados, buscam ingressar nesses espaços urbanos sem um propósito legítimo - Precedentes deste Órgão Especial e da Seção de Direito Público desta Corte - Plano Diretor do Município (arts. 12 e 13 da LC nº 297/2006) que, de resto, estabelece como diretriz estratégica a garantia de melhores níveis de segurança e salubridade dos assentamentos e a adequada proteção do patrimônio ambiental - Ação Direta de Inconstitucionalidade julgada improcedente.

VOTO

O Procurador Geral de Justiça do Estado de São Paulo ajuizou ação direta de inconstitucionalidade em face da Lei nº 3.159, de 19 de dezembro de 2011, do Município de Mairiporã, a qual dispõe sobre autorização de fechamento normalizado de ruas sem saídas, vilas e loteamentos situados em áreas residenciais, transferindo o controle de acesso aos particulares.

Aduz a inicial que a disposição da lei objurgada é flagrantemente inconstitucional, por estar em claro confronto com: ***i)*** *o processo legislativo, vez que a iniciativa parlamentar não contemplou a participação popular - requisito* sine qua non *(art. 180 da Carta Bandeirante);* ***ii)*** *o conteúdo do texto normativo suprime e embaraça uma das funções essenciais da cidade, consistente na liberdade de circulação e de usufruto dos bens públicos de uso comum do povo;* ***iii)*** *ofende o art. 111 da Constituição estadual, pois criou-se uma discriminação incompatível com o princípio da igualdade;* ***iv)*** *incompatibilidade na atuação autônoma do Município, o qual não observou as diretrizes da Constituição Federal e da Constituição Estadual;* ***v)*** *competência normativa privativa da União, matéria inerente aos direitos civil e urbanísticos, sobre os quais o Município não detêm competência para legislar; e por fim* ***vi)*** *aponta ofensa aos artigos 180, inc. V, e artigo 181 e § 1º, da Constituição do Estado de São Paulo, vez que nítido o seu descompasso com o plano diretor.*

Seguindo a jurisprudência lançada por este Colendo Órgão Especial, o socorro inicial foi concedido, nos termos do despacho de fls. 140/141.

Citado, o Município de Mairiporã, representado por seu Alcaide,

Acesso ao Sumário

apresentou suas informações e defendeu a validade da norma impugnada (fls.157/172).

Por seu turno, a Câmara Municipal de Mairiporã, menos não o fez, eis que representada por seu Presidente, reiterou e acresceu fundamentos de validade da Lei, pois, no seu entender, não vulnerado nenhum preceito constitucional (fls. 255/272).

O Procurador-Geral do Estado foi citado e declarou faltar-lhe interesse na defesa do ato impugnado, vez que se trata de matéria exclusivamente local (fls. 153/155).

A douta Procuradoria Geral de Justiça insistiu na procedência da ação, ao contrapor a mola propulsora do ato legiferante buscou apontar vício de cunho formal (ausência de participação comunitária durante o processo legislativo), bem como trilhou fundamentação acerca da não possibilidade de segregação de espaço de uso comum do povo, em suas palavras: "*... a lei urbanística deve manter compatibilidade com as diretrizes do plano diretor que é o instrumento normativo para o desenvolvimento urbano de caráter integral e global (art. 181 e § 1º, Constituição Paulista), características essas que repudiam a adoção de normas municipais dele alheadas por configurar indevido fracionamento permissivo de soluções tópicas, isoladas e pontuais, desvinculadas do planejamento urbano integral*" (fls. 356/365).

É o relatório lançado nos autos, que se adota.

Acusa a douta Procuradoria Geral de Justiça a inconstitucionalidade da Lei nº 3.159, de 19 de dezembro de 2011, do Município de Mairiporã, de iniciativa do Chefe do Executivo local, a qual "autoriza o fechamento normalizado de ruas sem saída, vilas e loteamentos situados em áreas estritamente residenciais, estabelece o acesso controlado a essas áreas e dá outras providências e revoga a Lei nº 2.129, de 30 de novembro de 2001".

Segue o inteiro teor do diploma legislativo:

"Art. 1°. Fica autorizado o fechamento, total ou parcial, a critério da Administração Municipal, das ruas sem saída, vilas e loteamentos, desde que os mesmos estejam registrados e situados em zona classificada como predominantemente residencial, unifamiliar, com acesso controlado de veículos e pessoas não domiciliadas no local.

Art. 2°. O pedido para fechamento deverá ser formulado por, no mínimo, cinquenta por cento mais um dos proprietários dos imóveis existentes na área, a ser formalizado através de requerimento, o qual devera ser acompanhado, obrigatoriamente, de:

I - planta da qual constem as divisas da mesma, a indicação das vias existentes e os locais a serem fechados;

II - relação pormenorizada e quantitativa dos imóveis existentes;

III - identificação, através do R.G. e C.P.F. de cada um dos

Acesso ao Sumário

requerentes, bem como o número de inscrição imobiliária municipal do imóvel respectivo;

IV - prova de constituição da entidade representativa dos proprietários da área, que deverá responder pelas despesas com a instalação e manutenção dos elementos da respectiva área.

Parágrafo único. Esse requerimento também poderá ser formulado através de associação de moradores, regularmente constituída, caso em que, além de observados os incisos I e IV do art. 2°, deverá o pedido ser acompanhado de cópia autenticada da ata da assembleia que deliberou sobre o fechamento, desde que comprovada a convocação de cinquenta por cento mais um dos proprietários da área abrangida pela associação, atendidas as identificações exigidas no inciso III do *caput* do art. 2º.

Art. 3°. O fechamento das divisas da área poderá ser feito com cerca viva, muro de alvenaria ou alambrado em tela, com altura máxima de quatro metros, desde que não ocorra prejuízo para a fiação aérea e a iluminação pública porventura existentes.

Parágrafo único. O fechamento de que trata o *caput* do art. 3° não pode obstruir o fluxo normal de veículos na malha viária existente, além do necessário para o atendimento do *caput* do art. 5° desta Lei.

Art. 4°. As ruas deverão ficar livres em seus leitos, sem a existência de quaisquer obstáculos de efeito permanente, autorizado apenas conter portaria, portão, cancela, corrente ou similares em sua extensão, que permitam o trânsito de veículos e, obrigatoriamente, acesso diferenciado para pedestres.

Parágrafo único. As áreas institucionais e verdes situadas nas áreas referidas no *caput* do art. 1º não poderão ter sua destinação, fim e objetivos originariamente estabelecidos, alterados.

Art. 5°. O acesso de pedestres ou condutores de veículos não residentes nas respectivas áreas fechadas é garantido mediante simples identificação ou cadastramento, não podendo, em nenhuma hipótese, ocorrer restrição a esse acesso.

Art. 6°. As áreas referidas no *caput* do art. 1º desta Lei que já estejam nas situações referidas, ficam autorizadas a assim permanecerem, desde que adaptem-se às disposições da presente Lei.

Parágrafo único. Em caso da não adaptação constante do *caput* do art. 6º, fica obrigada a remoção do obstáculo, até que se regularize a situação.

Art. 7°. Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação, revogando-se as disposições em contrário, em especial a Lei nº 2.129, de 30 de novembro de 2001."

A propósito, a petição inicial refere que se trata inequivocamente de ordenamento urbanístico e sua aprovação depende da participação comunitária no processo legislativo, formalidade essa que não teria sido observada pela

Acesso ao Sumário

edilidade, desbordando em violação ao artigo 180, II, da Constituição Estadual; aponta-se, ainda, afronta ao inciso I do mesmo preceito constitucional, que reproduz o artigo 182 da Constituição Federal, pois o diploma em causa cercearia uma das funções essenciais da cidade, consistente na liberdade de circulação e de usufruto dos bens públicos de uso comum do povo (vias públicas); há também indicação de falta de interesse público ou razoabilidade, patenteado, *in casu*, conflito das normas locais com o artigo 111 da Constituição Estadual.

Pois bem.

Anote-se, desde logo, que ao Município é reservada competência para legislar sobre assuntos de interesse local (v. inciso I do art. 30 da CF), incumbindo-lhe, portanto, promover o adequado ordenamento territorial, a partir de planejamento e controle do uso, parcelamento e ocupação do solo urbano (v. inciso VIII do mesmo dispositivo constitucional).

Leciona Alexandre de Moraes que "o legislador constituinte previu uma competência legislativa especial aos municípios, relacionada à política de desenvolvimento urbano, que será executada pelo poder público municipal. Conforme diretrizes gerais fixadas em lei, tendo por objetivo ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e garantir o bem-estar de seus habitantes (CF, art. 182), possibilitando verdadeira reforma urbana" (v. "Direito Constitucional", 27ª edição, São Paulo: Atlas, 2011, p. 330).

José Afonso da Silva, a seu turno, dá conta que:

> "A exigência constitucional é a de que o Município promova, no que couber, adequado ordenamento territorial, mediante planejamento e controle do uso, do parcelamento e da ocupação do solo (inciso VIII do art. 30). Contextualizemos o texto, lembrando que o art. 21, XX, declara competir à União instituir diretrizes para o desenvolvimento urbano, inclusive habitação, saneamento básico e transportes urbanos, enquanto o art. 182 estabelece que a política de desenvolvimento urbano, executada pelo Poder Público Municipal conforme diretrizes gerais fixadas em lei, tem por objetivo ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e garantir o bem-estar de seus habitantes. Nesses dois textos encontramos os fundamentos das duas amplas perspectivas da política urbana: uma que tem como objeto o desenvolvimento adequado do sistema de cidades (planejamento interurbano) em nível nacional ou macrorregional, de competência federal; e outra que considera o desenvolvimento urbano no quadro do território municipal (planejamento intra-urbano), e de competência local" (v. "Comentário Contextual à Constituição", 4ª edição, p. 310).

Na hipótese dos autos, a legislação local questionada, a rigor, limita-se a estabelecer normas para permitir, em prestígio da segurança dos moradores, o fechamento total ou parcial de determinados espaços urbanos (ruas sem saída, vilas e loteamentos), situados em zona classificada como predominantemente

Acesso ao Sumário

residencial, unifamiliar, sem prejuízo do acesso de pedestres e condutores de veículos não residentes, vedada, outrossim, qualquer alteração na destinação de áreas institucionais ou verdes, ficando evidenciado, daí, que não há invasão de competência legislativa alheia para dispor sobre direito civil ou sobre normas gerais de direito urbanístico.

É de se reconhecer, destarte, que o Município não se excedeu ao legislar sobre o tema, num contexto voltado a garantir o bem estar de parcela expressiva de seus habitantes, além da preservação ambiental no que toca às áreas objeto de parcelamento.

De outro lado, não há que se falar que o processo legislativo se ressente da falta de participação comunitária, a induzir a presença do vício de inconstitucionalidade formal.

A exigência de envolvimento popular na gestão urbana diz respeito notadamente à elaboração do plano diretor, pelo qual se busca o desenvolvimento ordenado da cidade.

Na lição de Hely Lopes Meirelles, "o plano diretor ou plano diretor de desenvolvimento integrado, como modernamente se diz, é o complexo de normas legais e diretrizes técnicas para o desenvolvimento global e constante do Município, sob os aspectos físico, social, econômico e administrativo, desejado pela comunidade local. Deve ser a expressão das aspirações dos munícipes quanto ao progresso do território municipal no seu conjunto cidade/campo" (v. "Direito Municipal Brasileiro", 15ª edição, Malheiros Editores, 2006, p. 538).

É certo que o plano diretor é sempre uno e integral.

No entanto, o diploma legal objurgado dispõe, a rigor, sobre ato autônomo e concreto de administração (autorização para controle de acesso a determinados espaços urbanos), que não demandaria obrigatória e indiscriminada participação da população no processo legislativo.

É de se ponderar, aqui, que, por força do disposto no artigo 2º da Lei nº 3.159/2011, o controle de acesso depende de pedido formulado por, no mínimo, cinquenta por cento mais um dos proprietários dos imóveis existentes na área ou por associação de moradores regularmente constituída.

Verifica-se, daí, que apenas a partir da mobilização da comunidade alcançada pela restrição, após pertinente debate acerca da sua conveniência e oportunidade, a autorização administrativa poderá ser requerida.

Portanto, a eficácia concreta da lei fica submetida a uma atuação prospectiva de segmentos da população, atendendo-se, no particular, o anseio de se ampliar a participação social nas intervenções urbanas.

Além disso, material ilustrativo trazido à colação pelo Município revela que existem em Mairiporã entidades regularmente constituídas atuando de há muito em prol da solução dos problemas comunitários de segurança, que

Acesso ao Sumário

envolve o antigo anseio de uma normatização válida e eficaz do controle de acesso a ruas sem saída, vilas e loteamentos exclusivamente residenciais.

Há indicação da atuação permanente das seguintes entidades:

NAL - Núcleo de Ação Local da Serra da Cantareira: o NAL é uma célula de mobilização comunitária do Conseg nos bairros, vilas, distritos, áreas rurais e/ou microcomunidades de interesse; constituído de cidadãos voluntários da mesma microrregião, o Núcleo tem por objetivo reunir seus membros, periodicamente para analisar, planejar e acompanhar a solução de seus problemas comunitários de segurança, além de desenvolver campanhas educativas e estreitar laços de entendimento e cooperação;

"A segurança é uma de nossas preocupações não só na Serra, mas em Mairiporã como um todo", disse o prefeito (endereço eletrônico constante do texto original).

CASC - Congregação das Associações da Serra da Cantareira: congrega as sociedades civis organizadas dos moradores da Serra da Cantareira e região, representando-as junto às autoridades competentes, pleiteando soluções e melhorias das necessidades coletivas e outros serviços que venham a ser pretendidos por seu congregados; orienta e compartilha experiências nos problemas comuns das Associações dos Moradores; promove a pesquisa, o desenvolvimento tecnológico e a captação de recursos humanos nas áreas de recursos hídricos, saneamento e meio ambiente; promove e divulga a educação e a cultura popular. (endereço eletrônico constante do texto original).

ALBEV - Alpes da Cantareira: a ALBEV é uma associação de moradores da Serra da Cantareira que administra os loteamentos ALPES DA CANTAREIRA, BEVERLY HILLS PARK, SÍTIOS BEIJA-FLOR E SABIÁ E PARQUE RESIDENCIAL VILLAGE; em 02 de abril de 1982, a Albev registrou seus estatutos no 2º Cartório de Registro Civil das Pessoas Jurídicas e Títulos de Documentos da Comarca de Mairiporã, sob nº 085-82, livro A1/ fls.63, sendo declarada de utilidade pública em 30 de agosto de 1982 pela Lei Municipal nº 986/82; além de exercer atividades inerentes à administração dos loteamentos, a ALBEV vem, ao longo dos anos, promovendo atividades sociais e recreativas; o estatuto social e as normas gerais dos loteamentos foram criados em complementação à legislação específica municipal, estadual e federal, tendo como principal finalidade preservar as características dos loteamentos, disciplinando as condutas dos proprietários e moradores, de forma a propiciar-lhes uma comunidade adequada, que prime por manter a harmonia entre seus associados, assim como proteger a fauna e a flora nativas (endereço eletrônico constante do texto original).

Acesso ao Sumário

CONSEG - Conselho Comunitário de Segurança de Mairiporã/ SP: os CONSEGs são grupos de pessoas do mesmo bairro ou município que

se reúnem para discutir e analisar, planejar e acompanhar a solução de seus problemas comunitários de segurança, desenvolver campanhas educativas e estreitar laços de entendimento e cooperação entre as várias lideranças locais; cada Conselho é uma entidade de apoio à Polícia Estadual nas relações comunitárias, e se vinculam, por adesão, às diretrizes emanadas da Secretaria de Segurança Pública, por intermédio do Coordenador Estadual dos Conselhos Comunitários de Segurança; foram criados através do Decreto Estadual nº 23.455, de 10 de maio de 1985, e regulamentados pela Resolução SSP-37, de 10 de maio de 1985; cada CONSEG exige, para sua homologação pelo Secretário da Segurança Pública, a participação de dois membros natos, quais sejam o Delegado de Polícia Titular e o Comandante da Polícia Militar no bairro ou município onde funciona o Conselho; além deles, participam representantes dos poderes públicos, das entidades associativas, dos clubes de serviço, da imprensa, de instituições religiosas ou de ensino, organizações de indústria, comércio ou prestação de serviços, bem como outros líderes comunitários que residem na área de circunscrição do respectivo CONSEG; **o CONSEG Mairiporã presta um grande serviço para a segurança dessa cidade, contando atualmente com os trabalhos do NAL (Núcleo de Ação Local) em três bairros (NAL Serra da Cantareira, NAL Rio Acima e NAL Terra Preta)** (endereço eletrônico constante do texto original).

Como se vê, há uma gestão participativa em Mairiporã na ordenação das políticas públicas.

De toda sorte, a Municipalidade acusa que:

- o município de Mairiporã possui uma configuração diversa dos demais municípios brasileiros; é constituído de bairros isolados, com diversidade de animais e com cobertura exuberante, que devem ser preservadas;

- os loteamentos beneficiados pela Lei Municipal 3.159/11 são localizados na sua grande maioria numa área no extremo sul do município e declarada pelo Plano Diretor como exclusivamente residencial 1 (ZER 1), longe do centro político e administrativo do município, onde sequer há policiamento militar efetivo suficiente para suprir as necessidades dos moradores locais e a demanda existente;

- a Prefeitura Municipal de Mairiporã não detém recursos suficientes para prover as necessidades locais, razão de existirem as associações, que atuam ativamente na proteção dos interesses da comunidade local, bem como prestando serviços indispensáveis a esses moradores;

- a região é de proteção ambiental, serviço esse exercido pelas associações existentes, e a razão pela qual hoje ainda há flora e fauna em abundância;

- os loteamentos existentes na área foram concebidos originalmente fechados (desde meados da década de 1950), com portarias 24 horas com

Acesso ao Sumário

controle de acesso, como consta nos vários projetos aprovados, pelo Estado e Prefeitura, constando este serviço nos Contratos Padrões, sendo tal modalidade levada a registro no cartório de imóveis;

- somente no final de 1997 iniciou-se o questionamento pelo Ministério Público local a respeito da regularidade da instalação das portarias, que há muito já estavam consolidadas; na época foram aprovadas diversas leis, uma para cada loteamento, com a participação da população local, preocupada com a tranquilidade e a preservação ambiental;

- durante este longo período, ou seja, desde a década de 1960 até 1977, este serviço de segurança e proteção ambiental foi executado sem nenhuma objeção de quem quer que seja, com o apoio da Prefeitura local e dos moradores da região;

- ocorre que esta Corte considerou aquelas leis inconstitucionais, o que acarretou na necessidade de elaboração e promulgação de uma nova lei, que recebeu o nº 2.129, de 30/11/2001;

- tal lei logo foi impugnada pelo Ministério Público, sob alegação de vício formal de iniciativa, obrigando o Executivo a enviar ao Legislativo a proposta de uma nova lei, que recebeu o nº 3.159, de 19/12/2011.

Forçoso reconhecer, destarte, que a possibilidade de implantação de loteamentos com controle de acesso já está consolidada há décadas no Município, sem qualquer resistência da sociedade local, o que induz à presunção de que atende o interesse coletivo, até porque alcança áreas de preservação ambiental, que se encontram então protegidas de ocupações e outras atividades predatórias, sem qualquer impacto negativo na mobilidade urbana.

Não há que se falar ainda em vício de cunho material, a partir da indicação de que o diploma em comento segrega espaço público de uso comum.

A controvérsia instaurada no presente feito envolve efetivamente a colisão aparente de princípios fundamentais: o da segurança pública e o da liberdade de locomoção.

Para o eminente magistrado e jurista Luis Manuel Fonseca Pires, "do lado dos moradores do loteamento ou da vila, há o princípio da segurança pública, com previsão e guarida constitucional nos artigos 5º, *caput*, e 144, e este direito fundamental - a segurança pública - representa, ainda, o instrumento de concretização de outros direitos fundamentais igualmente previstos na Constituição, como a dignidade da pessoa humana (art. 1º, III) e o direito à vida (art. 5º, *caput*)"; "do lado das pessoas que não residem nestes loteamentos e vilas que pretendem restringir o acesso dos não-moradores, há outro direito fundamental de mesma estatura constitucional: a liberdade de locomoção, prevista no art. 5º, inciso LXVIII".

Ora, como admite o mesmo autor, "na colisão de princípios há a necessidade de proceder a uma ponderação de valores. As normas-princípios

Acesso ao Sumário

contêm uma dimensão valorativa, uma carga axiológica cuja solução exige sopesar, em cada caso concreto, qual norma deverá prevalecer, mas não por que a outra seja inválida, mas porque a eleita traduz, para o caso que se apresenta, a melhor realização dos valores encontrados nas normas em aparente antinomia. Apenas ao se cotejar as intenções, as aspirações valorativas, a carga ideológica das normas-princípios em análise é que se encontrará qual o valor que reclama com primazia, para o caso, a sua realização. A conclusão a que se chegará não arroja definitivamente o outro princípio, ou seja, o princípio não prestigiado não é, como se sinônimo fosse, menoscabado. Ao contrário, o princípio preterido apenas o é como conteúdo valorativo que não pretenderá realizar em preferência, mas permanecerá em torno, circunscreverá o princípio preferido, dando-lhe as condições e os limites de sua realização" (v. "Loteamentos Urbanos", Ed. Quartier Latin, p. 83/84).

Efetivamente, sob certas circunstâncias, um dos princípios pode ter primazia sobre o outro, devendo então ser feita a valoração adequada, mediante o mínimo sacrifício daquele que for circunstancialmente preterido.

Daí o uso da técnica da ponderação, sopesando os valores ou interesses conflitantes; a lógica dos valores, por sinal, representa na verdade a lógica do razoável.

Pois bem.

Como já realçado, a legislação local questionada limita-se a estabelecer normas para permitir, em prestígio da segurança dos moradores, o fechamento total ou parcial de determinados espaços urbanos (ruas sem saída, vilas e loteamentos), situados em zona classificada como predominantemente residencial, unifamiliar, sem prejuízo do acesso de pedestres e condutores de veículos não residentes, vedada, outrossim, qualquer alteração na destinação de áreas institucionais ou verdes.

Nessa linha, a liberdade de circulação não fica comprometida em demasia, sendo certo que os chamados loteamentos fechados já estão plenamente consolidados, em áreas deslocadas do centro político e administrativo do Município; e outros parcelamentos dessa natureza somente serão implementados com a garantia de acesso de veículos e de pessoas não residentes mediante simples identificação; aliás, a petição inicial não se abalou a indicar em que medida se mostraria indispensável assegurar a irrestrita circulação de pessoas e veículos nessas áreas exclusivamente residenciais (loteamentos, vilas e ruas sem saída), de modo a justificar a exposição dos moradores à violência cotidiana da criminalidade que assola nosso Estado; na verdade, não há apontamento de qualquer prejuízo real, concreto, a quem quer que seja.

O eminente doutrinador, já invocado linhas atrás, dá conta justamente que:

"O valor que se alberga no princípio da segurança pública enleva-se

em importância e apreço diante do momento atual por qual passa o país. Com minudência, vimos na apresentação o que se sente em viver no nosso país: a violência que se esparge, brutalmente encerra vidas, revoluciona a vida de famílias, e o Estado, tísico em sua força de combater a criminalidade, acabrunhado, vascolejado em seus ideários, precariamente tenta reagir.

A postura desenxabida do Estado frente à calamidade pública que a violência urbana tem promovido faz por enaltecer o valor que o princípio da segurança pública ampara. O que não significa que a liberdade dos demais cidadãos (os que não moram em loteamentos ou vilas) deverá ser espicaçada ou que este direito deverá ser declarado inválido. Mas que é possível que, em prestígio ao princípio da segurança pública, o Poder Público aquiesça com a restrição de acesso aos moradores dos loteamentos e vilas.

(...)

Não haverá a desconsideração do direito fundamental de liberdade de ir e vir porque este direito, como qualquer outro, não é absoluto. Ter o direito de ir e vir não significa ter acesso indistinta e indiscriminadamente a qualquer lugar. Há limites, como em qualquer direito, que não se encontram apenas na propriedade particular de terceiros, mas também em relação a bens públicos, bens geridos pela Administração Pública, cuja forma de uso pode e deve ser disciplinada pelo Estado.

(...)

O que move a estes residentes de loteamentos e vilas é o medo da violência, não o instinto de segregação ou de preconceito social" (v. obra citada, p. 86/87).

Nesse contexto, os valores que se alinham no princípio da segurança pública efetivamente autorizam a restrição de acesso que se pretende impor, sendo certo que, na situação exposta, só haverá real comprometimento do direito de ir e vir daqueles que, presumivelmente mal intencionados, buscam ingressar nesses espaços urbanos sem um propósito legítimo.

Cumpre consignar que este Órgão Especial já apreciou diplomas legais similares, afastando a indicação de inconstitucionalidade de seus preceitos.

Acesso ao Sumário

No julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 68.759-0/0, relator o eminente Desembargador MENEZES GOMES, relativa a Lei Municipal nº 5.441/88 de São José dos Campos, ficou assentado precisamente que:

> "O malsinado diploma legal não autorizou a alienação e muito menos a concessão ou permissão a particulares de bens do patrimônio público. Apenas autorizou o Executivo a adotar medidas administrativas, com o escopo de preservação da segurança interna dos loteamentos.
>
> Outrossim, não afrontou o dispositivo da Constituição Paulista que dispõe sobre a inalterabilidade da destinação, fim e objetivos das '*áreas definidas em projeto de loteamento como áreas verdes ou institucionais*'

(CE/89 - art. 180, inciso VII) mas, ao contrário, está em harmonia com o texto respectivo.

Com efeito, a Carta Estadual (CE/89 - art. 144) em consonância com o disposto na Constituição Federal (CR/88 - art. 29), reza que:

'**Os Municípios, com autonomia política, administrativa e financeira se auto-organizarão por Lei Orgânica, atendidos os princípios estabelecidos na Constituição Federal e nesta Constituição.**'

Ora, a lei de que se cuida, não alterou o destino das áreas, permanecendo sob o domínio e patrimônio do município as ruas, praças, áreas verdes e institucionais. A natureza jurídica dos loteamentos não sofreu alteração.

E na espécie não houve delegação legislativa ao executivo, pois a lei em referência disciplina, de forma expressa, as medidas administrativas, na órbita da segurança, à competência de ação executiva.

(...)

Cabe repisar que a competência municipal não é subordinada e nem mesmo suplementar à competência estadual, no que tange à ordenação do solo urbano, como suso asseverado.

Não há falar, também, na transformação de loteamento convencional em 'fechado'. Na verdade, os moradores têm o direito de criar escudos de proteção contra a escalada da criminalidade dos centros urbanos, desde que não restrinjam a liberdade de ir e vir de outras pessoas.

Na hipótese, o alegado 'fechamento' não trará prejuízo aos moradores de bairros lindeiros. Na verdade, é preciso reconhecer que a violência urbana é um mal gravíssimo que aflige principalmente a classe média que paga a maior parte dos impostos e não tem a segurança garantida com eficiência pelo Poder Público. Não se trata de delegar aos particulares atribuição que não lhes é própria, inerente ao campo da segurança pública, mas permitir-lhes que possam proteger-se, através de meios necessários, uma vez que o Poder Público, nesse aspecto, tem sido ineficiente.

Dessarte, se o município tem ampla competência para disciplinar a matéria, observada a lei local, inegável que na espécie não se verifica a alegada inconstitucionalidade".

Outro aresto, relativo à Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 065.051-0/8-00, relator o ilustre Desembargador LUIZ TÂMBARA, também definiu que:

"ADIN - Lei nº 8.736, de 09/01/1996, do Município de Campinas - Confere poderes ao Prefeito para autorizar o fechamento do tráfego de veículos nas ruas, através de decreto, e trespassar àqueles que se beneficiarem com a adoção dessa medida a responsabilidade pela construção de portarias, limpeza e conservação das ruas e realização

Acesso ao Sumário

de serviços de coleta de lixo, regulamentando as condições de acesso, fiscalizando o uso do solo, além de permitir a desafetação de áreas verdes e institucionais - Alegada violação do disposto nos artigos 5º e seu § 1º, 19, incisos IV, V e VII, e 180, inciso VII, da Constituição do Estado de São Paulo - Inexistência de afronta aos indigitados dispositivos - Pedido julgado improcedente".

Em suma, "o direito de ir e vir, como outros direitos, deve ser objeto de exercício regular, com observância de seus fins sociais, sem desvirtuamento abusivo que possa propiciar amparo a caprichos ou intenções duvidosas" (v. Apelação Cível nº 994.05.132860-2 - Mairiporã, julgada pela Nona Câmara de Direito Público desta Corte, relator o eminente Desembargador DE PAULA SANTOS, em que se pronunciou a improcedência da ação civil pública movida pelo Ministério Público do Estado de São Paulo, a qual questionava o controle de acesso ao chamado "Parque Imperial da Cantareira").

De se registrar, por fim, que a lei em causa se encontra em conformidade com o Plano Diretor do Município (Lei Complementar nº 297, de 06 de novembro de 2006).

O artigo 12 da lei aludida dispõe justamente que a política de desenvolvimento e de ordenamento da expansão urbana do Município será orientada pelas seguintes diretrizes estratégicas:

"(...)

VII - delimitar as zonas de uso e ocupação do solo no território municipal, de modo a garantir os melhores níveis de segurança e salubridade dos assentamentos e a adequada proteção e conservação do patrimônio ambiental." (g.n.)

O artigo 13 destaca, a seu turno, que, considerando o interesse público e as reivindicações da população, expressas em audiências públicas, ficam priorizados, no âmbito do Plano Diretor, os seguintes temas:

"I - desenvolvimento econômico ambientalmente responsável e geração de empregos;

II - mobilização por justa contrapartida pela guarda do patrimônio ambiental;

III - educação, saúde e habitação;

IV - infraestrutura;

V - segurança e outros serviços públicos;

VI - meio ambiente;

VII - uso e ocupação do solo." (g.n.)

Ora, como já ponderado precedentemente, a normalização de loteamentos fechados está voltada à plena realização dos direitos dos cidadãos, como o direito à segurança e à preservação do patrimônio ambiental; é sabido que o

Acesso ao Sumário

Município de Mairiporã é constituído de áreas mais isoladas, notadamente na região localizada no extremo sul, de proteção ambiental, sendo certo que as associações de moradores também se incumbem desse serviço de preservação da flora e da fauna.

Ante o exposto, julga-se improcedente a ação direta de inconstitucionalidade.

DECLARAÇÃO DE VOTO

(Voto nº 29.443d)

I – Ousei divergir do eminente Des. PAULO DIMAS MASCARETTI, Relator designado, o que faço respeitosamente.

A meu sentir, em que pese o entendimento da maioria, a ação é procedente.

Ab initio, não vejo como me afastar do julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 9055901-19.2008, a época em debate o mesmo objeto da presente ação - *Lei Municipal nº 2.129/01, do Município de Mairiporã, que* ***autoriza o fechamento normalizado de ruas sem saída, vilas e loteamentos situados em áreas estritamente residenciais, estabelece o acesso controlado a essas áreas e dá outras providências -***, o qual em arraigado debate oral concluiu pela inconstitucionalidade da norma impugnada.

Invencível, a meu sentir, os argumentos lançados pelo sempre festejado e hoje Presidente desta Corte de Justiça Des. Renato Nalini, sendo que na sessão judicial apresentou divergência e ao final sagrou-se vencedor.

Compartilho de seu primoroso entendimento: "*A lei em discussão, contudo, do ponto de vista material, não passa pelo crivo de criterioso cotejo com os princípios constitucionais*".

Vejamos.

A Lei Municipal impugnada instituiu a possibilidade da Administração Pública, lastreada em critérios pré-definidos, autorizar o fechamento de ruas sem saída, vilas e loteamento em áreas predominantemente residencial, com acesso controlado a moradores e visitantes.

A exposição de motivos, sufragada pela Secretária Municipal de Administração, fez menção ao ponto nevrálgico do processo legislativo, o qual culminou na edição da Lei nº 3.159, de 19 de dezembro, cito trecho de seu relatório:

"*Considerando os* ***altos índices de criminalidade de nosso Estado*** *e a* ***pontual preocupação dos moradores dos bairros da Serra da Cantareira****, principais remediados com a vigência da lei em questão, sobre os ricos com a hipotética retirada das guaritas e cancelas de acesso aos loteamentos,* ***especialmente no que tange à segurança dos moradores***" (cf. fl. 131).

Acesso ao Sumário

Ora, nesse exato momento esbarro na questão brilhantemente suscitada pelo inigualável Des. Walter de Almeida Guilherme: "*Posso entender com o ilustre Desembargador que se existe um direito fundamental à cidade (que é de todos), não se pode admitir, em hipótese alguma, a existência de um direito fundamental à segregação no espaço urbano.* ***Tenho, no entanto, alguma dificuldade em compreender em que medida o fechamento de ruas sem saídas, em áreas estritamente residenciais, para atender ao direito à segurança dos moradores, atenta contra o direito dos demais habitantes da cidade***" (grifei).

Temos como ponto inquestionável que o tema "gestão de segurança pública" é atribuição privativa do governador de Estado, ditame este, guardado no corpo constitucional:

"*Art. 144. A segurança pública,* ***dever do Estado****, direito e responsabilidade de todos, é exercida para a preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio, através dos seguintes órgãos*".

Pois bem, diante deste cenário, questiono: Ficaria a mercê da Municipalidade lançar força a fim de combater os elevados índices de criminalidade, que infelizmente assolam a totalidade de nossos Municípios, em prol de particulares em ação "tópica", "isolada" e "pontual", como bem mencionou o zeloso Procurador de Justiça?

A resposta, *data maxima venia*, penso ser **negativa**.

A uma porque, o simples fato de se alegar a inofensividade da medida, pois diante de uma mera identificação qualquer popular teria acesso aos locais fechado (leia-se ruas sem saídas, vielas e loteamentos), não condiz com a realidade.

Como bem assinalado pelo nobre colega Des. Arthur Marques: "*é questionável a imposição aos cidadãos do ônus da prévia identificação para que possam circular livremente por vias públicas, bens de uso comum do povo, ainda mais quando isso é feito, em princípio, apenas em vista do atendimento de interesses particulares*".

A duas porque, a capacidade normativa do Município não pode ser exercida senão no espaço conferido constitucionalmente.

Nesse ponto, a norma em seu seio encontra óbice nos princípios estatuídos no art. 37, *caput*, da Carta Maior, os quais têm o condão de vincular o chefe do poder executivo municipal na sua atuação diária, *in verbis*:

"*Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de* ***legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência***".

Ora, uma lei criada para atender anseios direcionados a um grupo específico de particular, não contempla em sua integralidade o princípio da

impessoalidade, como se viu na exposição de motivos, tal não deixou margens à dúvida de que o projeto de lei visava "***pontual preocupação dos moradores dos bairros da Serra da Cantareira***" (cf. fl. 131).

Di Pietro manifestou-se sobre o princípio da impessoalidade: "*estaria relacionada com a finalidade pública que deve nortear toda a atividade administrativa.* ***Significa que a Administração não pode atuar com vistas a prejudicar ou beneficiar pessoas determinadas, uma vez que é sempre o interesse público que tem que nortear o seu comportamento***" (***in***: Direito Administrativo, 27ª ed. - São Paulo: Editora Atlas S.A., 2010, pág. 63 - grifei).

Creio que lançar grades em via pública - *ausente então uma política de segurança macro* - não suprirá o fim que se almeja.

Àquele que busca desenvolver seu núcleo familiar em moradia sem requintes de segurança privada, ficará, por consequência lógica, menos "blindado" em paradigma com outros que buscam abrigo em condomínios edilícios, fechados, munidos de petrechos destinados à segurança, para tanto, ressalte-se, dispendem de um valor monetário significativamente mais oneroso.

Nada impende, ao revés, se tem como medida usual, um consenso entre determinados moradores de uma região, unirem forças para contratar vigias noturnos, em sistema de ronda, bem como compartilhar monitoramento eletrônico em tempo integral, além das medidas individuais, como cerca elétrica, cães de guarda, alarme, enfim uma infinidade de opções a resguardar seu lar.

A três porque, a norma atacada não atribui qualquer ônus aos munícipes beneficiados com a medida em baila. Competirá, ainda, ao poder público zelar pela área segregada com: manutenção de asfalto, iluminação, dentre outras. Sendo certo que o manejo recursal advêm de todos os contribuintes, o que, por si só, ressoa desarrazoado.

A quarto porque, em seu aspecto formal, a norma hostilizada abandonou a participação da comunidade no processo legislativo.

O Procurador Geral do Município de Mairiporã foi categórico ao afirmar: "*... não houve participação popular ou de entidades comunitárias ou organizadas da sociedade civil na elaboração do projeto de lei que culminou na Lei Municipal nº 3.159, de 19 de janeiro de 2011*" (cf. Ofício nº 0082/2014 - SAJGP - fl. 136).

A defesa promovida pela Câmara Municipal de Mairiporã, ao expor sua fundamentação, tentou validar a norma atestando a participação comunitária, para tanto apontou que estaria em documento anexo, sem citar a página.

Compulsando as 77 (setenta e sete) laudas destinadas a documentar as afirmações defensivas, este Relator não visualizou qual se destina a honrar tal argumentação.

A defesa do Município de Mairiporã dispensou qualquer debate acerca do

Acesso ao Sumário

tema (cf. fls. 157/172).

Violado, portanto, o comando constitucional estatuído no art. 180, inc. II da Carta 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, planos, programas e projetos que lhes sejam concernentes;".

Escolado na matéria, haja vista o teor da declaração de voto empunhada pelo Des. Artur Marques, o qual já mencionava a falha constitucional no processo legislativo da Lei nº 2.129/2001, o Município de Mairiporã incidiu no mesmo erro.

Naquela oportunidade bem justificada a necessidade da participação popular na democrática estruturação do espaço territorial urbanístico:

"*Embora a lei objurgada ressalve que o fechamento das divisas de áreas não poderá obstruir o fluxo normal de veículos nem proibir a passagem de pedestres (arts. 3º e 4º), é inegável que facultar à Administração Pública o fechamento, a seu critério, 'das ruas sem saídas, vielas e loteamentos' (art. 1º)* ***afeta os interesses de toda a coletividade****, implicando na prática, considerável restrição à liberdade de circulação nas vias públicas. Por esse motivo, ainda que se invoque razões de segurança, a coletividade deveria ter sido instada a participar dos debates sobre as medidas previstas na lei*" **(ADIN nº 994.08.013084-0. Declaração de voto nº. 20.368 - Des. Arthur Marques. Julgado em XX)**.

Considerados e valorados todos os fundamentos supramencionados, de rigor a procedência desta ação direta de inconstitucionalidade, a fim de evitar qualquer desvio de finalidade do serviço de segurança pública, em detrimento ao erário municipal.

Ante o exposto, pelo meu voto, julgo procedente o pedido para declarar a inconstitucionalidade da Lei Municipal nº 3.159, de 19 de dezembro de 2011, do município de Mairiporã, determinando, como consequência, sua retirada definitiva do ordenamento jurídico.

PÉRICLES PIZA, Relator sorteado vencido

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Ação Direta de

Inconstitucionalidade nº 2083880-65.2014.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é autor PARTIDO VERDE DO ESTADO DE SÃO PAULO PV SP, são réus PRESIDENTE DA CÂMARA MUNICIPAL DE BEBEDOURO e PREFEITO MUNICIPAL DE BEBEDOURO.

ACORDAM, em Órgão Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "POR MAIORIA DE VOTOS, JULGARAM A AÇÃO IMPROCEDENTE. ACÓRDÃO COM O EXMO. SR. DES. EVARISTO DOS SANTOS. FARÁ DECLARAÇÃO DE VOTO O EXMO. SR. DES. PÉRICLES PIZA.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 31.433)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores JOÃO CARLOS SALETTI, LUIZ AMBRA, FRANCISCO CASCONI, PAULO DIMAS MASCARETTI, VANDERCI ÁLVARES, ARANTES THEODORO, ANTONIO CARLOS VILLEN, LUIZ ANTONIO DE GODOY, NEVES AMORIM, BORELLI THOMAZ, JOÃO NEGRINI FILHO, JOSÉ DAMIÃO PINHEIRO MACHADO COGAN, EROS PICELI, ELLIOT AKEL, GUERRIERI REZENDE, ANTONIO CARLOS MALHEIROS e FERREIRA RODRIGUES julgando a ação improcedente; e JOSÉ RENATO NALINI (Presidente), PÉRICLES PIZA (com declaração), MÁRCIO BÁRTOLI, ROBERTO MORTARI, TRISTÃO RIBEIRO e ADEMIR BENEDITO julgando a ação procedente.

São Paulo, 22 de outubro de 2014.

EVARISTO DOS SANTOS, Relator Designado

Ementa: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. Emenda à Lei Orgânica nº 20, de 11.06.12 alterando o § 1º do art. 15, reduzindo de 15 (quinze) para 11 (onze) o número de Vereadores a serem eleitos no Município de Bebedouro. Autonomia municipal para limitar o número de Edis, segundo os critérios de conveniência e oportunidade. EC nº 58/09 fixa apenas número máximo de vereadores de acordo com população do Município. Impor outro limite à autonomia municipal - mínimo - não se afigura razoável. Inexistência de afronta ao texto constitucional. Ação improcedente.

Acesso ao Sumário

VOTO

1. Relatório já nos autos.

2. Improcedente a ação.

Trata-se de **ação direta de inconstitucionalidade** ajuizada pelo Partido Verde do Estado de São Paulo quanto à **Emenda à Lei Orgânica nº 20, de 11.06.12**, ao alterar o § 1º do art. 15 reduzindo, de 15 (quinze) para 11 (onze), o número de vereadores a serem eleitos no município de Bebedouro.

Sem razão o autor.

Inclino-me por prestigiar a **autonomia municipal**.

Ela, que **não** se confunde com soberania (predicado do Estado federado) configura-se "*... pela tríplice capacidade de auto-organização e normatização própria, autogoverno e autoadministração.*" (**ALEXANDRE DE MORAES** - "Direito Constitucional" - Ed. Atlas - 2011, p. 296).

A Constituição Federal - embora antes fixando limites mínimos e máximos do número de vereadores - sofreu **alteração** pela **EC nº 58, de 23.09.09**, passando a estabelecer **apenas** o último [*"Art. 29 - O Município reger-se-á por lei orgânica, votada em dois turnos, com o interstício mínimo de dez dias, e aprovada por dois terços dos membros da Câmara Municipal, que a promulgará, atendidos os princípios estabelecidos nesta Constituição, na Constituição do respectivo Estado e os seguintes preceitos: (...) IV - número de Vereadores proporcional à população do Município, observados os seguintes limites: (...) d) 15 (quinze) Vereadores, nos Municípios de mais de 50.000 (cinquenta mil) habitantes e de até 80.000 (oitenta mil) habitantes..."*], segundo se nota, **não desrespeitado** pela **Emenda nº 20/12** à Lei Orgânica do Município de Bebedouro ["*Art. 15 - (...) §1º - O número de vereadores corresponderá a 11 (onze), em conformidade com o disposto na alínea 'd' do inciso IV do caput do art. 29 da Constituição Federal, alterado pela Emenda Constitucional n. 58, de 23 de setembro de 2009.*" - fls. 54].

Está-se a propor **limite mínimo** de vereadores **não** previsto na Constituição Federal, presumível tão somente a partir de interpretação de texto revogado e impondo **restrição NÃO prevista** à autonomia municipal. Ora, se se modificou a Constituição para firmar **tão somente o limite máximo, NÃO** se afigura razoável, por interpretação, **ampliar a restrição** para o limite mínimo. Entendendo excessivo aquele número máximo por ela fixado, possível sua redução. Compete ao próprio Município, em nome de sua autonomia, limitar-se, segundo critérios de conveniência e oportunidade, no âmbito da liberdade constitucionalmente assegurada.

Precedentes deste **Colendo Órgão Especial** (AInc nº 0.096.093-45.11 - Rel. Des. **CORRÊA VIANNA** - v.u. j. de 24.08.11 e AInc nº 0.018.856-95-12 - Rel. Des. **GUILHERME STRENGER** - v.u. j. de 04.04.12) ***data maxima venia***, enfrentaram **situação diversa** da presente - legislação local **elevando** o número de vereadores além do constitucionalmente estabelecido e as posições **doutrinárias invocadas** ("Constituição Federal comentada e

Acesso ao Sumário

legislação constitucional" - **NELSON NERY JUNIOR** e **ROSA MARIA DE ANDRADE NERY** e "O controle de constitucionalidade no direito brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência" - **LUÍS ROBERTO BARROSO**) são **anteriores** à **EC nº 58/2009**, exatamente a que afastou o questionado limite mínimo.

Moralidade e razoabilidade presumem-se respeitadas quando ato se pautou na própria Constituição. Sequer arguição de afronta à proporcionalidade se sustenta. **Inadmissível subsista outro limite senão o constitucional**. Impor-se-ia restrição onde, repita-se, **NÃO** há.

Não vislumbro, com todo o respeito ao ilustre Desembargador Relator, na alteração introduzida pela Emenda nº 20/12 à Lei Orgânica Municipal de Bebedouro, ora impugnada, afronta ao texto constitucional.

Mais não é preciso acrescentar.

3. Julgo improcedente a ação.

DECLARAÇÃO DE VOTO

(Voto nº 29.923d)

I- Ousei divergir do eminente Desembargador EVARISTO DOS SANTOS, o que faço respeitosamente.

II - Pelo meu voto, preliminarmente, entendo dispensáveis as informações do Chefe do Poder Executivo de Bebedouro, que não atendeu as reiteradas citações (cf. fls. 184 e 202), vez que não participa ou participou do processo legislativo.

Não obstante o entender da maioria, ao meu sentir, a ação é procedente.

Dispõe a Emenda nº 20 à Lei Orgânica do Município de Bebedouro, datada de 11 de junho de 2012, que:

Art. 1º - O parágrafo 1º do art. 15 da Lei Orgânica do Município de Bebedouro passa a vigorar com a seguinte redação.

*Parágrafo 1º - **O número de vereadores corresponderá a 11 (onze)**, em conformidade com o disposto na alínea 'd' do inciso IV do caput do art. 29 da Constituição Federal, alterado pela Emenda Constitucional nº 58, de 23 de setembro de 2009.*

Art. 2º - As despesas decorrentes da execução da presente emenda correrão por conta de dotações orçamentárias próprias, suplementadas, se necessário.

Art. 3º - Esta emenda entrará em vigor na data de sua publicação, revogadas as disposições em contrário.

A Lei Municipal impugnada dispõe sobre a redução do número de vereadores no município de Bebedouro, para o total de 11 (onze) cadeiras.

Acesso ao Sumário

É evidente que a referida norma encontra-se eivada de vício de inconstitucionalidade material, posto que se mostra em total desconformidade com princípio constitucional, segundo o ensinamento do Ministro do Supremo Tribunal Federal, Dr. LUÍS ROBERTO BARROSO:

> "***A inconstitucionalidade será material*** *quando o conteúdo do ato infraconstitucional estiver em contrariedade com alguma norma substantiva o prevista na Constituição, seja uma regra ou* ***um princípio***" (in *O Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro : exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência - 2ª ed ver. e atual. - São Paulo : Saraiva, 2006, pág. 26 - grifei*).

O ilustre ministro ainda nos remete ao ensinamento de CELSO ANTONIO BANDEIRA DE MELLO, na mesma obra, que de forma singular define princípios:

> "*Princípio é, por definição, mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas compondo-lhes o espírito e servindo de critério para sua exata compreensão e inteligência, exatamente por definir a lógica e a racionalidade do sistema normativo, no que lhe confere a tônica e lhe dá sentido harmônico...*".
>
> "***Violar um princípio é muito mais grave do que transgredir uma norma****. A desatenção ao princípio implica ofensa não apenas a um específico mandamento obrigatório, mas a todo o sistema de comandos. É a mais grave forma de ilegalidade ou* ***inconstitucionalidade****, conforme o escalão do princípio atingido, porque representa insurgência contra todo o sistema, subversão de seus valores fundamentais...*" (in *Interpretação e Aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora*/Luis Roberto Barroso. - 6. ed. rev., atual. e ampl. - São Paulo: Saraiva, 2004, pág. 153).

No caso em apreço, evidente a violação ao princípio da proporcionalidade da representação da população daquela municipalidade, esculpido no art. 29, inciso IV, da Constituição Federal, o qual deveria nortear e ser respeitado pelo ente público também na esfera municipal, nos moldes do que expõe o art. 144 da Constituição Estadual.

A Constituição Federal orienta que:

> *Art. 29 - O Município reger-se-á por lei orgânica, votada em dois turnos, com o interstício mínimo de dez dias, e aprovada por dois terços dos membros da Câmara Municipal, que a promulgará, atendidos os princípios estabelecidos nesta Constituição, na Constituição do respectivo Estado e os seguintes preceitos:*
>
> *(...)*
>
> *IV - número de Vereadores proporcional à população do Município, observados os seguintes limites:*

Acesso ao Sumário

(...)

c) 13 (treze) Vereadores, nos Municípios com mais de 30.000 (trinta mil) habitantes e de até 50.000 (cinquenta mil) habitantes;

d) 15 (quinze) Vereadores, nos Municípios de mais de 50.000 (cinquenta mil) habitantes e de até 80.000 (oitenta mil) habitantes;

A Constituição do Estado de São Paulo:

Art. 144 - Os Municípios, com autonomia política, legislativa, administrativa e financeira se auto-organizarão por Lei Orgânica, atendidos os princípios estabelecidos na Constituição Federal e nesta Constituição.

Ao normatizar que o número de vereadores do Município de Bebedouro seria reduzido para 11 (onze), o Legislativo Municipal contrariou mandamento constitucional e, por conseguinte, repita-se, ofendeu ao principio da proporcionalidade de representação.

Por ser a população daquele município equivalente a **75.035** (setenta e cinco mil e trinta e cinco) habitantes, segundo dados do IBGE comprovado pelo autor da ação direta de inconstitucionalidade (cf. fls. 62 - DOC. 05), o limite máximo é **15 (quinze) vereadores**, segundo alínea 'd', inciso IV, do art. 29 da Constituição Federal.

Este haveria de ser o número de vereadores daquela municipalidade, em consonância com a Emenda nº 19 à Lei Orgânica de Bebedouro, que anteriormente previa 15 (quinze) vereadores no seu art. 1º, parágrafo 1º (cf. fls. 55 e 56).

A Carta Magna menciona o limite máximo, mas segundo interpretação jurisprudencial desta Corte de Justiça, em julgamento do qual participei: "***... deve ser feita uma interpretação sistemática de que o número mínimo de vereadores é sempre balizado pela alínea anterior***" (Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 0269871-22.2012.8.26.000, Órgão Especial, Relator Des. SAMUEL JÚNIOR, julgado em 23 de abril de 2014).

Adotando este raciocínio, o limite mínimo seria de 13 (treze) vereadores, conforme alínea 'c', do mesmo inciso e artigo, da Carta Magna, o qual não foi determinado pelo legislativo que, repita-se, reduziu o número para 11 (onze).

Acesso ao Sumário

Em sendo assim, o ato normativo municipal mostra-se desrespeitoso com o princípio constitucional, caracterizando, assim, o vício por inconstitucionalidade material, de forma a produzir a invalidade da norma, com a consequente paralisação de sua eficácia, como bem opinou a douta Procuradoria- Geral de Justiça:

"*Embora o texto constitucional apenas estabeleça um limite máximo, não há ampla discricionariedade para a fixação do número de vereadores aquém daquele patamar, sob pena de violação ao principio da proporcionalidade adotado pelo constituinte para assegurar uma legitima representatividade.*

Assim, para que o ato normativo que fixa número de vereadores esteja em conformidade com a almejada proporcionalidade deve- se levar em conta que o número mínimo de vereadores é sempre balizado pela faixa anterior.

(...)

Resta, portanto, violada a regra da proporcionalidade prevista no inciso IV do art. 29 da Constituição Federal, princípio a ser observado no Município em sua atividade legislativa, nos termos do art. 144 da Constituição Estadual" (cf. fls. 225/226).

Daí porque, correto concluir que para combater tais exorbitâncias legislativas, apontadas acima, está também a égide da Constituição Bandeirante, aplicáveis aos municípios por força do artigo 144, por sua remissão.

Pelo mesmo motivo este colendo Órgão Especial reconheceu, em caso análogo que foi citado pelo autor da ação e pela douta Procuradoria-Geral de Justiça:

"AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. Emenda à Lei Orgânica Municipal de Ribeirão Preto nº 43, de 06 de junho de 2012, que prevê a eleição de 22 (vinte e dois) vereadores para aquela cidade, tendo operado a redução do patamar previsto, de 27 vereadores - Inconstitucionalidade, vez que houve afronta a regra da proporcionalidade, que se extrai do artigo 29, inciso IV da CF - Fixação de efeito "ex nunc" *em razão da segurança jurídica e interesse social*" (ADin nº 0269871-22.2012.8.26.000, Órgão Especial, Relator Des. SAMUEL JÚNIOR, julgado em 23 de abril de 2014).

De rigor julgar, pois, pela procedência desta ação direta de inconstitucionalidade, com efeito "*ex nunc*", ou seja, não retroagindo, mas valendo somente a partir da data desta decisão.

Ante ao exposto, pelo meu voto, julgo procedente o pedido para declarar a inconstitucionalidade da Emenda nº 20 à Lei Orgânica do Município de Bebedouro, de 11 de junho de 2012, determinando, com efeito "*ex nunc*", a retirada definitiva do ordenamento jurídico.

PÉRICLES PIZA, Relator sorteado vencido

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2075683-24.2014.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é autor PREFEITO MUNICIPAL DE TAUBATÉ, é réu PRESIDENTE DA CÂMARA MUNICIPAL DE TAUBATÉ.

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 33.150)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores JOSÉ RENATO NALINI (Presidente), FERREIRA RODRIGUES, 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, 29 de outubro de 2014.

ANTONIO CARLOS MALHEIROS, Relator

Ementa: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE – Lei Complementar nº 286, de 22 de maio de 2012, do Município de Taubaté, que institui a Política Municipal de Recursos Hídricos, estabelece normas e diretrizes para a recuperação, preservação e conservação dos recursos hídricos e cria o Sistema Municipal de Gerenciamento dos Recursos Hídricos - Norma que afronta os artigos: 5º, 24, § 2º, 2, 25, 47, II, XIV e XIX, a, e 174, III da Constituição Estadual - Ação procedente.

VOTO

Trata-se de ação direta de inconstitucionalidade, proposta pelo Prefeito Municipal de Taubaté, objetivando a declaração de inconstitucionalidade da Lei Complementar nº 286, de 22 de maio de 2012, do Município de Taubaté, que institui a Política Municipal de Recursos Hídricos, estabelece normas e diretrizes para a recuperação, preservação e conservação dos recursos hídricos e cria o Sistema Municipal de Gerenciamento dos Recursos Hídricos.

Alega o autor, que a lei mencionada contraria o disposto nos artigos 5º, 24, § 2º, 4, 25, 144, todos da Constituição Estadual.

Determinado o processamento dos autos, indeferida a liminar requerida (fls. 30/31), o Presidente da Câmara Municipal deixou fluir o prazo que lhe foi concedido para prestar informações (fls. 44).

A d. Procuradoria Geral de Justiça opinou pela procedência da ação (fls. 46/59).

Acesso ao Sumário

Citado, o Procurador Geral do Estado declinou da defesa do ato impugnado (fls. 41/43).

É o relatório.

Dispõe a norma guerreada:

Art. 1º Para os efeitos desta Lei Complementar são adotados os seguintes conceitos:

I - recuperação: é o ato de intervir num ecossistema degradado, visando ao resgate das suas condições originais;

II - preservação: é a ação de proteger um ecossistema contra qualquer forma de dano ou degradação, adotando-se as medidas preventivas legalmente necessárias e as medidas de vigilância adequadas;

III - conservação: é a utilização racional de um recurso qualquer, de modo a obter-se um rendimento considerado bom, garantindo-se a sua renovação ou a sua auto-sustentação;

IV - gestão: é a ação integrada do poder público e da sociedade visando à otimização do uso dos recursos naturais de forma sustentável, e tomando por base a sua recuperação, preservação e conservação.

Art. 2º A Política Municipal de Recursos Hídricos tem por base os seguintes fundamentos:

I - a água é um bem de domínio público, limitado e de valor econômico;

II - o poder público e a sociedade, em todos os seus segmentos, são responsáveis pela preservação e conservação dos recursos hídricos;

III - a gestão dos recursos hídricos deve contar com a participação do poder público, dos usuários e das comunidades;

IV - prioritariamente, a água será utilizada para o abastecimento humano, de forma racional e econômica;

V - a gestão municipal considerará a bacia hidrográfica como unidade de planejamento dos recursos hídricos;

VI - a gestão dos recursos hídricos deverá integrar-se com o planejamento urbano e rural do Município;

VII - a gestão dos recursos hídricos deverá integrar-se com o Plano da Bacia Hidrográfica do Rio Paraíba do Sul

Art. 3º São objetivos da Política Municipal de Recursos Hídricos:

I - buscar a recuperação, preservação e conservação do regime dos corpos d água localizados no Município, em termos de quantidade e qualidade;

II - preservar a qualidade e racionalizar o uso das águas superficiais e subterrâneas;

III - proporcionar e otimizar o uso múltiplo dos recursos hídricos;

IV - integrar o Município no sistema de gerenciamento da Bacia Hidrográfica do Rio Paraíba do Sul;

V - fazer cumprir as legislações ambientais;

VI - buscar a municipalização do acesso da população à água potável, em qualidade e quantidade satisfatórias;

VII - garantir o saneamento ambiental;

VIII - promover o desenvolvimento sustentável;

IX - prevenir e defender a população e bens contra eventos hidrológicos críticos;

X - instituir o efetivo controle social da gestão dos recursos hídricos, por parte de todos os segmentos da sociedade.

Art. 4º São instrumentos da Política Municipal de Recursos Hídricos:

I - a Avaliação Anual dos Recursos Hídricos;

II - o Plano Municipal de Recursos Hídricos PMRH;

III - o Fundo Municipal de Meio Ambiente de Taubaté FUNDEMAT;

IV - os Programas de Educação Ambiental;

V - os convênios e parcerias de cooperação técnica, científica e financeira.

Art. 5º O Departamento de Meio Ambiente providenciará, anualmente, até o dia 30 de abril, a elaboração da Avaliação Anual dos Recursos Hídricos, que será apreciada pelo Conselho Municipal do Meio Ambiente de Taubaté - COMDEMAT.

Parágrafo único. Para atender ao disposto neste artigo, a Departamento de Meio Ambiente poderá utilizar recursos do FUNDEMAT, a critério do COMDEMAT.

Art. 6º Da Avaliação Anual deverão constar, obrigatoriamente:

I - avaliação da qualidade e quantidade das águas e do balanço entre disponibilidade e demanda, atendendo aos termos da Portaria nº 1.469, de 29 de dezembro de 2000, do Ministério da Saúde;

II - descrição e avaliação do andamento das ações estipuladas no PMRH, em vigor; III descrição e avaliação da situação de todas as exigências constantes desta Lei Complementar, em particular aquelas referentes às situações:

a) zoneamento;

b) parcelamento e ocupação do solo;

c) infraestrutura sanitária;

d) proteção de áreas especiais;

e) controle da erosão do solo;

f) controle do escoamento superficial das águas pluviais;

g) mapeamento e avaliação de riscos ambientais.

Acesso ao Sumário

IV - propostas de ações a serem contempladas na Lei Orçamentária do exercício seguinte;

V - detalhamento da situação do FUNDEMAT.

Art. 7º O Plano Municipal de Recursos Hídricos - PMRH terá por finalidade operacionalizar a implantação da Política Municipal de Gestão dos Recursos Hídricos.

Art. 8º A cada quatro anos, no início de cada novo mandato, até 30 de junho, o Departamento de Meio Ambiente providenciará a elaboração e, após a aprovação do COMDEMAT, encaminhará o PMRH ao Executivo Municipal.

§ 1º Para atender ao disposto neste artigo, o Departamento de Meio Ambiente, a critério do COMDEMAT, utilizará recursos do FUNDEMAT.

§ 2º O PMRH abrangerá o período que vai do início do 2º ano de mandato do Executivo, até o final do 1º ano do mandato seguinte.

Art. 9º No PMRH deverão constar, obrigatoriamente:

I - diagnóstico da situação atual dos recursos hídricos;

II - análise das alternativas de crescimento demográfico, de evolução de atividades produtivas e de modificações dos padrões de ocupação do solo;

III - balanço entre disponibilidades e demandas futuras dos recursos hídricos, em quantidade e qualidade, com identificação de conflitos potenciais;

IV - metas de racionalização de uso, aumento da quantidade e melhoria da qualidade dos recursos hídricos disponíveis;

V - medidas a serem tomadas, programas a serem desenvolvidos e projetos a serem implantados, para o atendimento das metas previstas;

VI - responsabilidade para a execução das medidas, programas e projetos;

VII - cronograma de execução e programação orçamentário-financeira associados às medidas, programas e projetos;

VIII - prioridades para outorga de direitos de uso de recursos hídricos;

IX - propostas para a criação de áreas sujeitas à restrição de uso, com vistas à proteção dos recursos hídricos.

Parágrafo único. Em suas proposições, o PMRH levará em consideração as propostas constantes do Plano de Bacias, elaborado sob a responsabilidade dos Comitês das Bacias Hidrográficas do Rio Paraíba do Sul, no que couber.

Art.10. Fica criado o Fundo Municipal de Meio Ambiente - FUNDEMAT destinado a dar suporte financeiro às Políticas Municipais de

Acesso ao Sumário

Meio Ambiente e de Recursos Hídricos, regendo-se pelas normas estabelecidas nesta Lei Complementar.

Art.11. O FUNDEMAT será gerido pelo Conselho Municipal de Meio Ambiente de Taubaté - COMDEMAT.

Art. 12. Constituirão recursos do FUNDEMAT:

I - dotação consignada anualmente no orçamento municipal, sendo obrigatória a destinação de, no mínimo, 5% das receitas previstas, ressalvadas aquelas provenientes de impostos;

II - receita auferida com a aplicação de multas aos infratores das normas e exigências constantes desta Lei Complementar;

III - transferências do Estado ou da União, a ele destinadas por disposição legal;

IV - empréstimos nacionais e internacionais;

V - doações de pessoas físicas ou jurídicas, públicas ou privadas, nacionais ou estrangeiras;

VI - quaisquer outros recursos ou rendas que lhe sejam destinados;

VII - rendas provenientes da aplicação de seus próprios recursos;

VIII - recursos provenientes de compensações financeiras ambientais, conforme Lei Federal nº 9.984, de 17 de julho de 2000.

Parágrafo único. Os recursos do FUNDEMAT, enquanto não forem efetivamente utilizados, poderão ser aplicados em operações financeiras que objetivem o aumento das receitas do próprio Fundo.

Art. 13. Os recursos do FUNDEMAT serão aplicados atendendo ao estipulado no PMRH, no documento de Avaliação Anual dos Recursos Hídricos e em outras ações ambientais, mediante aprovação do COMDEMAT.

Art. 14. São permitidas aplicações de recursos do FUNDEMAT para atender aos seguintes quesitos:

I - ações, eventos, cursos, serviços, estudos, pesquisas, projetos e obras visando à preservação e conservação dos recursos hídricos e do meio ambiente, localizados no Município;

II - serviços, estudos, pesquisas, projetos e obras, atendendo às propostas previstas nos Planos de Bacias aprovados pelos Comitês, desde que redundem em efetiva melhoria do regime dos recursos hídricos da Bacia Hidrográfica do Rio Paraíba do Sul.

Parágrafo único. Para a consecução deste processo, o Município deverá integrar-se ao Comitê da Bacia Hidrográfica do Rio Paraíba do Sul visando, particularmente, à implantação de um Programa de Educação Ambiental fundamentado em cinco subprogramas:

I - formação de agentes locais de sustentabilidade;

II - centros de referência em educação ambiental;

III - redes de comunicação;

Acesso ao Sumário

IV - produção e disseminação de material de apoio; e

V - apoio a processos organizacionais de planejamento e gestão.

Art. 15. Fica instituída a obrigatoriedade de programas de Educação Ambiental nas escolas de Ensino Fundamental e Médio da Rede Escolar Municipal.

§ 1º A Educação Ambiental deverá integrar-se ao projeto pedagógico de cada escola, segundo os parâmetros curriculares e legislação especifica.

§ 2º Caberá a cada unidade escolar definir o trabalho de Educação Ambiental a ser desenvolvido, guardadas as especificidades de cada local, respeitada a autonomia da escola.

Art. 16. Entende-se por Educação Ambiental o processo de reconhecimento de valores e clarificação de conceitos, objetivando o desenvolvimento de habilidades e modificando as atitudes em relação ao meio, para entender e apreciar as inter-relações entre os seres humanos, suas culturas e seus meios biofísicos; a Educação Ambiental também está relacionada com a prática das tomadas de decisões e a ética que conduzem para a melhoria da qualidade de vida.

Art. 17. O Executivo Municipal poderá firmar convênios com universidades, entidades ambientalistas e outros, que permitam o bom desenvolvimento dos programas de Educação Ambiental, e estimulem a participação da sociedade na formulação, implantação e avaliação dos citados programas, no cumprimento desta Lei Complementar.

Art. 18. Será estabelecido prazo para que os departamentos municipais envolvidos preparem os professores através de cursos, seminários e materiais didáticos, possibilitando, de fato, que todos os alunos da rede pública, findo este prazo, passem a receber Educação Ambiental.

Art. 19. Objetivando a implementação da Política Municipal de Recursos Hídricos, em consonância com as políticas estadual e federal, o Executivo Municipal poderá firmar convênios e estabelecer parcerias de cooperação técnica, científica e financeira, com órgãos estaduais e federais, universidades e institutos de pesquisas, organizações não governamentais e outras, buscando particularmente:

I - o aprimoramento das tecnologias que, direta ou indiretamente, resultem na melhoria da preservação e conservação dos recursos hídricos;

II - a modernização e aumento da eficiência da estrutura organizacional do poder público local, de forma a cumprir competentemente as suas responsabilidades, face ao disposto nesta Lei Complementar;

Acesso ao Sumário

III - a capacitação, treinamento e aperfeiçoamento de pessoal encarregado de atuar na fiscalização, orientação e acompanhamento da implantação da Política Municipal de Recursos Hídricos;

IV - o apoio às comunidades organizadas, para cumprirem, de forma adequada, as disposições constantes desta Lei Complementar;

V - o financiamento de programas constantes do Plano Municipal de Recursos Hídricos.

Art. 20. Todas as normas estabelecidas nesta Lei Complementar aplicam-se à totalidade do território do Município, seja a área urbana, de expansão urbana ou rural, respeitado o Plano Diretor Municipal e legislação dele decorrente.

Art. 21. A gestão dos recursos hídricos tomará por base as seguintes questões:

I - zoneamento;

II - parcelamento e ocupação do solo urbano e rural;

III - infraestrutura sanitária;

IV - controle do escoamento superficial das águas pluviais;

V - controle do uso da água no Município.

Art. 22. Para os efeitos desta Lei Complementar adotam-se as seguintes definições:

I - usos conformes: são os usos ou atividades recomendados para a zona em questão;

II - usos aceitáveis: são os usos ou atividades permitidos na zona em questão, desde que apreciados e aprovados pelo COMDEMAT;

III - usos proibidos: são os usos ou atividades não permitidos na zona em questão.

Art. 23. Visando à recuperação, preservação e conservação dos recursos hídricos, ficam definidas as seguintes zonas de uso do solo:

I - Zona Industrial de Ocupação Exclusiva - ZI;

II - Zona de Preservação Permanente - ZE1;

III - Zona de Interesse Recreativo ZE2;

IV - Zona Exclusivamente reservada para atividades de Turismo - ZT;

V - Zona Especial de Propriedade do Exército Brasileiro - ZE3; e

VI - Zonas de Conservação - ZC.

Parágrafo único. A planta parte integrante da Lei Complementar nº 7, de 17 de maio de 1991, identifica os limites das diversas zonas definidas. Art. 24. A definição de novas Zonas e a alteração dos perímetros ou das características das Zonas aqui definidas será aprovada por Lei Complementar, com aquiescência do COMDEMAT.

Art. 25. A Zona Industrial - ZI destina- se à instalação de indústrias de qualquer porte e potencial poluidor, além de atividades correlatas.

Acesso ao Sumário

Parágrafo único. A instalação de indústrias na ZI exigirá prévia avaliação de impacto ambiental.

Art. 26. São aceitáveis os seguintes usos na ZI: silvicultura, comercial, lazer e exploração mineral.

§ 1º Fica proibido o uso residencial.

§ 2º A exploração mineral na ZI exigirá prévia avaliação de impacto ambiental.

§ 3º Excepcionalmente, tolera-se a existência de residências na ZI, apenas no âmbito da própria indústria.

§ 4º É obrigatório manter, no contorno da ZI, faixa de vegetação com largura de vinte metros destinada à proteção das zonas adjacentes.

Art. 27. A Zona Exclusivamente reservada para atividades de Turismo - ZT - compreende áreas com declividade inferior a 30% e destinadas às atividades predominantemente rurais.

Parágrafo único. As edificações existentes e incompatíveis com o uso serão consideradas permissíveis e a municipalidade não autorizará reformas para ampliação.

Art. 28. São aceitáveis os seguintes usos para a ZT: lazer, comercial, industrial e exploração mineral.

Art. 29. O uso industrial e a exploração mineral na ZT exigirão avaliação de impacto ambiental.

Art. 30. Na ZT são obrigatórios os seguintes procedimentos:

I - plantio de culturas em nível, com o uso de curvas de nível;

II - observação rigorosa dos requisitos exigidos para aplicação segura dos agrotóxicos, particularmente os inorgânicos (defensivos, fertilizantes e corretivos) e os orgânicos - estercos, fertilizantes orgânicos e resíduos industriais, com acompanhamento e responsabilidade técnica de profissional habilitado, de acordo com os respectivos receituários agronômicos, que deverão ser mantidos na propriedade para efeito de fiscalização;

III - cadastro no Departamento de Meio Ambiente de todas as captações de água para irrigação, sejam permanentes ou temporárias, fornecendo as características das culturas irrigadas, de acordo com as exigências da Prefeitura;

IV - planejamento do uso do solo segundo sua capacidade e mediante o emprego de tecnologia adequada e aprovada pelo Departamento de Meio Ambiente.

§ 1º Entende-se por tecnologia adequada as práticas conservacionistas já consagradas e preconizadas por órgãos competentes, entre as quais o plantio direto, que visem à conservação, melhoramento e recuperação do solo, atendendo à função sócio-econômica da propriedade e à manutenção do equilíbrio ecológico.

§ 2º Será priorizada a implantação de microbacias, obrigatoriamente

Acesso ao Sumário

coordenadas pelo Poder Público Municipal, em parceria com órgãos estaduais e federais.

§ 3º A Prefeitura poderá firmar convênios de cooperação com órgãos federais e estaduais para orientação, treinamento, controle e fiscalização dos procedimentos exigidos neste artigo.

§ 4º Os produtores rurais que dispuserem de equipamentos de irrigação na data de publicação desta Lei Complementar, terão prazo de cento e vinte para cadastrá-los no Departamento de Meio Ambiente, conforme estabelece o inciso III deste artigo.

Art. 31. A Zona de Proteção Permanente - ZE1 corresponde às áreas localizadas em topo de montanhas ou morros, ou com declividade igual ou superior a 30%, sujeitas à erosão.

Parágrafo único. O Poder Público Municipal zelará pela aplicação da legislação ambiental federal, especialmente as normas constantes da Lei Federal nº 4.771, de 15 de setembro de 1965 - Código Florestal, com as alterações posteriores.

Art. 32. A Zona Agropecuária - ZAP compreende áreas com declividade inferior a 30% e destinadas às atividades predominantemente rurais.

Parágrafo único. A ZAP pode ser utilizada para expansão urbana, desde que aprovada pelo Legislativo.

Art. 33. São aceitáveis os seguintes usos para a ZAP: lazer, comercial e exploração mineral.

Parágrafo único. O uso residencial coletivo é proibido, sendo aceitável apenas para moradia no âmbito da propriedade rural.

Art. 34. O uso industrial e a exploração mineral na ZAP exigirão avaliação de impacto ambiental.

Art. 35. Na ZAP são obrigatórios os seguintes procedimentos:

I - plantio de culturas em nível, com o uso de curvas de nível;

II - observação rigorosa dos requisitos exigidos para aplicação segura dos agrotóxicos, particularmente os inorgânicos (defensivos, fertilizantes e corretivos) e os orgânicos (estercos, fertilizantes orgânicos e resíduos industriais), com acompanhamento e responsabilidade técnica de profissional habilitado, de acordo com os respectivos receituários agronômicos, que deverão ser mantidos na propriedade para efeito de fiscalização;

III - cadastro no Departamento de Meio Ambiente de todas as captações de água para irrigação, sejam permanentes ou temporárias, fornecendo as características das culturas irrigadas, de acordo com as exigências da Prefeitura;

IV - planejamento do uso do solo segundo sua capacidade e mediante o emprego de tecnologia adequada e aprovada pelo Departamento de Meio Ambiente.

§1º Entende-se por tecnologia adequada as práticas conservacionistas

Acesso ao Sumário

já consagradas e preconizadas por órgãos competentes, entre as quais o plantio direto, que visem à conservação, melhoramento e recuperação do solo, atendendo à função sócio-econômica da propriedade e à manutenção do equilíbrio ecológico.

§ 2º Será priorizada a implantação de Microbacias, obrigatoriamente coordenadas pelo Poder Público Municipal, em cooperação com as esferas Estadual e Federal.

§ 3º A Prefeitura poderá firmar convênios de cooperação com órgãos federais e estaduais para orientação, treinamento, controle e fiscalização dos procedimentos exigidos neste artigo.

§ 4º Os produtores rurais que dispuserem de equipamentos de irrigação na data de publicação desta Lei Complementar, terão prazo de cento e vinte dias para cadastrá-los no Departamento de Meio Ambiente, conforme estabelece o inciso III deste artigo.

Art. 36. A atividade poluidora na ZC somente será permitida após avaliação de impacto ambiental e aprovação do respectivo plano de manejo.

Art. 37. Na ZC são proibidos os usos: residencial, comercial, industrial, culturas não permanentes e exploração mineral.

Art. 38. A Zona de Preservação Permanente - ZE1 compreende os parques ecológicos, parques de ecoturismo, reservas florestais, além das áreas de recarga de aquíferos subterrâneos e áreas marginais a cursos d'água, nascentes, olhos d água, lagoas e outros reservatórios superficiais, conforme estipulam os artigos 44 e 47 desta Lei Complementar.

Parágrafo único. O Poder Público Municipal zelará, na ZE1, pela aplicação da legislação ambiental federal, especialmente as normas constantes do Código Florestal, com as alterações posteriores.

Art. 39. São usos para a ZE1 a silvicultura e a mata natural.

Art. 40. O lazer é uso aceitável para a ZE1, desde que não implique na implantação de equipamentos ou obras permanentes.

Parágrafo único. Exige-se avaliação de impacto ambiental e aprovação de plano de manejo para o uso de lazer na ZE1.

Art. 41. Na ZE1 são proibidos os usos: comercial, industrial, pastagem, lavoura, exploração mineral e residencial.

Art. 42. Mediante análise e autorização do COMDEMAT poderão ser implantadas nos parques ecológicos, parques de ecoturismo e reservas florestais obras que atendam especificamente às suas finalidades.

Art. 43. Nas áreas de recarga de aquíferos subterrâneos poderão ser implantados parcelamentos de solo, com lotes de área não inferior a 1.000 metros quadrados, desde que existam sistemas públicos de abastecimento de água, de coleta, tratamento e disposição

Acesso ao Sumário

final de esgotos, e que a taxa de ocupação dos lotes seja inferior a 20%, reservando-se nos mesmos, 50% de área permeável não pavimentada.

Art. 44. Nas áreas marginais aos cursos d'água, nascentes, olhos d água, lagos, lagoas e reservatórios, numa faixa com largura de cinquenta metros, contados a partir do nível máximo atingível pelas águas, é proibida a implantação de qualquer obra, exceto para transposição de curso d'água.

Art. 45. Na ZE1 são proibidas as seguintes atividades:

I - depósito de resíduos ou produtos químicos;

II - aplicação de qualquer tipo de defensivo, fertilizante e corretivo agrícola, orgânico ou inorgânico;

III - desmatamento ou remoção de cobertura vegetal.

IV - movimentação de terra.

Art. 46. Dentro do perímetro urbano, ao longo das margens dos cursos d água, lagos, lagoas e reservatórios, são consideradas de interesse público as áreas ainda não ocupadas, numa faixa de cinquenta metros, contados a partir do limite do seu leito maior, para nelas serem implantados parques lineares.

Art. 47. Externamente ao perímetro urbano, ao longo das margens dos cursos d'água, lagos, lagoas, reservatórios, e ao redor de nascentes, ainda que intermitentes, e olhos d água, é obrigatória a recomposição florestal, numa faixa de cinquenta metros de diâmetros, sob responsabilidade do respectivo proprietário, dentro do prazo de cinco anos, a contar da data de assinatura do termo de compromisso de recomposição florestal, objeto do § 2º deste artigo.

§ 1º O Departamento de Meio Ambiente deverá elaborar as diretrizes para a recomposição objeto deste artigo, publicando-as em periódico de circulação no Município e dando ampla divulgação e destaque pelos meios competentes.

§ 2º Nos 180 dias subsequentes à fixação das diretrizes, o proprietário ou posseiro do imóvel rural deverá apresentar o plano de recomposição florestal e firmar o correspondente termo de compromisso de recomposição junto ao Departamento de Meio Ambiente.

Art. 48. Visando a apoiar os proprietários no cumprimento da obrigatoriedade disposta no art. 47, o Executivo Municipal firmará convênios de cooperação técnica e financeira com órgãos estaduais e federais, bem como manterá estrutura adequada e viveiro de espécies nativas.

Art. 49. Esgotado o prazo previsto no art. 47, a Prefeitura Municipal notificará o proprietário para a execução da recomposição exigida, incidindo as penalidades previstas nesta Lei Complementar.

Acesso ao Sumário

Art. 50. Todo projeto de parcelamento do solo deve, necessariamente, considerar a topografia do terreno e os caminhos naturais de escoamento das águas, para a definição e distribuição dos lotes e vias públicas.

Art. 51. Os caminhos naturais de escoamento das águas deverão ser preservados por meio de canais a céu aberto.

Parágrafo único. Excepcionalmente, a critério do Departamento de Meio Ambiente e mediante autorização do COMDEMAT poderão ser utilizadas galerias tubulares para escoamento das águas naturais ou pluviais.

Art. 52. Serão exigidos nos parcelamentos de solos, as seguintes taxas máximas de ocupação dos lotes, exceção feita às áreas de recarga de aquíferos subterrâneos, já contempladas no artigo 43:

I - 50% nos terrenos com declividade inferior ou igual a 15%;

II - 30% nos terrenos com declividade superior a 15%.

Art. 53. Não será permitido o parcelamento do solo em terrenos com declividade igual ou superior a 30%, salvo se forem atendidas exigências formuladas pelo COMDEMAT, em cada caso específico.

Art. 54. Fica proibido o parcelamento do solo em terrenos alagadiços, salvo se forem tomadas providências para assegurar o escoamento das águas, mediante autorização do COMDEMAT e aprovação técnica do Departamento de Meio Ambiente.

Art. 55. Nas áreas marginais aos cursos d'água, numa largura de trinta metros, contados a partir do nível máximo atingido pelas águas, atualmente ocupadas por construções, fica proibido qualquer tipo de ampliação ou obra nova, mesmo em lotes de parcelamentos já implantados.

Parágrafo único. No prazo de dez anos, contados a partir da publicação da presente Lei Complementar, o Poder Executivo Municipal procederá à remoção das construções existentes nas áreas objeto deste artigo, criando mecanismos adequados e negociando-os com os respectivos proprietários.

Acesso ao Sumário

Art. 56. No prazo de três anos, contados a partir da publicação da presente Lei Complementar, o Poder Executivo Municipal adotará medidas judiciais cabíveis, para desocupar e demolir as construções irregulares, porventura existentes nas áreas objeto do art. 55.

Art. 57. Os parcelamentos dos solos que incorporem matas nativas primárias ou secundárias, existentes ou em estágios médios ou avançados de regeneração, deverão observar diretrizes específicas para a preservação de áreas protegidas, conforme legislações federais.

Art. 58. No prazo de três anos, contados a partir da publicação desta Lei Complementar, fica a empresa concessionária dos serviços de

saneamento básico, obrigada a atender à totalidade da população urbana, com água potável em quantidade e pressão satisfatórias.

Art. 59. No prazo de cinco anos, contados a partir da publicação desta Lei Complementar, fica a empresa concessionária dos serviços de saneamento básico, obrigada a atender à totalidade da população urbana, com coleta e tratamento de esgotos.

Art. 60. A empresa concessionária dos serviços de saneamento deverá apresentar ao Departamento de Meio Ambiente um plano de redução das perdas de água que ocorrem no sistema público de abastecimento, devendo ser apreciado pelo COMDEMAT e, após aprovado, dada a publicidade.

Art. 61. Toda indústria que produzir esgoto diferente do doméstico, é obrigada a instalar sistema de tratamento prévio antes de lançá-lo na rede pública de coletores ou em corpo d'água.

§ 1º O projeto do tratamento deverá ser submetido aos órgãos responsáveis pelo licenciamento ambiental, que estabelecerá os índices a serem observados.

§ 2º As indústrias já instaladas no Município terão prazo de dois anos, a contar da publicação da presente Lei Complementar, para apresentar projeto e se adequar ao disposto neste artigo.

Art. 62. É proibido o lançamento de resíduos sólidos ou líquidos, em qualquer logradouro público ou terreno particular desocupado, dentro de todo o território do Município.

Parágrafo único. O Departamento de Meio Ambiente definirá locais ambientalmente seguros para disposição de resíduos sólidos, como lixo, entulho e aparas vegetais.

Art. 63. Qualquer captação de água, superficial ou subterrânea, ou lançamento de esgoto em corpo d água corrente ou dormente, deverá ser previamente solicitada ao Departamento de Água e Energia Elétrica - DAEE e à Sabesp e por esta autorizada.

Parágrafo único. Para a aplicação deste artigo, o Executivo Municipal firmará convênio com as instituições tratadas no caput deste artigo.

Art. 64. Todos os proprietários, urbanos ou rurais, que dispuserem de poços, rasos ou profundos, deverão cadastrá-los no Departamento de Meio Ambiente, dentro do prazo de cento e oitenta dias contados da data de publicação da presente Lei Complementar, fornecendo os dados solicitados pela Prefeitura.

Art. 65. É proibido o uso de água potável em consumos não prioritários.

Parágrafo único. Para efeito de aplicação do disposto neste artigo, o COMDEMAT estabelecerá os consumos não prioritários, em função da disponibilidade e custo de produção da água potável.

Art. 66. Fica proibida a implantação de qualquer tipo de

Acesso ao Sumário

empreendimento que venha a provocar aumento do fluxo natural das águas pluviais.

Art. 67. No parcelamento de solo urbano, fica o executor obrigado a projetar, aprovar e executar sistemas estruturais de infiltração, retenção ou retardamento do fluxo das águas pluviais, atendendo a especificações da Prefeitura, de forma a cumprir o disposto no art. 66.

Art. 68. Os passeios ainda não executados, ou que venham a ser implantados em parcelamentos futuros, deverão prever pavimentação parcial até a largura limite de 1 metro, devendo o restante possuir cobertura vegetal.

§ 1º A vegetação utilizada para o passeio não poderá impedir ou dificultar o trânsito de pedestres.

§ 2º Caberá ao proprietário do imóvel a execução e manutenção do passeio de que trata este artigo.

Art. 69. As condições de absorção de parte das águas pluviais, precipitadas no lote ou terreno urbano ainda não ocupado, deverão ser obrigatoriamente preservadas após a ocupação, pela manutenção de, pelo menos, 25% da área do lote ou terreno vegetado e livre de construção ou pavimentação, exceção feita aos lotes ou terrenos situados em áreas de recarga de aquíferos subterrâneos, contemplados no art. 43 desta Lei Complementar.

Parágrafo único. Para os lotes já ocupados, em áreas a serem definidas pela Prefeitura, o Executivo estimulará com benefícios os respectivos proprietários a instalar, nos citados lotes, estruturas destinadas à infiltração, retenção ou retardamento do fluxo das águas pluviais nele precipitadas, como áreas vegetadas ou cisternas, segundo orientação do Departamento de Meio Ambiente.

Art. 70. É obrigatória a preservação da cobertura vegetal nos lotes e terrenos urbanos, até a edificação.

Art. 71. As águas pluviais precipitadas em propriedade rural, não poderão ser conduzidas para as estradas públicas.

Art. 72. As águas pluviais precipitadas nas estradas públicas deverão ser conduzidas para as propriedades rurais, disciplinadas pelas normas de Microbacias.

Parágrafo único. Para atender ao disposto neste artigo, a Prefeitura executará os procedimentos técnicos necessários de recepção e administração das águas conduzidas.

Art. 73. O Gerenciamento de Recursos Hídricos é estruturado com base nos seguintes elementos:

I - Departamento de Meio Ambiente;

II - COMDEMAT;

III - Sistema Municipal de Informações Ambientais - SMIA.

Acesso ao Sumário

Art. 74. Para a consecução dos objetivos desta Lei Complementar, o Executivo criará o Sistema Municipal de Informações Ambientais - SMIA, mediante Lei Complementar específica.

Art. 75. O SMIA terá as seguintes atribuições:

I - planejar as posturas ambientais e os usos dos recursos hídricos em todo o território do Município;

II - estabelecer diretrizes técnicas aos demais órgãos municipais em assuntos relativos ao meio ambiente e aos recursos hídricos;

III - formular procedimentos, normas técnicas e padrões de preservação e conservação do meio ambiente e dos recursos hídricos, em obediência ao que dispõem as legislações federal, estadual e municipal, pertinentes;

IV - fiscalizar as atividades sócio-econômicas que interferem com o meio ambiente e com os recursos hídricos, autuando os infratores que desrespeitarem o disposto nesta Lei Complementar;

V - apoiar técnica e administrativamente o COMDEMAT;

VI - fornecer todas as informações necessárias ao bom funcionamento do COMDEMAT;

VII - auxiliar na elaboração de estudo de impacto ambiental, bem como relatório de impacto ambiental, para todos os casos previstos nas legislações federal e estadual pertinentes;

VIII - prestar colaboração técnica às análises dos estudos de impacto ambiental e aos planos de manejo, de forma a subsidiar os trabalhos do COMDEMAT;

IX - auxiliar nas atividades orientadas para a mobilização, organização e conscientização da sociedade, objetivando a preservação e conservação do meio ambiente e dos recursos hídricos;

X - colaborar na realização de avaliação em empresas e entidades consideradas poluidoras dos recursos hídricos ou suspeitas de desrespeitarem o disposto nesta Lei Complementar;

XI - auxiliar o COMDEMAT na formalização do PMRH a cada quatro anos e submetê-lo à aprovação do COMDEMAT;

XII - elaborar, até 30 de abril de cada ano, a Avaliação Anual dos Recursos Hídricos, submetendo-a à avaliação do COMDEMAT.

Art. 76. Os recursos necessários ao perfeito funcionamento do Departamento de Meio Ambiente deverão estar previstos na Lei Orçamentária Anual.

Art. 77. Compete ao Departamento de Meio Ambiente criar, coordenar e manter atualizado o SMIA, destinado a acompanhar a implantação da Política Municipal de Recursos Hídricos e garantir sustentação às decisões que envolvam a preservação e conservação dos recursos hídricos dentro do Município.

Parágrafo único. O SMIA integrar-se-á com os sistemas nacionais e

Acesso ao Sumário

estaduais de informações sobre recursos hídricos.

Art. 78. Integram o SMIA: I - informadores;

II - usuários;

III - órgãos públicos;

IV - concessionários de serviços públicos; e

V - entidades de classe.

Art. 79. O SMIA reunirá informações sobre:

I - cadastro e endereços eletrônicos dos órgãos federais e estaduais que geram e processam informações relativas aos recursos hídricos localizados no Município;

II - cadastro das captações de águas superficiais e subterrâneas;

III - cadastro dos lançamentos de águas servidas;

IV - identificação e delimitação dos locais sujeitos a inundações;

V - identificação e delimitação das áreas de recarga de aquíferos subterrâneos;

VI - localização das erosões urbanas e rurais;

VII - localização dos processos de assoreamento;

VIII - planta do zoneamento do território municipal, com a identificação dos usos do solo urbano e rural;

IX - situação das diversas áreas que compõem o zoneamento municipal;

X - receitas e despesas do FUNDEMAT;

XI - doenças de veiculação hídrica e decorrentes de contaminação ambiental.

Art. 80. O Departamento de Meio Ambiente publicará, periodicamente, as informações analisadas, colocando-as à disposição dos informadores e usuários.

Art. 81. Constitui infração administrativa, para efeito desta Lei Complementar, qualquer ação ou omissão que importe na inobservância dos seus preceitos, bem como das demais normas dela decorrentes, sujeitando os infratores, pessoa física ou jurídica, às sanções penais e a obrigações de reparar os danos causados.

Art. 82. Constitui, ainda, infração à presente Lei Complementar, iniciar a implantação ou implantar empreendimento, bem como exercer atividade que implique no desrespeito às normas de preservação e conservação dos recursos hídricos.

Art. 83. Sem prejuízo das demais sanções definidas pelas legislações federal, estadual ou municipal, as pessoas físicas ou jurídicas que transgredirem as normas da presente Lei Complementar ficam sujeitas, isolada ou cumulativamente, às seguintes sanções:

I - advertência por escrito, na qual serão estabelecidos prazos para correção das irregularidades;

Acesso ao Sumário

II - multa no valor de 50 Unidades Fiscais do Município - UFMT caso a advertência não tenha sido atendida no prazo estabelecido;

III - reincidência da infração ou descumprimento das exigências da Prefeitura, feitas por ocasião da aplicação da multa anterior, o valor será 100 UFMT;

IV - embargo por prazo indeterminado, para execução de serviços e obras necessárias ao cumprimento das exigências da Prefeitura; e

V - notificação ao Ministério Público.

Art. 84. No caso específico em que a infração resultar em prejuízo ao serviço público de abastecimento de água, riscos à saúde ou à vida, perecimento de bens ou animais, ou prejuízos de qualquer natureza a terceiros, as multas a serem aplicadas terão o dobro do valor estabelecido no art. 83, ficando o infrator sujeito, ainda, às penas da justiça comum.

Art. 85. As penalidades serão aplicadas por despacho do diretor do Departamento de Meio Ambiente.

Parágrafo único. Incidindo em prevaricação, o diretor do Departamento de Meio Ambiente estará sujeito a sanções de caráter funcional.

Art. 86. Das penalidades aplicadas cabe recurso ao COMDEMAT, no prazo de quinze dias da notificação, mediante petição fundamentada ao seu presidente.

§ 1º A decisão do COMDEMAT é definitiva, passando a constituir coisa julgada no âmbito da administração pública municipal.

§ 2º Não serão conhecidos recursos sem o prévio recolhimento do valor pecuniário da multa imposta, em favor do FUNDEMAT.

§ 3º Julgado procedente o recurso, os valores serão devolvidos com correção, baseada nos coeficientes oficiais.

§ 4º Os recursos impostos não têm efeito suspensivo sobre a sanção aplicada.

Art. 87. Esta Lei Complementar entra em vigor na data de sua publicação.

A Lei guerreada tem vício de inciativa, pois tratou da organização e criação de órgão do Município em questão.

Tal determinação é inconstitucional, como dita o artigo 24, § 2º, 2, da Constituição Estadual:

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

Acesso ao Sumário

das leis que disponham sobre:

2 - criação e extinção das Secretarias de Estado e órgãos da administração pública, observado o disposto no artigo 47, XIX;

Portanto, nota-se que, Leis que disponham sobre a organização administrativa ou sobre a criação de secretarias ou órgãos da administração, devem ser de iniciativa do Chefe do Poder Executivo.

A iniciativa Parlamentar para tal norma fere a separação de poderes, constante no artigo 5º, da Constituição Paulista, pois invade a inciativa reservada ao Chefe do Executivo, que no caso em tela é o Prefeito do Município de Taubaté.

Este Colendo Órgão Especial, já decidiu nesse sentido:

"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 I E XIV, E 176, INCISO I, DA CONSTITUIÇÃO BANDEIRANTE - PRECEDENTES - PRETENSÃO PROCEDENTE. (ADIN nº2088860-55.2014.8.26.0000 - Relator: Des. Francisco Casconi data: 01/10/2014)."

Além disso, a norma guerreada, também fere o artigo 25 da Constituição Estadual, uma vez que não indicou os recursos orçamentários necessários para a cobertura dos gastos decorrentes da criação e organização de órgãos municipais.

Como bem observou a Douta Procuradoria de Justiça, em parecer:

"No caso, foi violentada a reserva da Administração Pública, pois, compete ao Poder Executivo o exercício de sua direção superior, a pratica de atos de administração típica e ordinária, a edição de normas e a disciplina de sua organização e deu seu funcionamento, imune a qualquer ingerência do Poder Legislativo (art. 47, II, XIV e XIX, a, da Constituição Estadual)."

Acesso ao Sumário

E continua:

"A política municipal de recursos hídricos, como o próprio nome está a demonstrar, é matéria exclusivamente relacionada à Administração Pública, a cargo do Chefe do Executivo. É da inerência da típica gestão ordinária da administração, cujas linhas mestras são reservadas privativamente ao Chefe do Poder Executivo, alforriado

da interferência do Poder Legislativo, no espectro de sua atribuição de governo do Chefe do Poder Executivo."

Ante o exposto, julga-se procedente a ação, para declarar inconstitucional a Lei Complementar Municipal nº 286, de 22 de maio de 2012, do Município de Taubaté, que institui a Política Municipal de Recursos Hídricos, estabelece normas e diretrizes para a recuperação, preservação e conservação dos recursos hídricos e cria o Sistema Municipal de Gerenciamento dos Recursos Hídricos.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2101546-79.2014.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é autor PROCURADOR GERAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO, são réus PREFEITO DO MUNICÍPIO DE GUARULHOS e PRESIDENTE DA CÂMARA MUNICIPAL DE GUARULHOS.

ACORDAM, em Órgão Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "POR VOTAÇÃO UNÂNIME, JULGARAM A AÇÃO PROCEDENTE E, POR MAIORIA DE VOTOS, MODULARAM OS SEUS EFEITOS EM 90 DIAS, CONTADOS A PARTIR DO DIA 15/10/2014. USOU DA PALAVRA O EXMO. SR. PROC. ROSSINI LOPES JOTA. SUSTENTOU ORALMENTE O ADV. DR. ANTONIO CARLOS ZOVIN DE BARROS FERNANDES.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 29.213)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores XAVIER DE AQUINO, FERREIRA RODRIGUES, EVARISTO DOS SANTOS, FRANCISCO CASCONI, TRISTÃO RIBEIRO, LUIZ ANTONIO DE GODOY, NEVES AMORIM, BORELLI THOMAZ, JOÃO NEGRINI, DAMIÃO COGAN, FERRAZ DE ARRUDA, EROS PICELI, ELLIOT AKEL e GUERRIERI REZENDE modulando os efeitos em 90 dias; e ROBERTO MORTARI, PAULO DIMAS MASCARETTI, ARANTES THEODORO, ADEMIR BENEDITO, JOSÉ RENATO NALINI (Presidente), ANTONIO CARLOS MALHEIROS, PÉRICLES PIZA, MÁRCIO BÁRTOLI e JOÃO CARLOS SALETTI modulando os efeitos em 120 dias.

São Paulo, 15 de outubro de 2014.

ROBERTO MORTARI, Relator

Ementa: Ação Direta de Inconstitucionalidade. Lei nº 7.119, de 18 de abril de 2013, do Município de

Acesso ao Sumário

Guarulhos. Criação de cargos de provimento em comissão que não correspondem a funções de direção, chefia ou assessoramento, de forma abusiva e artificial, desrespeitando a necessidade de recrutamento pelo sistema de mérito, e criando injustificável diferença remuneratória para semelhantes atribuições. Afronta os artigos 98, 100, 111, 115, II e V, 144 e 297, da Constituição do Estado de São Paulo reconhecida. Ação julgada procedente, com modulação de efeitos.

VOTO

Trata-se de Ação Direta de Inconstitucionalidade ajuizada pelo d. Procurador Geral de Justiça, tendo por objeto a Lei nº 7.119, de 18 de abril de 2013, do Município de Guarulhos.

Sustenta-se, em síntese, que a referida Lei Municipal afronta os artigos 98, 100, 111, 115, II e V, 144 e 297, da Constituição do Estado de São Paulo, ao criar cargos de provimento em comissão que não correspondem a funções de direção, chefia ou assessoramento, de forma abusiva e artificial, desrespeitando a necessidade de recrutamento pelo sistema de mérito, e criando injustificável diferença remuneratória para semelhantes atribuições.

Foi postulada a concessão de liminar, com vistas à suspensão da eficácia da Lei nº 7.119, de 18 de abril de 2013, do Município de Guarulhos, nas partes em que criou e regulamentou os cargos de provimento em comissão previstos nos arts. 168 a 177 e 182, IX (Assessor de Gabinete I, Assessor de Gabinete II, Assessor de Gabinete III, Assessor de Gestão I, Assessor de Gestão II, Assessor de Gestão III, Assessor Especial de Gestão I, Assessor Especial de Gestão II, Assessor Especial de Gestão III, Assessor Especial de Gestão IV e Diretor de Departamento de Assessoria Jurídica), até o julgamento final e definitivo da presente ação, quando deverá ser decretada a inconstitucionalidade dos referidos dispositivos.

Acesso ao Sumário

A liminar pleiteada foi parcialmente concedida, a fim de obstar novas contratações para os cargos acima elencados, pela Municipalidade de Guarulhos, com base na Lei Municipal atacada na presente Ação Direta, e durante a sua tramitação, a partir da ciência da decisão concessiva.

Seguiu-se regular processamento, colhendo-se as informações do Presidente da Câmara Municipal de Guarulhos e do Prefeito do referido Município. A douta Procuradoria Geral do Estado foi regularmente citada, e manifestou o seu desinteresse na causa. Após, a ilustrada Procuradoria Geral de Justiça exarou final pronunciamento, pela procedência da ação.

Esse, no essencial, o relatório.

Por força de disposição constitucional expressa, a investidura em cargo ou emprego público dever ser efetivada mediante aprovação em concurso público.

Nesse sentido, a Constituição da República estabelece:

"*Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:*

(...)

II - a investidura em cargo ou emprego público depende de aprovação prévia em concurso público de provas e títulos, de acordo com a natureza e a complexidade do cargo ou emprego, na forma prevista em lei, ressalvadas as nomeações para cargo em comissão declarado em lei de livre nomeação e exoneração;

(...)

V - as funções de confiança, exercidas exclusivamente por servidores ocupantes de cargo efetivo, e os cargos em comissão, a serem preenchidos por servidores de carreira nos casos, condições e percentuais mínimos previstos em lei, destinam-se apenas às atribuições de direção, chefia e assessoramento;"

No mesmo diapasão, a Constituição do Estado de São Paulo dispõe:

"*Art. 111 - A administração pública direta, indireta ou fundacional, de qualquer dos Poderes do Estado, obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade, razoabilidade, finalidade, motivação, interesse público e eficiência.*

(...)

Art. 115 - Para a organização da administração pública direta e indireta, inclusive as fundações instituídas ou mantidas por qualquer dos Poderes do Estado, é obrigatório o cumprimento das seguintes normas:

(...)

II - a investidura em cargo ou emprego público depende de aprovação prévia, em concurso público de provas ou de provas e títulos, ressalvadas as nomeações para cargo em comissão, declarado em lei, de livre nomeação ou exoneração;

(...)

V - as funções de confiança, exercidas exclusivamente por servidores ocupantes de cargo efetivo, e os cargos em comissão, a serem preenchidos por servidores de carreira nos casos, condições e percentuais mínimos previstos em lei, destinam-se apenas às atribuições de direção, chefia e assessoramento;"

Dos dispositivos transcritos extrai-se, como exceção a essa regra, a previsão dos cargos em comissão.

Acesso ao Sumário

De acordo com a definição traçada por **Hely Lopes Meirelles**, cargo em comissão "*(...) é o que só admite provimento em caráter provisório, destinando-se apenas às atribuições de direção, chefia e assessoramento. A instituição de tais cargos é permanente, mas o seu desempenho é sempre precário, pois quem os exerce não adquire direito à continuidade na função, mesmo porque a exerce por confiança do superior hierárquico, daí a livre nomeação e exoneração (...)*" ("Direito Administrativo Brasileiro", Malheiros, 37ª ed., pág. 461).

Portanto, os cargos em comissão são aqueles que se destinam, exclusivamente, às atribuições de direção, chefia e assessoramento, demandando, paralelamente, a existência de relação de confiança entre o ocupante do cargo e o seu superior.

À luz do ordenamento jurídico pátrio, a criação de cargos comissionados para o desempenho de atribuições desprovidas dessas características não se afigura viável.

Tanto que o egrégio **Supremo Tribunal Federal** tem decidido que "***(...) É inconstitucional a criação de cargos em comissão que não possuem caráter de assessoramento, chefia ou direção e que não demandam relação de confiança entre o servidor nomeado e o seu superior hierárquico (...)***" (ADI nº 3.602/GO).

E não basta que a nomenclatura do cargo - "chefe", "diretor", "assessor", "coordenador", "supervisor", etc. - remeta às aludidas características. Estas devem decorrer, logicamente, da descrição das atribuições que o ocupante do cargo deverá desempenhar.

Daí a necessidade, também, de que a criação de cargos comissionados seja acompanhada da descrição pormenorizada, detalhada, das respectivas atribuições.

Nesse sentido, aliás, r. precedente deste colendo Órgão Especial, consoante se anota:

"***Ademais, verifica-se que a lei aludida não traz em seu bojo as descrições dos cargos criados, curial para averiguação da compatibilidade com o sistema constitucional, não bastando, para tanto, atribuir-lhes meros nomes de 'coordenadores', 'diretor' e 'chefe', não sanando o vício de descrição por meio de decreto, uma vez que a Constituição Bandeirante, em simetria com a Federal, exige lei em sentido formal para a definição dos cargos em comissão***" (ADI nº 0223305-20.2009.8.26.0000).

Tais premissas permitem concluir que a contratação de pessoal pela Administração, sem a realização de concurso público, através da criação de cargos em comissão, afigura-se excepcional, pressupondo a necessidade de atribuição de funções de assessoramento, chefia e direção, em sentido estrito, a pessoas que, no respectivo desempenho, manterão especial vínculo de confiança

Acesso ao Sumário

com seu superior.

Não é o que ocorre, no caso em apreço, em relação aos cargos de provimento em comissão previstos nos arts. 168 a 177 e 182, IX, da Lei nº 7.119, de 18 de abril de 2013, do Município de Guarulhos (Assessor de Gabinete I, Assessor de Gabinete II, Assessor de Gabinete III, Assessor de Gestão I, Assessor de Gestão II, Assessor de Gestão III, Assessor Especial de Gestão I, Assessor Especial de Gestão II, Assessor Especial de Gestão III, Assessor Especial de Gestão IV e Diretor de Departamento de Assessoria Jurídica).

Com efeito, no que se refere aos diversos cargos de Assessor de Gabinete I, II e III, Assessor de Gestão I, II e III, e Assessor Especial de Gestão I, II, III e IV, notoriamente, os ocupantes desses cargos desempenham serviços auxiliares que não se vinculam a qualquer tipo de política governamental, cumprindo atribuições de caráter geral nos escalões subalternos da organização administrativa, vale dizer, tarefas rotineiras, técnicas, burocráticas ou profissionais, para as quais não se exige especial relação de confiança.

De sua vez, o cargo de Diretor de Departamento de Assessoria Jurídica, têm funções relacionadas com o exercício da Advocacia Pública. De rigor que seja exercido por servidor efetivo da carreira da advocacia pública municipal. É o que se infere dos artigos 98 a 102 da Constituição Estadual, os quais se reportam ao modelo traçado pelo artigo 132 da Constituição Federal, no trato da advocacia pública estadual.

No geral, pois, os cargos elencados na inicial da presente ação têm atribuições meramente técnicas, profissionais, burocráticas e operacionais, evidenciando-se a natureza subalterna, a ausência de poder de mando e decisão, a desnecessidade do elemento fiduciário e, enfim, a ausência de correspondência com funções de direção, chefia ou assessoramento em sentido estrito.

Como consequência inarredável, tem-se que todos os cargos em referência devem ser reservados a pessoas recrutadas pelo sistema de mérito.

Não bastasse, importa ainda anotar que a norma guerreada padece também de inconstitucionalidade por traçar desarrazoada diferença remuneratória entre cargos com semelhantes atribuições.

Como registrado na inicial da presente ação, "*(...) As funções conferidas ao Assessor de Gabinete I, pelos incisos I, II,VI, IX do art. 168, são igualmente atribuídas ao Assessor de Gabinete II e III, pelos incisos I, II, III e V do art. 169 e I, II, III, V do art. 170. De igual modo, as atribuições do Assessor de Gestão I, elencadas nos incisos I, II, V e VI do art. 171, são as mesmas instituídas ao Assessor de Gestão II e III, pelos incisos I, II, III e V do art. 172 e incisos I, II, III e IV do art. 173, respectivamente. O mesmo ocorre com as incumbências legais do Assessor Especial de Gestão II, III e IV - incisos I, II, III,VII do art. 175, incisos I, II, VI do art. 176, e incisos I, III,VI e V do art. 177 - que são análogas*

Acesso ao Sumário

ao do Assessor Especial de Gestão I, conforme incisos I, II, III,VI do art. 174. Ressalta-se, ainda, a semelhança entre as atividades do Assessor Especial de Gestão II e III. (...)".

Efetivamente, uma análise comparativa das atribuições dos cargos em menção evidencia que as respectivas atividades são, de fato, similares. Apesar da utilização de expressões genéricas e imprecisas no rol de atribuições, a identidade dos cargos, para os quais não se exige qualquer requisito de investidura, é patente. Diante disso, não havendo qualquer fator de distinção que se preste a justificar, minimamente, a diferença de remuneração estabelecida - natureza, grau de responsabilidade, complexidade, peculiaridade do cargo, requisitos de investidura, etc. - importa reconhecer que o sistema de remuneração instituído é inconstitucional.

Consoante observou a douta Procuradoria Geral de Justiça, em sua prefacial, subscrita pelo ilustre Procurador-Geral de Justiça Dr. **Márcio Fernando Elias Rosa**:

"*(...) No caso em exame, o legislador municipal criou cargos de provimento em comissão para o exercício de funções estritamente técnicas ou profissionais, próprias dos cargos de provimento efetivo. Trata-se de funções que denotam a natureza profissional do vinculo entre seus agentes e a Prefeitura Municipal e que, por essa razão, só poderiam ser preenchidas por concurso público. (...)*" (pg. 13).

Ademais, "*(...) a Lei 7.119/13, no tocante aos cargos mencionados, desrespeitou o comando constitucional do art. 39, § 1º, da CF e, por conseguinte, violou o princípio da igualdade jurídica, ao conferir tratamento diferenciado a situações congêneres, valendo-se para tanto de critérios injustificáveis. (...)*" (pg. 27).

"*(...) Conclui-se, portanto, que dois vícios fulminam os cargos instituídos pela Lei 7.119/13, quais sejam, (i) implementação de cargos comissionados para desempenho de funções distintas de direção, chefia e assessoramento, e (ii) criação de um sistema de remuneração avesso à ordem constitucional vigente. (...)*" (pg. 28).

Patente, pois, a eiva de inconstitucionalidade, que deve ser aqui e agora reconhecida, por afronta aos artigos 98, 100, 111, 115, II e V, 144 e 297, da Constituição do Estado de São Paulo.

E essa situação não se altera pela existência de um termo de ajustamento de conduta firmado pela Municipalidade de Guarulhos com o Ministério Público daquela Comarca. Ao que se noticia, pelo referido Termo, o Município se comprometeu a adotar medidas destinadas a solucionar o problema atinente aos diversos cargos comissionados providos irregularmente na localidade, o que evidentemente não ocorreu, ante as inconstitucionalidades constatadas na

Acesso ao Sumário

presente ação.

Impõe-se finalmente que, com apoio no artigo 27, da Lei nº 9.868/99, os efeitos da presente declaração de inconstitucionalidade sejam modulados, como forma de conferir à Administração Municipal tempo hábil para promover a adequada organização de seus servidores. Por força dessa modulação, a douta maioria da egrégia Turma Julgadora deliberou que a proclamação de inconstitucionalidade somente terá eficácia após o decurso de 90 dias, contados da data do julgamento da presente ação, vencido nesse ponto específico o relator, que estabelecia o prazo de 120 dias.

Assim, por tais fundamentos, julga-se procedente a ação direta de inconstitucionalidade ajuizada pelo d. Procurador Geral de Justiça do Estado de São Paulo, a fim de declarar a inconstitucionalidade da Lei nº 7.119, de 18 de abril de 2013, do Município de Guarulhos, nas partes em que criou e regulamentou os cargos de provimento em comissão previstos nos arts. 168 a 177 e 182, IX (Assessor de Gabinete I, Assessor de Gabinete II, Assessor de Gabinete III, Assessor de Gestão I, Assessor de Gestão II, Assessor de Gestão III, Assessor Especial de Gestão I, Assessor Especial de Gestão II, Assessor Especial de Gestão III, Assessor Especial de Gestão IV e Diretor de Departamento de Assessoria Jurídica), nos exatos termos da inicial, com efeitos modulados **ex nunc**, após o decurso de 90 dias, contados da data do julgamento da ação. Comunique-se.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2137788-37.2014.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é autor PREFEITO DO MUNICÍPIO DE SUZANO, é réu PRESIDENTE DA CÂMARA MUNICIPAL DE SUZANO.

ACORDAM, em Órgão Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "JULGARAM A AÇÃO PROCEDENTE. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 25.476)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores JOSÉ RENATO NALINI (Presidente), TRISTÃO RIBEIRO, ANTONIO CARLOS VILLEN, ADEMIR BENEDITO, LUIZ ANTONIO DE GODOY, NEVES AMORIM, BORELLI THOMAZ, JOÃO NEGRINI FILHO, JOSÉ DAMIÃO PINHEIRO MACHADO COGAN, FERRAZ DE ARRUDA, EROS PICELI, GUERRIERI REZENDE, XAVIER DE AQUINO, ANTONIO CARLOS MALHEIROS, FERREIRA RODRIGUES, EVARISTO DOS SANTOS, MÁRCIO BARTOLI, JOÃO CARLOS SALETTI, ROBERTO MORTARI,

Acesso ao Sumário

LUIZ AMBRA, FRANCISCO CASCONI, PAULO DIMAS MASCARETTI e VANDERCI ÁLVARES.

São Paulo, 12 de novembro de 2014.

ARANTES THEODORO, Relator

Ementa: Ação direta de inconstitucionalidade. Lei nº 4.790/2014, do Município de Suzano, que "dispõe sobre a instituição de 'albergues municipais' para pessoas em situação de rua". Iniciativa parlamentar. Inconstitucionalidade reconhecida, já que cabe privativamente ao Executivo a iniciativa 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.

VOTO

Cuida-se de ação direta de inconstitucionalidade voltada contra a Lei nº 4.790, de 24 de junho de 2014, de iniciativa parlamentar, do Município de Suzano, que "*dispõe sobre a instituição de* '*albergues municipais*' *para pessoas em situação de rua em nosso Município e dá outras providências.*".

O autor alega que o aludido diploma fere os artigos 5º, 20, inciso III, 25, 47, inciso II e 111, da Constituição Paulista, aplicáveis ao caso por força do artigo 144, já que ele trata de tema da competência exclusiva do Chefe do Executivo e interfere na administração municipal, além de ter criado despesa sem fonte de custeio definida.

A liminar foi concedida.

O Presidente da Câmara Municipal prestou informações e juntou documentos (fls. 43/127).

O Procurador Geral do Estado manifestou-se no sentido de inexistir interesse estadual no feito e a Procuradoria-Geral de Justiça opinou pela procedência da ação.

É o relatório.

A propositura se volta contra a Lei nº 4.790, de 24 de junho de 2014, do Município de Suzano, de iniciativa parlamentar e que assim se apresenta:

Art. 1º. Dispõe ao Poder Executivo Municipal sobre a instituição de "*Albergues Municipais*" *para o acolhimento de pessoas em situação de rua em nosso município.*

Acesso ao Sumário

Art. 2º. O Poder Executivo Municipal através de seus órgãos competentes deverá dispor de profissionais coordenados por um(a) Assistente Social que realizará abordagem e o encaminhamento das pessoas aos "Albergues Municipais".

Parágrafo único – Os "Albergues Municipais" deverão disponibilizar além de profissionais da área técnica de Assistência Social, também profissionais da área da saúde e de espaços para atividades que redirecione o morador de rua a sociedade.

Art. 3º. O Poder Executivo Municipal poderá recorrer aos "Abrigos e Associações" (entidades de utilidade pública) regularmente legalizadas que prestam relevantes serviços à nossa sociedade, visando o atendimento de pessoas em situação de rua.

Art. 4º. O Poder Executivo Municipal regulamentará a presente lei no prazo de 90 (noventa) dias.

Art. 5º. As despesas decorrentes com a execução do presente Projeto de Lei decorrerão por conta de verbas próprias do orçamento vigente, suplementadas, se necessário.

Art. 6º. O Projeto de lei entrará em vigor na data de sua publicação, revogando as disposições em contrário." (sic).

Pois forçoso é reconhecer a inconstitucionalidade do aludido diploma.

Com efeito, o artigo 24, § 2º, da Constituição do Estado de São Paulo anuncia caber privativamente ao Chefe do Executivo dispor sobre "*criação e extinção das Secretarias de Estado e órgãos da administração pública*".

O artigo 47, inciso II, de seu turno, ao Executivo confere, também privativamente, a gestão da Administração Pública, o que naturalmente compreende a criação, alteração ou extinção de serviço ou atividade e tudo o que nisso está envolvido.

Tais dispositivos estão em consonância com os princípios anunciados no artigo 5º da Constituição Paulista e por simetria se aplicam aos municípios (art. 144).

Pois a lei aqui impugnada veio justamente a criar novo serviço público como se vê em seu corpo.

Além disso, a aludida lei instituiu despesa sem indicação da fonte de custeio, tendo desse modo violado agora a proibição contida no artigo 25 da Carta Estadual.

Afinal, a implantação de albergues municipais exige que a Administração municipal disponibilize estrutura material adequada à prestação desse serviço, proveja cargos, remunere o trabalho ou recorra a entidades de utilidade pública (art. 3º), providências que naturalmente implicam na criação de despesa.

Acesso ao Sumário

Em suma, manifesta se apresenta a contrariedade à Constituição Estadual.

Aliás, em casos similares nessa linha tem entendido este Órgão Especial, como exemplificam acórdãos assim ementados:

"*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.*" (ADIN nº 0156655-49.2013.8.26.0000, rel. Itamar Gaino, 5/2/2014).

"*Ação Direta de Inconstitucionalidade – Lei nº 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.*" (ADIN nº 0133848-35.2013.8.26.0000, rel. Grava Brasil, 9/10/2013).

Pelos motivos indicados, pois, julga-se procedente a ação para decretar a inconstitucionalidade da Lei nº 4.790, de 24 de junho de 2014, do Município de Suzano.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2114626-13.2014.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é autor PROCURADOR GERAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO, são réus PREFEITO DO MUNICÍPIO DE GUARULHOS e 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 24.820/14)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores JOSÉ RENATO NALINI (Presidente), ARANTES THEODORO, TRISTÃO RIBEIRO, ANTONIO CARLOS VILLEN, ADEMIR BENEDITO, LUIZ ANTONIO DE GODOY, NEVES AMORIM, BORELLI THOMAZ, JOÃO

Acesso ao Sumário

NEGRINI FILHO, JOSÉ DAMIÃO PINHEIRO MACHADO COGAN, FERRAZ DE ARRUDA, EROS PICELI, GUERRIERI REZENDE, XAVIER DE AQUINO, ANTONIO CARLOS MALHEIROS, FERREIRA RODRIGUES, EVARISTO DOS SANTOS, MÁRCIO BARTOLI, JOÃO CARLOS SALETTI, ROBERTO MORTARI, LUIZ AMBRA, FRANCISCO CASCONI e PAULO DIMAS MASCARETTI.

São Paulo, 12 de novembro de 2014.

VANDERCI ÁLVARES, Relator

Ementa: Ação direta de inconstitucionalidade em face da Lei Municipal de Guarulhos nº 6.980/13, que alterou a Lei nº 6.798/10, que dispunha sobre a "Área de Proteção Ambiental Cabuçu – Tanque Grande" e alterava a Lei nº 6.253/07, dispondo esta última sobre o "uso, a ocupação e o parcelamento do solo no Município de Guarulhos".

1. Não colhe guarida justificativa para alteração de zona de preservação ambiental no município de Guarulhos, incluindo-a na categoria "mista", embasada na construção do RODOANEL, obra já em andamento e aprovada pelo Governo Estadual, cabendo ao poder público municipal local, em verdade, um maior empenho em intensificar a preservação daquela reserva, em face do inevitável impacto ambiental já ocasionado pela construção do anel viário referido.

2. Alterar a classificação do zoneamento territorial, para o fim de permitir o desenvolvimento urbano em local de mata preservada, ofende os artigos 180, II, III e V, 181, 184, IV, 191, 192, 194, 196, 197 e 198, da Constituição Estadual, e 225, da Carta Magna.

3. Julgaram procedente a ação, para o fim de declarar a inconstitucionalidade da Lei nº 6.980/2011, do Município de Guarulhos.

VOTO

Vistos.

1. Trata-se de ação direta de inconstitucionalidade promovida pelo PROCURADOR GERAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO, em

Acesso ao Sumário

face da Lei nº 6.980/2013, do Município de Guarulhos, que alterou a Lei nº 6.798/10, que dispunha sobre a "***Área de Proteção Ambiental Cabuçu – Tanque Grande***" e alterava a Lei nº 6.253/07, dispondo esta última sobre o "***uso, a ocupação e o parcelamento do solo no Município de Guarulhos***".

Afirma o autor que a promulgação do diploma em exame violou o "*Princípio da Proibição de Retrocesso*", inserindo-se a região afetada na "*Reserva da Biosfera do Cinturão Verde da Cidade de São Paulo*", cujo desenvolvimento urbano agora permitido em face da novel legislação, que alterou a área para "zona mista" irá ofender a necessária preservação e proteção ao meio ambiente.

Demais – prossegue em seu parecer inicial, o autor – o desrespeito à necessária participação popular no processo legislativo viola os artigos 111, 180, *caput* e incisos II, III, IV e V, 181, *caput*, 184, *caput* e inciso IV, 191, 192, *caput* e § 1º, 194, *caput* e parágrafo único, 196, 197 e 198, da Constituição Estadual.

Nas informações que prestou, o digno Prefeito Municipal de Guarulhos justificou a necessidade de alteração de zoneamento, atribuindo a classificação "mista" para aquela antes preservada, com a finalidade de por ali permitir a passagem do RODOANEL, acesso viário em construção, já conhecido no Estado de São Paulo (fls. 383/390).

No mesmo sentido, o Presidente da Câmara Municipal local, opinou pela improcedência da ação, afirmando necessária a alteração do zoneamento em face da inevitável alteração daquela região com a chegada do RODOANEL, tendo sido respeitada a necessária audiência pública para discussão do caso (fls. 578/592).

O douto Procurador Geral de Justiça, em seu parecer final, opinou pela procedência da ação, entendendo persistir, não obstante as justificativas apresentadas, a ofensa às posturas constitucionais de preservação do meio ambiente, tal como apontado na inicial desta ação (fls. 812/821).

É o sucinto relatório.

2. Voto.

A ação é procedente.

A questão, embora envolva importante discussão relacionada ao meio ambiente, comporta solução descomplicada.

O quanto decidido no agravo regimental manejado Prefeito Municipal de Guarulhos bem resume o desfecho desta ação direta de inconstitucionalidade.

O alcaide daquela municipalidade afirma que a alteração de zoneamento proposta pela Lei nº 6.980/13, "***trará inúmeros benefícios à sociedade como um todo, visto que tal mudança busca concretizar a consecução do denominado RODOANEL, bem como melhorar a condição social da população ao redor***

Acesso ao Sumário

***do espaço em pauta*" (fls. 384)**.

Contudo, não foi exatamente essa a justificativa que apresentou ao Ministério Público, por ocasião da tramitação de expediente administrativo em face da mesma lei aqui submetida a controle de constitucionalidade.

Lá, conforme se observa no documento de fls. 210, dos autos digitais desta ação direta, o senhor Prefeito Municipal informou que a alteração do zoneamento "***justifica-se também pelo fato da área estar cercada por duas grandes áreas urbanizadas com altos índices de adensamento, por se tratar de um vazio apto à ocupação especialmente nos trechos contíguos à R. Silvestre Pires de Freitas e o fato de que pelo local passará o trecho norte do Rodoanel, o que poderá acarretar em descaracterização da situação atual e aumento da pressão por instalação de outros usos impactantes. Em consonância, propõe-se a alteração de parte da Zona de Proteção e Desenvolvimento Sustentável 2 – ZPDS2 no trecho proposto de maneira a adequar a situação de fato existente. É importante ressaltar que tal proposição não exclui o atendimento às restrições ambientais estabelecidas pelas legislações estadual e federal*" (o grifo não é do original)**.

Portanto, o rodoanel já é esperado por ali, não se tratando a alteração de zoneamento de uma adaptação local para, enfim, viabilizar sua construção.

O que intenta afirmar o senhor Prefeito é a imprescindibilidade da aplicação da Lei Municipal nº 6.980/11 para a consecução das obras do rodoanel, cuja paralisação traria danos irreparáveis à população e à cidade de Guarulhos.

Contudo, a conhecida obra rodoviária não se estriba em legislação municipal, mas em iniciativa do Governo do Estado de São Paulo, apenas cabendo a cada município empreender sua colaboração na execução do grandioso projeto, já em andamento.

A finalidade do legislador municipal, em verdade, é o aproveitamento do maior acesso ao município de Guarulhos obtido a partir da conclusão do trecho norte daquele anel viário, para expandir a área urbana da cidade, que "***carece de áreas vazias que possam*** (sic) ***receber empreendimentos para atender a grande demanda por habitação para a população de baixa renda***" (v. tb. fls. 66, do agravo regimental).

Esse movimento, conforme já acenado no despacho inicial, levou ao reconhecimento da presença dos requisitos necessários à então concessão da liminar, em face do possível prejuízo ao meio ambiente acaso se permitisse a alteração do cenário protegido pela anterior legislação local.

E agora, finalizada a entrega de pareceres, outra não foi a justificativa apresentada pelo Prefeito e pelo senhor Presidente da Câmara Municipal, que não a construção do RODOANEL, argumento já rebatido por ocasião do julgamento do agravo regimental.

Acesso ao Sumário

As disposições dos artigos 180, II, III e V, 181, 184, IV, 191, 192, 194, 196, 197 e 198, da Constituição Estadual, e 225, da Carta Magna, não se compatibilizam com as alterações trazidas pela norma aqui em exame, que pretende transformar em zona mista área ambiental já preservada por lei anterior, incumbindo, na verdade, à administração pública local, um maior empenho em intensificar a preservação daquela reserva, em face do inevitável impacto ambiental já ocasionado pela construção do anel viário referido.

3. *Ex positis*, pelo meu voto, julgo procedente a ação, para o fim de declarar a inconstitucionalidade da Lei nº 6.980/2011, do Município de Guarulhos.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2104722-66.2014.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é autor PREFEITO DO MUNICÍPIO DE SÃO JOSÉ DO RIO PRETO, é réu PRESIDENTE DA CÂMARA MUNICIPAL DE SÃO JOSÉ DO RIO PRETO.

ACORDAM, em Órgão Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "JULGARAM A AÇÃO IMPROCEDENTE. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 19.736)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores JOSÉ RENATO NALINI (Presidente), BORELLI THOMAZ, JOÃO NEGRINI FILHO, JOSÉ DAMIÃO PINHEIRO MACHADO COGAN, FERRAZ DE ARRUDA, EROS PICELI, GUERRIERI REZENDE, XAVIER DE AQUINO, ANTONIO CARLOS MALHEIROS, FERREIRA RODRIGUES, 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 e LUIZ ANTONIO DE GODOY.

São Paulo, 12 de novembro de 2014.

NEVES AMORIM, Relator

Ementa: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE – MUNICÍPIO DE SÃO JOSÉ DO RIO PRETO – LEI MUNICIPAL

Acesso ao Sumário

Nº 11.526, QUE ESTABELECE NORMA PARA O EMBARQUE/DESEMBARQUE DE PESSOAS DO SEXO FEMININO, EM PERÍODO NOTURNO – NÃO EXISTÊNCIA DE RESERVA DO PODER EXECUTIVO PARA SUA INICIATIVA – PREVISÃO LEGAL QUE NÃO REPRESENTA QUALQUER AUMENTO DE DESPESA, VEZ QUE A FISCALIZAÇÃO DAS ATIVIDADES EXERCIDAS POR PERMISSIONÁRIAS DE SERVIÇOS PÚBLICOS INSERE-SE NO PODER-DEVER DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA – CONSTITUCIONALIDADE RECONHECIDA – AÇÃO IMPROCEDENTE.

VOTO

Trata-se de Ação Direta de Inconstitucionalidade proposta pelo Sr. Prefeito do Município de São José do Rio Preto, postulando a declaração de inconstitucionalidade da Lei Municipal nº 11.526, de 26 de maio de 2014, promulgada pelo Presidente da Câmara Municipal, Paulo Roberto Ambrósio, que "estabelece norma para o embarque/desembarque de pessoas do sexo feminino, em período noturno, no transporte coletivo urbano do Município de São José do Rio Preto e Distritos".

Alega o autor que a lei de iniciativa parlamentar, apesar do veto total a ela oposto, afronta o princípio da separação de poderes e acarreta aumento de despesas sem indicação da fonte de custeio.

A liminar foi concedida para suspender a eficácia da lei impugnada.

A Presidência da Câmara Municipal deixou de prestar informações (fls. 58).

O Procurador Geral do Estado manifestou desinteresse na lide, por entender tratar-se de matéria exclusivamente local (fls. 50/52).

A D. Procuradoria Geral de Justiça ofereceu parecer opinando pela improcedência da ação (fls. 64/84).

É o relatório.

A Lei Municipal nº 11.526, de 26 de maio de 2014, do Município de São José do Rio Preto, objeto da demanda em causa, tem a seguinte redação:

"*Art. 1º – Esta lei estabelece norma para o embarque/desembarque de pessoas do sexo feminino, no período noturno, no transporte coletivo urbano no Município de São José do Rio Preto e Distritos.*

Art. 2º – Os condutores dos veículos utilizados para a prestação de serviço público de transporte coletivo urbano no Município de São José do Rio

Acesso ao Sumário

Preto e Distritos deverão, após as 22:00 (vinte e duas) horas, parar os ônibus para possibilitar o embarque/desembarque de pessoas do sexo feminino em qualquer local onde seja permitido estacionamento, no trajeto regular da respectiva linha, mesmo que nele não haja ponto de parada regulamentado.

Parágrafo único – Fica abrangida por esta lei qualquer linha de transporte coletivo que detenha concessão no Município, ou seja, de bairros regularizados ou não.

Art. 3º – As empresas do transporte coletivo urbano ficam obrigadas a colocar adesivos em local de alta visibilidade, no espaço interno de todos os ônibus e micro-ônibus utilizados no sistema viário, que informa sobre o número, autoria e conteúdo desta lei, no prazo de 60 (sessenta) dias.

Art. 4º – O Poder Executivo regulamentará a presente Lei no prazo de 60 (sessenta) dias, da data da sua publicação, no que se fizer necessário, inclusive na forma de fiscalização e sanção.

Art. 5º – Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação."

No caso em análise, o ato normativo impugnado não implica em violação ao princípio da separação e independência dos Poderes, insculpido no art. 2º da Constituição Federal e no art. 5º da Constituição do Estado de São Paulo, haja vista que não versou acerca de matéria que estaria inserida dentre aquelas sujeitas à iniciativa reservada do Prefeito Municipal.

Segundo a lição de Hely Lopes Meirelles: "*Leis de iniciativa exclusiva do prefeito são aquelas em que só a ele cabe o envio do projeto à Câmara. Nessa categoria estão as que disponham sobre a criação, estruturação e atribuição das secretarias, órgãos e entidades da Administração Pública Municipal; a criação de cargos, funções ou empregos públicos na Administração direta e autárquica, fixação e aumento de sua remuneração; o regime jurídico dos servidores municipais; e o plano plurianual, as diretrizes orçamentárias, os orçamentos anuais, créditos suplementares e especiais*" (v. "Direito Municipal Brasileiro", 17ª edição, São Paulo, Malheiros Editores, 2006, pp. 760/761).

O Presidente da Câmara Municipal de São José do Rio Preto ao promulgar a Lei Municipal nº 11.526 legislou tão somente sobre tema de interesse local da população, qual seja, embarque/desembarque fora dos pontos demarcados de passageiros do sexo feminino em transporte coletivo, no período noturno (após as 22h00), no âmbito de seu respectivo território.

Acesso ao Sumário

Em caso assemelhado, o Colendo **Supremo Tribunal Federal** ao julgar o Recurso Extraordinário nº 573040/SP, sob a relatoria do **Ministro Dias Toffoli**, posicionou-se pela constitucionalidade da Lei do Município de Mogi Guaçu, também de iniciativa legislativa parlamentar, que dispensava a parada de ônibus urbanos nos pontos normais de parada de embarque e desembarque de passageiros para portadores de deficiência física, por entender pela não existência de reserva do Poder Executivo para sua iniciativa, haja vista não haver interferência na

administração pública do transporte coletivo de passageiros, mas tão somente a permissão para que os coletivos parem em locais diversos dos demarcados:

"O Tribunal de origem assentou não serem inconstitucionais as Leis nºs 2.520/89 e 4.199/05, do Município de Mogi Guaçu, sob o fundamento de que ao referido município seria possível editar legislação sobre esse tema, sendo certo ainda, que eventual diploma nesse sentido editado poderia decorrer de iniciativa parlamentar.

Com efeito, tal entendimento está em sintonia com a jurisprudência desta Corte no sentido de que os municípios podem legislar sobre assuntos de interesse local, destacando-se que o transporte coletivo de passageiros no âmbito de seus respectivos territórios inegavelmente se insere dentro dessa qualificação.

Nesse sentido, citem-se os seguintes trechos de precedentes do Plenário desta Suprema Corte, assim dispondo:

> '(...) 1. A Constituição do Brasil estabelece, no que tange à repartição de competência entre os entes federados, que os assuntos de interesse local competem aos Municípios. Competência residual dos Estados-membros – matérias que não lhes foram vedadas pela Constituição, nem estiverem contidas entre as competências da União ou dos Municípios. 2. A competência para organizar serviços públicos de interesse local é municipal, entre os quais o de transporte coletivo [artigo 30, inciso V, da CB/88] (...)' (ADI nº 845/AP, Relator o Ministro Eros Grau, DJe de 7/3/08).
>
> '(...) A Carta de 1988 estabelece as esferas de competência dos entes federados para a definição das linhas de transporte coletivo de passageiros, cabendo aos Estados as intermunicipais e aos Municípios as intramunicipais, nada impedindo, obviamente, que o serviço de transporte intermunicipal se exerça no território municipal, utilizando-se, mesmo, de logradouros que também servem de itinerário para o transporte local (...)' (RE nº 107.337-EDv/RJ, Relator para o acórdão o Ministro Ilmar Galvão, DJ de 8/6/01).

E tampouco há que se falar em vício de iniciativa quanto à origem dessas leis, pois nenhuma delas interfere na administração pública municipal, pois se limitam, respectivamente, a disciplinar a concessão de identificação aos portadores de gratuidade legal para uso de meio de transporte público e a permitir que coletivos parem em locais diversos dos demarcados, para desembarque de passageiros portadores de deficiência.

Ora, tais diplomas legais em nada interferem com a administração pública, concernente ao transporte coletivo de passageiros, no âmbito do município de Mogi Guaçu, pois não impõem obrigações ao Chefe do Poder Executivo Municipal sobre o tema, tampouco disciplinam, de forma diversa à anteriormente existente, a forma de prestação desse serviço público, naquela cidade.

Acesso ao Sumário

Tampouco se pode afirmar que essas leis representam alguma ameaça ao equilíbrio econômico-financeiro do contrato celebrado com as concessionárias do serviço público em tela, pois, conforme bem destacado pelo acórdão atacado, a Lei local nº 2.520/89 encontrava-se em vigor há mais de 15 anos, quando do ajuizamento da presente ação, sem que se tivesse notícia da existência de problemas desse tipo, com relação a seu cumprimento.

Correta, pois, a decisão regional, a não merecer reparos.

Ante o exposto, nego provimento ao recurso extraordinário." (RE 573040/SP, rel. Min. Dias Toffoli, julgamento em 29/11/2011).

Além disso, a obrigação decorrente do ato normativo impugnado nos autos, muito embora imponha providência dos prestadores do serviço público de transporte coletivo de passageiros do Município de São José do Rio Preto, não guarda qualquer relação com o próprio serviço delegado e também não diz respeito a atos de gestão e organização da Administração, voltando-se exclusivamente à necessidade local de proteção e segurança das usuárias.

Neste contexto, é de se concluir que há competência legislativa concorrente, razão pela qual tanto o poder Legislativo quanto o Executivo são legítimos para iniciar o processo de formação de leis nessa seara. Desta forma, não padece a Lei nº 11.526 de vício de iniciativa, tampouco viola o princípio da tripartição de Poderes.

A propósito do tema, confiram-se julgados do Colendo Órgão Especial:

"*AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE – Lei municipal nº 733, de 14 de setembro de 2006, de Bertioga – Ingresso de gestantes em veículos de transporte coletivo, sem passar pela catraca – Vício de iniciativa não caracterizado – Facilitação de acesso ao transporte coletivo a determinada qualidade de passageiros, de conteúdo genérico, dentro do âmbito concorrente de atuação da Câmara dos Vereadores, no intuito de atender aos interesses das gestantes – Relevante questão social – Desequilíbrio contratual – Inocorrência – Ausência de isenção ou redução de tarifa – Impacto orçamentário inocorrente – Improcedência, cassada a liminar*" *(v. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 9035596-82.2006.8.26.0000, relator Desembargador MARCUS ANDRADE, j. 24/10/2007)*.

Acesso ao Sumário

Também não merece prosperar o argumento de que ao imputar tal obrigação às empresas de transporte coletivo impõe a fiscalização acerca do cumprimento ao Município, criando efetiva despesa, sem a fonte de custeio correspondente, pois como bem ressaltado no parecer da Procuradoria Geral de Justiça:

"*A imposição, ao Poder Executivo, do dever de fiscalizar o cumprimento da lei não significa violação ao princípio constitucional da separação de poderes e não implica criação de despesas sem a respectiva fonte de receita, uma vez que a fiscalização é inerente ao exercício regular do poder de polícia*

pelo Executivo, em relação ao cumprimento de todo o complexo das posturas municipais.

É função primária do Poder Executivo exercer o poder de polícia, fiscalizando o cumprimento das leis, inclusive aquelas editadas por iniciativa do Poder Legislativo.

Não fosse assim, só o cumprimento das leis de iniciativa do Poder Executivo seria objeto da fiscalização inerente ao poder de polícia, o que significaria, levando o raciocínio às últimas consequências, que as leis de iniciativa do Poder Legislativo seriam simples recomendações, sem cunho impositivo.

Isso seria a negação de toda a teoria em torno da qual se construiu o Estado de Direito.

Nesse sentido, vejamos:

'*Incidente de inconstitucionalidade – Lei nº 15.442, de 9 de setembro de 2011, do Município de São Paulo, que dispõe sobre a limpeza de imóveis, o fechamento de terrenos não edificados e a construção e manutenção de passeios, bem como cria o Disque-Calçadas; revoga as Leis nº 10.508, de 4 de maio de 1988, e nº 12.993, de 24 de maio de 2000, o art. 167 e o correspondente item constante do Anexo VI da Lei nº 13.478, de 30 de dezembro de 2002 – Projeto de iniciativa do Poder Legislativo – Sanção pelo Prefeito Municipal.*

1. A competência para criação de lei que impõe obrigações a particulares, quanto à construção e manutenção de calçadas contíguas a seus imóveis, é concorrente do Poder Legislativo e do Poder Executivo. Inocorrência de ofensa ao art. 24 da Constituição do Estado de São Paulo.

2. A imposição, ao Poder Executivo, do dever de fiscalizar o cumprimento da lei não significa violação ao princípio constitucional da separação de poderes e não implica criação de despesas sem a respectiva fonte de receita, uma vez que a fiscalização é inerente ao exercício regular do poder de polícia pelo Executivo, em relação ao cumprimento de todo o complexo das posturas municipais. Ausência de ofensa aos arts. 2º, 61, § 1º, II, b, da CF e 5º, 25, 47, II e 144 da Constituição Estadual.

(...)

Incidente de inconstitucionalidade improcedente.'

(TJSP, I. INC. Nº 0008436-60.2014.8.26.0000, Rel. Des. Itamar Gaino, 04.06.2014, g.n.) (fls. 68/70)."

Em caso análogo, também já decidiu esse Órgão Especial que "o dever de fiscalização do cumprimento das normas é conatural aos atos normativos e não tem, no caso, efeito de gerar despesas ao Município. Além disso, a matéria tratada na lei impugnada é de polícia administrativa, e as obrigações foram impostas

Acesso ao Sumário

aos particulares, exclusivamente" (v. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 0006247-80.2012.8.26.0000, relator Desembargador Guerrieri Rezende).

Em conclusão, não considero óbice à edição do ato normativo impugnado, porque não padece de qualquer inconstitucionalidade por vício material ou formal, mostrando-se adequado aos fins pretendidos, atinentes ao exercício do poder de polícia administrativa municipal, razão pela qual poderia mesmo decorrer de proposta parlamentar.

Assim, pelo meu voto, julgo improcedente a ação para declarar a constitucionalidade da Lei Municipal nº 11.526, de 26 de maio de 2014, do Município de São José do Rio Preto.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2101616-96.2014.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é autor PROCURADOR GERAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO, são réus PRESIDENTE DA CÂMARA MUNICIPAL DE LINDÓIA e PREFEITO MUNICIPAL DE LINDÓIA.

ACORDAM, em Órgão Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "JULGARAM A AÇÃO PROCEDENTE, COM MODULAÇÃO. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 27.124)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores JOSÉ RENATO NALINI (Presidente), ANTONIO CARLOS MALHEIROS, FERREIRA RODRIGUES, 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, FERRAZ DE ARRUDA, EROS PICELI e GUERRIERI REZENDE.

São Paulo, 12 de novembro de 2014.

XAVIER DE AQUINO, Relator

Ementa: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. Lei nº 1.305/13, do Município de Lindóia, de iniciativa parlamentar, que

Acesso ao Sumário

dispõe sobre a implantação do Programa "Jovens da Paz", com o objetivo de prestar assistência psicossocial aos usuários de substâncias psicoativas e aos seus familiares. Matéria referente à administração do município que é de iniciativa reservada do Chefe do Executivo. Violação aos artigos 5º, 47, II e XIV e 144 da Constituição do Estado de São Paulo. Lei impugnada que, de outra banda, não indicou os recursos de custeio do programa implantado, afrontando os artigos 25 e 176, I, da Carta Bandeirante. Lei autorizativa que esconde comando cogente. Executivo que não necessita de autorização para administrar, matéria a ele reservada. Precedentes da Corte. Ação procedente, declarando-se a inconstitucionalidade com modulação de seus efeitos para 60 (sessenta) dias.

VOTO

Trata-se de ação direta de inconstitucionalidade da Lei nº 1.305, de 18 de outubro de 2013, do Município de Lindóia, que autorizou o Poder Executivo a implantar o Programa "*Jovens da Paz*", com objetivo de prestar assistência psicossocial aos usuários de substâncias psicoativas e aos seus familiares.

Alega o Autor que a lei impugnada fere preceitos da Constituição Federal aplicáveis ao Município por força do artigo 144 da Constituição Estadual; fere também os artigos 5º, §§ 1º e 2º, 24, § 2º, II, 25 e 47, II, XIV e XIX, "a", todos da Carta Bandeirante, posto que as normas de iniciativa privada são de observância obrigatória pelos Estados-membros.

Aduz que compete ao Chefe do Executivo a "criação e extinção de Secretarias de Estado e órgãos da administração pública", o que compreende a fixação ou alteração das atribuições dos órgãos da administração pública, bem assim atos de administração e gestão que compõem a denominada reserva da Administração.

Sustenta que a alínea "a" do inciso XIX do artigo 47 fornece ao Chefe do Executivo a prerrogativa de dispor mediante decreto sobre a organização e funcionamento da administração estadual quando não implicar em aumento de despesa, nem criação ou extinção de órgão público.

Acrescenta que ao instituir programa administrativo, violando os artigos suso mencionados, ofende também o artigo 24, § 2º, II, posto impor atribuições ao Poder Executivo e que a lei autorizativa não desabona a conclusão de sua inconstitucionalidade, quando há invasão manifesta da gestão pública, de alçada do Chefe do Executivo.

Acesso ao Sumário

Pontofinaliza, dizendo que a norma combatida ao instituir programa de incumbência do Poder Executivo não indica recursos orçamentários necessários para a cobertura dos gastos advindos que são evidentes, porquanto ordenam atividades novas na Administração Pública, cuja instalação e desenvolvimento demandam meios financeiros que não foram previstos.

Processada sem liminar (fls. 396/397), manifestou-se o Procurador Geral do Estado pelo não interesse na defesa do ato impugnado (fls. 409/411).

O Presidente da Câmara Municipal prestou informações (fls. 417/438), alegando ausência de violação aos artigos constitucionais citados.

O Prefeito do Município de Lindóia também prestou informações (fls. 450/451), manifestando-se pela inconstitucionalidade da lei vergastada.

Parecer da douta Procuradoria Geral de Justiça pela procedência da ação.

É o relatório.

A ação é de ser julgada procedente.

Com efeito, trata-se de lei de iniciativa parlamentar que, *verbis*:

"*Autoriza o Poder Executivo a implantar o Programa* '*Jovens da Paz*' *no Município de Lindóia e dá outras providências*".

Art. 1º. O Poder Executivo fica autorizado a implantar o Programa '*Jovens da Paz*'*, com objetivo de prestar assistência psicossocial aos usuários de substâncias psicoativas e aos seus familiares.*

Parágrafo único. O Programa de que trata o caput poderá ser desenvolvido, no CRAS '*Centro de Referência e Assistência Social*'*, já instalado e ou que vierem a ser instalados no Município.*

Art. 2º. O Poder Executivo poderá celebrar convênio com instituições de ensino superior para que estudantes possam atuar no auxílio dos profissionais, na forma de estágio e voluntariamente.

Art. 3º. O Poder Executivo poderá regulamentar a presente lei, inclusive para definir competências e metas.

Art. 4º. As despesas advindas desta lei correrão por conta de dotações orçamentárias próprias, inclusive decorrentes do excesso de arrecadação, e, se necessário, poderão ser suplementadas.".

O Projeto de lei que recebeu o número 02/2013 obteve "veto integral" de parte do Chefe do Executivo, ao fundamento de que "*a própria natureza intrínseca da ação, independentemente da destinação de recursos é,* ***per se****, ato essencialmente administrativo, visto que consiste na escolha de estratégia e adoção de ações para a realização de política pública de atenção social, ou seja, constitui essencialmente* ***serviço público***."

E tem razão o Chefe do Executivo posto que ao editar a lei ora vergastada, a Câmara do Município violou os princípios da harmonia e independência entre os Poderes, invadindo a esfera de competência privativa do Executivo,

violando, dess'arte, os artigos 5º e 47, II e XIV da Constituição Bandeirante, que se subsumem à regra do artigo 144 do mesmo dispositivo, assim disciplinados:

"***Art. 5º – São Poderes do Estado, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário.***"

"***Art. 47 – Compete privativamente ao Governador, além de outras atribuições previstas nesta Constituição:***

II – exercer, com o auxílio dos Secretários de Estado, a direção superior da administração estadual;

XIV – praticar os demais atos de administração, nos limites da competência do Executivo;"

"***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.***"

Observe que ao dispor sobre programa "*Jovens da Paz*" com objetivo de prestar assistência psicossocial aos usuários de substâncias psicoativas e aos seus familiares, muito embora de notável cunho social, avança a Câmara Municipal em matéria de planejamento e gestão administrativa, típicas da competência privativa do Executivo e, mais, dispõe de forma generalizada sobre a criação de despesas, indicando também de forma geral recursos oriundos de "excesso de arrecadação", violando, dess'arte, os artigos 25 e 176, I da Carta Estadual, ***verbis***:

Artigo 25 *– Nenhum projeto de lei que implique a criação ou o aumento de despesa pública será sancionado sem que dele conste a indicação dos recursos disponíveis, próprios para atender aos novos encargos;...*"

e

Artigo 176 *– São vedados:*

I *– o início de programas, projetos e atividades não incluídos na lei orçamentária anual;...*"

Ora, ao editar a lei impugnada, criando atribuição ao Poder Executivo sem especificar qual a fonte de custeio, mais uma vez invade a Câmara Municipal a seara de atribuições exclusivas do Executivo, afrontando também o artigo 174, III da Constituição Bandeirante, que é claro ao estabelecer que "leis de iniciativa do Poder Executivo" estabelecerão, com observância de seus preceitos, os orçamentos anuais.[1]

É do dizer de Hely Lopes Meirelles que:

"*A atribuição típica e predominante da Câmara é a normativa, isto é, a*

1 **Artigo 174** – "Leis de iniciativa do Poder Executivo estabelecerão, com observância dos preceitos correspondentes da Constituição Federal: **I** – o plano plurianual; **II** – as diretrizes orçamentárias; **III** – os orçamentos anuais.".

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 sua execução. Não compõe nem dirige o funcionalismo da Prefeitura, edita, tão-somente, preceitos para sua organização e direção. Não arrecada 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. Eis aí a distinção marcante entre a missão normativa da Câmara e a função executiva do prefeito; o Legislativo delibera e atua com caráter regulatório, genérico e abstrato, o Executivo consubstancia os mandamentos da norma legislativa em atos específicos e concretos de administração. (...) A interferência de um Poder no outro é ilegítima, por atentatória à 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. Em sua função normal e predominante sobre as demais, a Câmara elabora leis, isto é, normas abstratas, gerais, e obrigatórias de conduta. Esta é sua função específica, bem diferenciada da do Executivo, que é a de praticar atos concretos de administração (...) Daí não ser permitido à Câmara intervir direta e concretamente nas atividades reservadas ao Executivo, que pedem provisões administrativas especiais manifestadas em ordens, proibições, concessões, permissões, nomeações, pagamentos, recebimentos, entendimentos verbais ou escritos com os interessados, contratos, realizações materiais da Administração e tudo o mais que se traduzir em atos ou medidas de execução governamental" *(Direito Municipal Brasileiro, 1ª ed, São Paulo, Malheiros. 2000. p. 506-507 – ADIN 152220-0/9-00).*

Acesso ao Sumário

Nem se diga que em sendo "autorizativa", a lei em comento não cria obrigações para o Executivo, posto que é da simples leitura de seu texto, a observância de sua cogência.

A propósito, cabe trazer à colação julgado da lavra do eminente Desembargador Renato Nalini que, em questão semelhante assim deixou assente:

"*À evidência, a lei vulnera a ordem fundante ao invadir esfera reservada à chefia do Executivo local.*

Administrar é fazer cumprir a lei sem controvérsia e, no Estado de Direito, tudo aquilo que não é proibido recai no espaço do que é lícito e

permitido ao administrador.

Assim, não dependeria o Prefeito de autorização da Câmara para implantar o serviço social na rede pública municipal de ensino.

Ocorre que a criação ou instituição de um projeto desses recai na esfera da discricionariedade do administrador. Ele não pode ser compelido pela Edilidade a promover intentos que não encontrem eco nos seus critérios de oportunidade e conveniência.

Por isso é que ao editar a lei inquinada, a Câmara Municipal de SUZANO sacrificou o dogma da separação de poderes, sacramentado em todo o ordenamento e preservado também na terceira das categorias integrantes da Federação.

Além disso, nítida a criação de um encargo sem a necessária provisão financeira. Não é permitido à Câmara do Município instituir despesas sobre as quais o Executivo não tenha controle, nem tenha sido objeto de expressa previsão.

***Quanto à inconstitucionalidade de leis autorizativas**, que encobrem verdadeiro comando à Administração, a jurisprudência é prenhe de similares em que o tema foi exaustivamente examinado, em desfavor da tese da Edilidade. Como bem ponderou a douta PROCURADORIA GERAL DE JUSTIÇA, '**Deve-se atentar para o fato de que o Executivo não necessita de autorização para administrar e, no caso em análise, não a solicitou.**'."*[2] **(g.n.)**

Outro caminho não há, pois, se não o reconhecimento da inconstitucionalidade da Lei nº 1.305, de 18 de outubro de 2013, do Município de Lindóia na esteira, aliás, de julgados do Colendo Órgão Especial desta Corte que em situações semelhantes, assim decidiu:

"**2049626-66.2014.8.26.0000:** Direta de Inconstitucionalidade/Atos Administrativos

Relator: Antonio Luiz Pires Neto

Comarca: São Paulo

Órgão julgador: Órgão Especial

Data do julgamento: 04/06/2014

Data de registro: 06/06/2014

estabelece a criação de despesas sem indicar os recursos disponíveis para atender aos novos encargos. Ofensa às disposições dos artigos 5.º, 25 e 47, incisos II, XIV e XIX, alínea 'a' e art. 144, todos da Constituição Estadual. Inconstitucionalidade manifesta. Ação julgada procedente.";

"*AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE – Lei nº 4.968, de*

2 Adin nº 0068540-23.2011.8.26.0000/Suzano, j. em 24/11/2011, Relator Des. RENATO NALINI

Acesso ao Sumário

14 de abril de 2010, do Município de Catanduva, editada a partir de proposta parlamentar, que autorizou a implantação do serviço 'Disque Idoso' no âmbito daquele Município – Legislação que versa questão atinente ao planejamento, à organização, à direção e à execução dos serviços públicos, atos de governo afetos à competência exclusiva do Chefe do Poder Executivo local – Inobservância da iniciativa reservada conferida ao Prefeito que acabou por implicar em afronta ao princípio da separação dos poderes – Fato da legislação questionada conferir simples autorização ao Poder Executivo para a prática do ato nela previsto que não afasta a mácula atinente à invasão de competência, visto que o prefeito não necessita de autorização para o exercício de competência que lhe foi constitucionalmente atribuída – Previsão legal, ademais, que acarreta o aumento de despesas do Município, sem que se tivesse declinado a respectiva fonte de custeio – Vícios de inconstitucionalidade aduzidos na exordial que, destarte, ficaram evidenciados na espécie, por afronta aos preceitos contidos nos artigos 5º, 25 e 47, incisos II e XIV, todos da Constituição do Estado de São Paulo – Precedentes desta Corte – Ação Direta de Inconstitucionalidade julgada procedente" (ADIN nº 0269410-50.2012.8.26.0000, Rel. Des. Paulo Dimas Mascaretti, j. 08/05/2013).

"*Ação direta de inconstitucionalidade – Lei do Município de Suzano, de iniciativa parlamentar, que cria programa de assistência à gestante e ao recém-nascido – Vício de iniciativa – Violação ao princípio da separação de Poderes (art. 5º, da Constituição Estadual) – Ingerência na competência do Executivo, por atribuir-lhe obrigações e interferir em questões atinentes à administração pública. Ação procedente*" (ADIN nº 0027900-41.2012, Rel. Des. Ênio Zuliani, j. 12/09/2012).

Diante do exposto, julgo procedente a ação, declarando a inconstitucionalidade da Lei nº 1.305 de 18 de outubro de 2013, do Município de Lindóia. Tendo em vista que não houve concessão de liminar ***ab ovo***, estando a lei vergastada em plena eficácia, modulo seus efeitos para 60 (sessenta) dias, evitando-se prejuízo imediato a eventual atendimento psicossocial em curso.

Façam-se as devidas comunicações.

Acesso ao Sumário

Agravos Regimentais

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo Regimental nº

0150530-65.2013.8.26.0000/50000, da Comarca de São Paulo, em que é agravante PÁTIO SANTO AMARO ESTACIONAMENTO S/S LTDA. – EPP, é agravada FAZENDA 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 21.566)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores JOSÉ RENATO NALINI (Presidente), EROS PICELI, ELLIOT AKEL, GUERRIERI REZENDE, 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, ADEMIR BENEDITO, LUIZ ANTONIO DE GODOY, NEVES AMORIM, BORELLI THOMAZ, JOÃO NEGRINI FILHO e JOSÉ DAMIÃO PINHEIRO MACHADO COGAN.

São Paulo, 22 de outubro de 2014.

JOSÉ RENATO NALINI, Presidente e Relator

Ementa: Agravo regimental – Pedido de intervenção federal no Estado de São Paulo – Indeferimento – Ausência de atuação dolosa com a finalidade deliberada de descumprir decisão judicial – Agravo não provido.

VOTO

Vistos, etc.

Irresignada com a decisão de fls. 104/106, que indeferiu o pedido de intervenção federal, Pátio Santo Amaro Estacionamento S/S Ltda. – EPP interpôs agravo regimental, sob a alegação de que houve desídia e inércia por parte do Poder Executivo Estadual no cumprimento de ordem judicial.

É uma síntese do necessário.

Conforme consignado na decisão recorrida, a intervenção federal não se justifica se o descumprimento da decisão judicial não resultou de ato doloso da Administração.

No caso dos autos, o Estado de São Paulo vem tomando as providências cabíveis para a viabilização do cumprimento da decisão judicial, devendo considerar-se a natural dificuldade na remoção de grande quantidade de bens

Acesso ao Sumário

apreendidos judicialmente, em face das medidas concretas que vêm sendo tomadas.

Se não há a vontade deliberada do Estado de descumprir decisão judicial, injustificável se mostra o decreto de intervenção.

E tem sido nesse sentido o entendimento do Supremo Tribunal Federal, conforme se verifica do julgado abaixo, cuja ementa é a seguinte:

> "AGRAVO REGIMENTAL. INTERVENÇÃO FEDERAL. INEXISTÊNCIA DE ATUAÇÃO DOLOSA POR PARTE DO ESTADO. INDEFERIMENTO. PRECEDENTES.
>
> 1. Decisão agravada que se encontra em consonância com a orientação desta Corte, no sentido de que o descumprimento voluntário e intencional de decisão judicial transitada em julgado é pressuposto indispensável ao acolhimento do pedido de intervenção federal.
>
> 2. Agravo regimental improvido" (Agravo Regimental na Intervenção Federal nº 5.050-2, São Paulo, Relatora Ministra Ellen Gracie, julgado em 06/03/2008).
>
> Ante o exposto, nega-se provimento ao agravo regimental.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo Regimental nº 2173108-51.2014.8.26.0000/50000, da Comarca de São Paulo, em que é agravante FAZENDA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO, é agravado JUÍZO DE DIREITO DA 2ª VARA FAZENDA PÚBLICA DA CAPITAL.

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 21.571)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores JOSÉ RENATO NALINI (Presidente), EROS PICELI, ELLIOT AKEL, GUERRIERI REZENDE, XAVIER DE AQUINO, ANTONIO CARLOS MALHEIROS, FERREIRA RODRIGUES, 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 e JOSÉ DAMIÃO PINHEIRO MACHADO COGAN.

Acesso ao Sumário

São Paulo, 29 de outubro de 2014.
JOSÉ RENATO NALINI, Presidente e Relator

Ementa: Agravo Regimental - Indeferimento do pedido de suspensão da liminar concedida, pela qual reconheceu-se aos impetrantes o direito de receber seus proventos, sem a incidência do redutor salarial - Não demonstração do efeito multiplicador - Inexistência de perigo de lesão à ordem e economia públicas - Agravo não provido.

VOTO

Vistos, etc.

Irresignada com a decisão que indeferiu o pedido de suspensão dos efeitos da liminar concedida nos autos de Mandado de Segurança nº 1036920-06.2014.8.26.0053, a Fazenda do Estado de São Paulo interpôs agravo regimental sob a alegação de perigo de lesão à ordem e economia públicas, bem como que as decisões negam vigência ao art. 37, inciso XI da Constituição Federal, e a ocorrência do denominado "efeito multiplicador".

É uma síntese do necessário.

O recurso não comporta provimento, pois, ao reverso do afirmado, não se acham presentes os requisitos necessários à suspensão dos efeitos da liminar concedida nos autos do mandado de segurança.

A suspensão dos efeitos da liminar pelo presidente do tribunal competente para conhecer do recurso constitui medida excepcional e urgente, de forma a evitar grave lesão à ordem, à saúde, à segurança e à economia pública, quando manifesto o interesse público, ou em caso de flagrante ilegitimidade, nunca consistindo em sucedâneo do recurso de agravo.

Segundo pacífica diretriz do Pretório Excelso, a lesão à ordem pública, que consiste no regular andamento das obras, execução dos serviços e no exercício das funções da administração pública, deve ser demonstrada de forma inequívoca (SS 3449 AgR, Relator(a): Min. GILMAR MENDES (Presidente), Tribunal Pleno, julgado em 17/09/2009, DJe-191, DIVULG 08-10-2009, PUBLIC 09-10-2009, EMENT VOL-02377-01, PP-00115), o que não ocorre no caso *sub examine*.

Convém remarcar a perfeita reversibilidade da ordem hostilizada, que reconheceu o direito dos impetrantes em receber seus proventos, sem a incidência do redutor salarial, haja vista que, reconhecida a legitimidade dos descontos a final, estará a Administração autorizada a empreender os decotes

Acesso ao Sumário

contrastados, sem prejuízo ao erário.

Sobreleva ainda observar a inexistência, *in casu*, do chamado *efeito multiplicador*, não especificado o universo de servidores ou beneficiários supostamente enquadrados na mesma situação jurídica do impetrante e o impacto financeiro de uma eventual extensão do *decisum* frente ao todo do orçamento da pessoa jurídica devedora.

Assim, ausentes os requisitos legais, o caso era mesmo de indeferimento da almejada suspensão dos efeitos da liminar, conforme pacífica diretriz deste elevado colegiado (cf. Agravos Regimentais nº 0282131-68.2011.8.26.0000/50000, nº 0016430-13.2012.8.26.0000/50000, nº 0000681-53.2012.8.26.0000/50000, nº 0269814-38.2011.8.26.0000/50000 e nº 0024646-60.2012.8.26.0000/50000, dentre outros).

Posto isso, **nega-se** provimento ao agravo regimental.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo Regimental nº 2165948-72.2014.8.26.0000/50000, da Comarca de São Paulo, em que são agravantes GOVERNADOR DO ESTADO DE SÃO PAULO GERALDO ALCKIMIN e FAZENDA DO ESTADO DE SÃO PAULO, é agravado SÍLVIO BLANCACCO.

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 39.633)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores JOSÉ RENATO NALINI (Presidente sem voto), XAVIER DE AQUINO, ANTONIO CARLOS MALHEIROS, FERREIRA RODRIGUES, 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 e ELLIOT AKEL.

São Paulo, 29 de outubro de 2014.

GUERRIERI REZENDE, Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: I - Agravo regimental. Decisão do relator que deferiu liminar para restabelecer a aposentadoria, que fora cassada, até decisão do 'writ'. A cassação da aposentadoria, como forma de sanção disciplinar, não é mais compatível com a nova ordem constitucional após a promulgação da EC 03/93 e 20/98. Precedentes deste colendo Órgão Especial.

II - Presença dos requisitos ensejadores para a concessão da tutela de urgência. Livre convicção motivada do relator, reconhecendo a existência de tais requisitos.

III - Agravo improvido.

VOTO

1. Agravo interposto com base no artigo 253 do Regimento Interno desta Corte, contra a decisão de fls. 289/291 que, em sede de mandado de segurança, deferiu a liminar para cessar os efeitos da pena de cassação da aposentadoria. A agravante alega não estarem presentes os requisitos ensejadores da tutela de urgência e que a penalidade de cassação da aposentadoria é legal e constitucional e pleiteia a reforma da decisão impugnada.

2. A decisão agravada tem o seguinte conteúdo:

"*Vistos,*

***1.** Mandado de Segurança impetrado por Silvio Blancacco, investigador de polícia inativo, em face do Excelentíssimo Senhor Governador do Estado de São Paulo, visando anular decisão administrativa do Secretário de Segurança Pública que cassou sua aposentadoria.*

Em apertada síntese, há processo administrativo visando aferir a responsabilidade de Silvio por crime de peculato, corrupção ativa e passiva e formação de quadrilha para facilitar a prática de jogos de azar. Segundo consta da inicial, o recurso administrativo foi indeferido em 27.05.2014 e há pedido de reconsideração não analisado. O impetrante alega violação do princípio da presunção de inocência (art. 5º, LVIII, da Constituição Federal); não ser o Secretário da Segurança autoridade competente para aplicar a penalidade de cassação de aposentadoria e que não houve, até a presente data, reexame do ato considerado abusivo pelo Governador do Estado (art. 119, § 5º da Lei Orgânica da Polícia Civil de São Paulo). Assevera, ainda, que as leis que preconizam a cassação de aposentadoria como sanção disciplinar são incompatíveis com a nova ordem constitucional estabelecida a partir da promulgação das EC nºs. 03/93 e 20/98.

Pretende a anulação da decisão administrativa de fls. 246/252, o

Acesso ao Sumário

restabelecimento de sua aposentadoria, bem como o pagamento imediato dos proventos que não foram pagos desde setembro de 2013. Pleiteia, ainda, que a autoridade impetrada, ao examinar o recurso administrativo, se abstenha de cassar sua aposentadoria.

***2.** Concedo os benefícios da justiça gratuita à impetrante, nos termos do art. 4º da Lei n. 1.060/50.*

***3.** Cuidando-se de penalidade que implica a supressão de verba alimentar, **defiro em parte** a liminar pleiteada tão somente para restabelecer a aposentadoria do impetrante até o julgamento deste writ.*

***3.1.** Justifico a decisão com precedente do Colendo Órgão Especial desta Corte de Justiça que, em Sessão Plenária ocorrida em 03.09.2014, no julgamento do Agravo Regimental nº 2112408-12.2014.8.26.0000.50000, concedeu a liminar para restabelecer o pagamento de aposentadoria:*

> *'AGRAVO INTERNO - Mandado de Segurança - Impetração em face de ato do Governador do Estado de São Paulo, consistente na aplicação de pena de cassação de sua aposentadoria - Indeferimento da medida liminar por ato do relator - Decisório que não merece subsistir - Hipótese em que há plausibilidade do direito substancial alegado, evidenciando-se também o risco de dano irreparável ao direito do impetrante com a concessão do provimento invocado apenas em cognição exauriente - Autor que indica a inexistência de razões para que, após a prolação da sentença na ação penal, fosse determinado o imediato prosseguimento do processo administrativo disciplinar, com a subsequente condenação, sem que nem ao menos fosse submetida ao Governador do Estado a proposta anteriormente formulada para a suspensão daquele feito até final solução na esfera criminal, máxime diante da possibilidade de reversão daquela decisão de primeiro grau na instância recursal - Sanção de cassação de aposentadoria, de qualquer modo, que não mais subsiste após a vigência da Emenda Constitucional nº 20/98 - Agravante que, de resto, ficou privado de sua única fonte de subsistência, evidenciando o perigo de dano com o não deferimento da providência requerida - Presença, destarte, dos requisitos preconizados no art. 7º da Lei nº 12.016/2009, impondo realmente a concessão do provimento liminar pleiteado - Agravo provido'.*

***4.** Processe-se o writ, notificando-se a autoridade considerada coatora para que preste as informações pertinentes.*

***5.** Dê-se ciência do feito ao órgão de representação judicial da pessoa jurídica interessada, para que, querendo, ingresse no feito.*

***6.** Após, remetam-se os autos à d. Procuradoria Geral de Justiça, para manifestação.*

***7.** Por fim, tornem-me conclusos para os devidos fins."*

3. Em análise à decisão objurgada, a insurgência não merece prosperar.

Acesso ao Sumário

Ao decidir monocraticamente por conceder ou não a liminar em mandado de segurança, o Relator deve observar se estão simultaneamente presentes os requisitos autorizadores do artigo 7º, inciso III, da Lei nº 12.016/09. Assim, será deferida quando houver fundamento relevante **e** do ato impugnado puder resultar a ineficácia da medida, caso seja finalmente deferida.

In casu, a liminar foi concedida para restabelecer a aposentadoria que fora cassada até decisão do mandado de segurança. Não se desconsidera aqui a gravidade da acusação, porém entendo não estarem presentes os "motivos determinantes" para que fosse aplicada a pena de cassação de aposentadoria. No processo administrativo disciplinar DGP nº 09.635/2011 a Equipe da Corregedoria Geral de Polícia recomenda sobrestar o processo administrativo até decisão final do processo criminal nº 597.01.2009.004974-6, ainda em trâmite perante a Vara Criminal da Comarca de Sertãozinho (fls. 199/208). A medida, também, foi sugerida pelo Conselheiro Relator do Conselho da Polícia Civil, com fundamento nos art. 65, § 3º da Lei Orgânica da Polícia (fls. 220/224) e pela Consultoria Jurídica da Secretaria de Segurança Pública que a despeito da gravidade do fato, entendeu ser prudente aguardar o julgamento da ação penal para melhor complementação da instrução e evitar decisões conflitantes, pontuou ainda que o direito da Administração aplicar eventual penalidade estaria preservada, pois não correria o prazo prescricional (nº 1, § 4º do art. 80 da Lei Complementar nº 207/79) - fls. 236/244.

De outra banda, este colendo Órgão Especial, assentou entendimento de que após a vigência das Emendas Constitucionais nºs 03/93 e 20/98 a cassação da aposentadoria, como forma de sanção disciplinar, não é mais compatível com a nova ordem constitucional e implicaria na violação dos princípios da dignidade da pessoa humana, do direito adquirido e da segurança jurídica. Exemplo disso são os julgamentos do Mandado de Segurança nº 0388683- 91.2010.8.26.0000, do Agravo Regimental nº 2112408-12.2014.8.26.0000/50000 (ambos da relatoria do Des. Paulo Dimas Mascaretti) e do Mandado de Segurança nº 0005462-84.2013.8.26.0000, da relatoria do Des. Elliot Akel, j. 05.06.2013, com a seguinte ementa:

"*MANDADO DE SEGURANÇA - PROCESSO ADMINISTRATIVO - PENA DE DEMISSÃO E CASSAÇÃO DA APOSENTADORIA - COMPROVAÇÃO DE QUE A SERVIDORA FORJOU DOCUMENTOS PARA JUSTIFICAR AUSÊNCIAS AO TRABALHO - GRAVE INFRAÇÃO A DEVER FUNCIONAL - ART. 178, XII, DA LEI Nº 8.989/79 DO MUNICÍPIO DE SÃO PAULO - PREVISÃO DA PENA DE DEMISSÃO - ART. 188, INCISO III, DA LEI MUNICIPAL Nº 8.989/79 DO MUNICÍPIO DE SÃO PAULO - IMPOSSIBILIDADE, NA VIA ELEITA, DE REAVALIAÇÃO DAS PROVAS COLHIDAS NO INQUÉRITO E DE DISCUSSÃO DO MÉRITO DO ATO ADMINISTRATIVO PELO PODER JUDICIÁRIO - DESCABIMENTO,*

Acesso ao Sumário

CONTUDO, DA CASSAÇÃO DA APOSENTADORIA COMO FORMA DE SANÇÃO DISCIPLINAR - INCOMPATIBILIDADE COM A NOVA ORDEM CONSTITUCIONAL, A PARTIR DA PROMULGAÇÃO DAS EMENDAS N. 03/93 E 20/98 - SISTEMA PREVIDENCIÁRIO DO SERVIDOR QUE PASSOU A TER CARÁTER RETRIBUTIVO - PRECEDENTE DO ÓRGÃO ESPECIAL - SEGURANÇA CONCEDIDA EM PARTE."

A aposentadoria deixou de ser um prêmio concedido pela Administração Pública ao servidor que cumpriu com suas obrigações funcionais e passou a ser entendida à semelhança de um contrato de seguro. Como bem observou o eminente Desembargador Paulo Dimas Mascaretti no Agravo Regimental nº 2112408-12.2014.8.26.0000/50000, "*Inafastável, pois, a conclusão de que com a exigência de contribuição previdenciária visando financiar a futura aposentadoria, o processo administrativo disciplinar que conclui pela pena de cassação do benefício previdenciário viola diretamente o artigo 40, caput, e § 5º do artigo 195, ambos da Constituição da República, pois como mencionado acima, o sistema previdenciário tornou-se retributivo, o que acarreta na concessão e manutenção do benefício, após o implemento do tempo exigido de contribuição*".

4. Destarte, quando do ato de deferimento ou indeferimento de liminar, o Des. Relator já esgotou a sua competência outorgada pela norma legal. Assim, nova avaliação é possível pelo Colegiado, mas, na hipótese, vincada à ilegalidade manifesta sob pena de frustrar o julgamento do mérito da demanda constitucional. Inexistindo, assim, decisão teratológica ou em confronto com a lei, com súmula ou com jurisprudência dominante nos Tribunais Superiores, não deve o colegiado reapreciar a questão neste momento processual, antecipando indevidamente o mérito, com violação das normas retoras da bilateralidade da audiência, do contraditório e do princípio do "juiz natural".

5. Com base em tais fundamentos, **mantém-se a decisão agravada e nega-se provimento ao recurso.**

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo Regimental nº 2081117-91.2014.8.26.0000/50000, da Comarca de Guarulhos, em que é agravante FAZENDA DO ESTADO DE SÃO PAULO, são agravados PRESIDENTE DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO e DESEMBARGADOR COORDENADOR DIRETORIA EXECUÇÃO PRECATÓRIOS 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. IMPEDIDO O EXMO. SR. DES. JOSÉ RENATO NALINI. JULGAMENTO PRESIDIDO PELO EXMO. SR. DES. EROS PICELI.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 31.050)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores EROS PICELI (Presidente), GUERRIERI REZENDE, XAVIER DE AQUINO, ANTONIO CARLOS MALHEIROS, FERREIRA RODRIGUES, 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 e FERRAZ DE ARRUDA.

São Paulo, 12 de novembro de 2014.

EROS PICELI, Relator

Ementa: Agravo Regimental – Decisão que deixa de atribuir efeito suspensivo a recurso ordinário em mandado de segurança – Decisão que não se revela teratológica, manifestamente ilegal e em confronto com decisão de tribunal superior – Agravo não provido.

VOTO

Vistos, etc.

Irresignado com a decisão de fls. 122/123 que, ao determinar o processamento do recurso ordinário, negou-lhe o efeito suspensivo, o Estado de São Paulo interpôs agravo regimental sob a alegação de que o efeito suspensivo pleiteado merece ser concedido, uma vez que o ato impugnado é manifestamente ilegal, teratológico e contrário ao decidido pelo STF nas ADIs nºs 1098/SP e 2924/SP.

É uma síntese do necessário.

Sem embargo de zelo e cuidado que se reconhece na atuação dos ilustres subscritores, o recurso descomporta provimento.

Conforme consignado na decisão recorrida, é entendimento consolidado no âmbito do colendo Superior Tribunal de Justiça ser possível atribuir-se

Acesso ao Sumário

efeito suspensivo a recurso ordinário, mas isso somente se a decisão atacada for teratológica ou manifestamente ilegal, ou quando se cuidar de decisão que esteja a contrariar súmula do STJ (AgRg na MC 17.374/MS, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 16/12/2010, DJe 14/02/2011), situações que não ocorrem no caso vertente.

Diante de tal quadro, não era mesmo de se atribuir efeito suspensivo ao recurso ordinário, orientação confortada por expressiva linha de julgados deste eg. Órgão Especial (cf. AgRg nºs 0229887-36.2009 e 0371757-69.2009, *verbi gratia*).

Por estes fundamentos, **nega-se** provimento ao agravo regimental.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo Regimental nº 2178745-80.2014.8.26.0000/50000, da Comarca de São Paulo, em que é agravante FAZENDA DO ESTADO DE SÃO PAULO, é agravado JUÍZO DE DIREITO DA 3ª VARA DA FAZENDA PÚBLICA DA CAPITAL.

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 21.575)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores JOSÉ RENATO NALINI (Presidente), EROS PICELI, GUERRIERI REZENDE, XAVIER DE AQUINO, ANTONIO CARLOS MALHEIROS, FERREIRA RODRIGUES, 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 e FERRAZ DE ARRUDA.

São Paulo, 12 de novembro de 2014.

JOSÉ RENATO NALINI, Relator e Presidente

Ementa: Agravo Regimental – Indeferimento do pedido de suspensão dos efeitos da antecipação de tutela concedida em ação de procedimento ordinário, pela qual foi determinado à agravante não reduzir os

Acesso ao Sumário

proventos do autor, com fundamento no art. 9º da EC nº 41/03 – Não demonstração do efeito multiplicador – Inexistência de perigo de lesão à ordem, saúde, segurança e economia públicas – Agravo não provido.

VOTO

Vistos, etc.

Irresignada com a decisão que indeferiu o pedido de suspensão dos efeitos da antecipação de tutela concedida nos autos da ação de procedimento ordinário nº 1037598-21.2014.8.26.0053, a Fazenda do Estado de São Paulo interpôs agravo regimental sob a alegação de perigo de lesão à ordem, saúde, segurança e economia públicas, bem como que as decisões negam vigência ao art. 37, inciso XI, da Constituição Federal, e a ocorrência do denominado "efeito multiplicador".

É uma síntese do necessário.

O recurso não comporta provimento, pois, ao reverso do afirmado, não se acham presentes os requisitos necessários à suspensão dos efeitos da antecipação da tutela concedida nos autos do procedimento ordinário.

A suspensão dos efeitos da antecipação da tutela pelo presidente do tribunal competente para conhecer do recurso constitui medida excepcional e urgente, de forma a evitar grave lesão à ordem, à saúde, à segurança e à economia públicas, quando manifesto o interesse público, ou em caso de flagrante ilegitimidade, nunca consistindo em sucedâneo do recurso de agravo.

Segundo pacífica diretriz do Pretório Excelso, a lesão à ordem pública, que consiste no regular andamento das obras, execução dos serviços e no exercício das funções da administração públicas, deve ser demonstrada de forma inequívoca (SS 3449 AgR, Relator: Min. GILMAR MENDES (Presidente), Tribunal Pleno, julgado em 17/09/2009, DJe-191 DIVULG 08-10-2009 PUBLIC 09-10-2009 EMENT VOL-02377-01 PP-00115), o que não ocorre no caso *sub examine*.

Convém remarcar a perfeita reversibilidade da ordem hostilizada, que reconheceu o direito do autor em receber os seus vencimentos sem a incidência do redutor salarial, haja vista que, reconhecida a legitimidade dos descontos a final, estará a Administração autorizada a empreender os decotes contrastados, sem prejuízo ao erário.

Sobreleva ainda observar a inexistência, *in casu*, do chamado ***efeito multiplicador***, não especificado o universo de servidores ou beneficiários supostamente enquadrados na mesma situação jurídica do autor e o impacto financeiro de uma eventual extensão do *decisum* frente ao todo do orçamento da pessoa jurídica devedora.

Dessarte, ausentes os requisitos legais, o caso era mesmo de indeferimento

Acesso ao Sumário

da almejada suspensão dos efeitos da tutela de urgência, conforme pacífica diretriz deste elevado colegiado (cf. agravos regimentais nº 0282131-68.2011.8.26.0000/50000, nº 0016430-13.2012.8.26.0000/50000, nº 0000681-53.2012.8.26.0000/50000, nº 0269814-38.2011.8.26.0000/50000 e nº 0024646-60.2012.8.26.0000/50000, dentre outros).

Posto isso, **nega-se** provimento ao agravo regimental.

Arguições de Inconstitucionalidade

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Arguição de Inconstitucionalidade nº 2136136-82.2014.8.26.0000, Comarca de origem do processo não informada, em que são requerentes RUI XAVIER FERREIRA e ELAINE ROSA FERREIRA.

ACORDAM, em Órgão Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "INDEFERIRAM A PETIÇÃO INICIAL. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 29.885)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores JOSÉ RENATO NALINI (Presidente), EVARISTO DOS SANTOS, MÁRCIO BARTOLI, JOÃO CARLOS SALETTI, ROBERTO MORTARI, FRANCISCO CASCONI, PAULO DIMAS MASCARETTI, ARANTES THEODORO, TRISTÃO RIBEIRO, ADEMIR BENEDITO, LUIZ ANTONIO DE GODOY, NEVES AMORIM, BORELLI THOMAZ, JOÃO NEGRINI FILHO, JOSÉ DAMIÃO PINHEIRO MACHADO COGAN, FERRAZ DE ARRUDA, EROS PICELI, ELLIOT AKEL, GUERRIERI REZENDE, XAVIER DE AQUINO, ANTONIO CARLOS MALHEIROS e FERREIRA RODRIGUES.

São Paulo, 15 de outubro de 2014.

PÉRICLES PIZA, Relator

Ementa: ARGUIÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE. Ato judicial monocrático é o alvo da presente discussão. Via eleita inadequada. Arguições de Inconstitucionalidade têm como fim combater leis e atos normativos que caminham em direção oposta ao corpo da Constituição

Acesso ao Sumário

Estadual. Aqui o que se pretende é "a devolução em dobro" do valor judicialmente bloqueado. De fato a insurgência, por aqui, não deve vingar. – Indeferida a inicial.

VOTO

I – Trata-se de arguição de inconstitucionalidade suscitada pelo Advogado Rui Xavier Ferreira em face da decisão exarada pelo Magistrado da 3ª Vara Cível do Fórum Regional de Pinheiros e pelo Magistrado da 32ª Vara Cível, os quais, em situações distintas, determinaram o bloqueio e levantamento de verbas inicialmente pertencentes à Elaine Rosa Ferreira, o que no entender do causídico ofende os direitos fundamentais da pessoa humana, em especial o art. 7º, inc. X da Carta Maior.

A inicial tem como pedidos: **a-)** *impedir o bloqueio de conta salário e retirada do dinheiro de manutenção da vida da requerente, por violação aos princípios fundamentais;* **b-)** *impedir que vigore contratos unilaterais dificultem a defesa do consumidor;* **c-)** *impedir o leilão de janelas de apartamento em condomínio;* **d-)** *devolução em dobro de todos os direitos e garantias fundamentais violados nos fatos expostos;* **e-)** *nulidade da sentença proferida em solo monocrático;* **f-)** *almeja a punição administrativa, civil e criminal aos responsáveis pela violação aos direitos e garantias fundamentais da trabalhadora que teve sua conta bancária bloqueada e retirada de todo seu salário;* **g-)** *requer indenização diante do transtorno suportado* (cf. Peça vestibular fls. 18/20 – fidelidade literária do texto lançado).

Sem maiores delongas e dispensando quaisquer esforços cognitivos **indefiro a inicial**.

O mecanismo constitucional invocado, Arguição de Inconstitucionalidade, constitui poderoso instrumento de hermenêutica na prática forense.

Não obstante, a competência originária do Órgão Especial para apreciar Arguições de Inconstitucionalidades diz respeito a leis ou atos normativos estaduais ou municipais, em colisão frontal com a Carta Bandeirante, nos exatos termos vazados no art. 90, *caput*, da Constituição Estadual e art. 177, inc. VI, do Regimento Interno, circunstância ausente no debate em baila.

Ademais, sequer a excipiente goza de legitimidade para buscar o fim que se almeja (art. 90, inc. I a VI, da CE).

Por ser a via eleita inadequada e por faltar-lhe legitimidade ativa, indefiro a petição inicial da presente Arguição de Inconstitucionalidade.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Arguição de Inconstitucionalidade nº 0036947-68.2014.8.26.0000, da Comarca de Salto, em que é suscitante 1ª CÂMARA EXTRAORDINÁRIA 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: "REJEITARAM A ARGUIÇÃO. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 1594/14)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores JOSÉ RENATO NALINI (Presidente), ADEMIR BENEDITO, LUIZ ANTONIO DE GODOY, NEVES AMORIM, BORELLI THOMAZ, JOÃO NEGRINI FILHO, JOSÉ DAMIÃO PINHEIRO MACHADO COGAN, EROS PICELI, ELLIOT AKEL, GUERRIERI REZENDE, 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 e TRISTÃO RIBEIRO.

São Paulo, 22 de outubro de 2014.

ANTONIO CARLOS VILLEN, Relator

Ementa: ARGUIÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE. Lei Estadual nº 12.623/2007. Comércio de artigos de conveniência em farmácias e drogarias. Violação de competência legislativa da União para estabelecer normas gerais sobre saúde. Não ocorrência. Lei que não dispõe sobre saúde, mas sobre comércio local. Legislação federal que, ademais, não pode eliminar a autonomia estadual. Arguição rejeitada.

Acesso ao Sumário

VOTO

Trata-se de arguição de inconstitucionalidade suscitada pela 1ª Câmara Extraordinária de Direito Público, no julgamento da Apelação nº 0234747-80.2009.8.26.0000, com relação à Lei Estadual nº 12.623/2007, que "disciplina o comércio de artigos de conveniência em farmácias e drogarias, de modo a proporcionar segurança e higiene ao consumidor".

Aquele acórdão consignou que referida lei "padece de vício de inconstitucionalidade, uma vez que extrapola os limites traçados pela Lei

Federal nº 5.991/1973, que permanece em vigor" (fl. 119).

A douta Procuradoria-Geral de Justiça opinou pelo acolhimento da arguição.

É O RELATÓRIO.

A presente arguição foi suscitada no julgamento de apelação interposta pelo Secretário da Saúde da Estância Turística de Salto contra sentença que concedeu segurança para garantir à impetrante o direito de "comercializar os produtos elencados na Lei Estadual nº 12.623/07" (fl. 88), o que lhe havia sido obstado pelo apelante, que, por considerar inconstitucional referida lei, determinara a remoção dos produtos do estabelecimento da impetrante.

A lei em discussão tem o seguinte teor:

Artigo 1º – O comércio de artigos de conveniência em farmácias e drogarias deverá observar rigorosos critérios de segurança, higiene e embalagem, de modo a proporcionar segurança ao consumidor.

Parágrafo único – Consideram-se artigos de conveniência, dentre outros, para os fins desta lei:

1 – filmes fotográficos;

2 – leite em pó;

3 – pilhas;

4 – meias elásticas;

5 – colas;

6 – cartões telefônicos;

7 – cosméticos;

8 – isqueiros;

9 – água mineral;

10 – produtos de higiene pessoal;

11 – bebidas lácteas;

12 – produtos dietéticos;

13 – repelentes elétricos;

14 – cereais matinais;

15 – balas, doces e barras de cereais;

16 – mel;

17 – produtos ortopédicos;

18 – artigos para bebê;

19 – produtos de higienização de ambientes.

Artigo 2º – As farmácias e drogarias obrigam-se às seguintes providências:

I – dispor, adequadamente, os artigos de conveniência em balcões, estantes, gôndolas e 'displays', com separações e de forma compatível com seus volumes, natureza, características químicas e cuidados específicos;

II – cumprir todas as normas técnicas e os preceitos legais específicos

Acesso ao Sumário

à comercialização de cada produto, especialmente o Código de Defesa do Consumidor – Lei n.º 8.078, de 11 de setembro de 1990;

III – expor os artigos de conveniência de modo a guardar distância e separação dos medicamentos.

Artigo 3º – Os artigos de conveniência comercializados em farmácias e drogarias devem ser inócuos em relação aos gêneros farmacêuticos.

Parágrafo único – É proibido manter em estoque, expor e comercializar produtos perigosos ou potencialmente nocivos à saúde do consumidor, tais como veneno, soda cáustica e outros que a estes se assemelhem.

Artigo 4º – Esta lei entra em vigor na data de sua publicação.

A arguição deve ser rejeitada.

Embora ainda esteja pendente de julgamento pelo Supremo Tribunal Federal a ADI 4093, em que o Governador impugna a Lei Estadual nº 12.623/2007, recente julgado daquele Tribunal apreciou a questão, em demanda oriunda do Estado do Acre.

Conforme veiculado no Informativo nº 755 do STF, a Corte, por unanimidade, julgou improcedente a ADI 4954, j. 20.08.2014, em que se discutia a Lei nº 2.149/2009 daquele Estado, que "disciplina o comércio de artigos de conveniência em farmácias e drogarias ao consumidor", com disposições praticamente idênticas à lei em discussão.

Como consignado pelo Relator, Min. Marco Aurélio, não há violação à competência legislativa da União para estabelecer normas gerais relativas à "proteção e defesa da saúde" (art. 24, XII e § 1º, da Constituição Federal). Nos termos do voto do Relator, ao disciplinar a comercialização de artigos de conveniência em farmácias e drogarias, a legislação estadual não configura exercício da competência concorrente relacionada à proteção da saúde, mas da competência residual para legislar sobre o comércio local. Além disso, como também observado pelo Relator, admitir que a competência legislativa concorrente da União para estabelecer normas gerais fosse tão minuciosa a ponto de impedir a regulação estatal nesse aspecto implicaria suprimir a autonomia estatal, por usurpação de competência, mas, inversamente, da União em relação ao Estado de São Paulo.

Pelo meu voto, rejeito a arguição.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Arguição de Inconstitucionalidade nº 0052835-77.2014.8.26.0000, da Comarca de Bauru, em que é suscitante 13ª CÂMARA DE DIREITO CRIMINAL 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 DA ARGUIÇÃO. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 20.309)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores JOSÉ RENATO NALINI (Presidente), 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, FERRAZ DE ARRUDA, EROS PICELI, GUERRIERI REZENDE, XAVIER DE AQUINO, ANTONIO CARLOS MALHEIROS, FERREIRA RODRIGUES, EVARISTO DOS SANTOS, MÁRCIO BARTOLI, JOÃO CARLOS SALETTI, ROBERTO MORTARI, LUIZ AMBRA e FRANCISCO CASCONI.

São Paulo, 12 de novembro de 2014.

PAULO DIMAS MASCARETTI, Relator

Ementa: ARGUIÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE – Artigo 8º, parágrafo único, do Decreto Presidencial nº 7.873/2012, que autoriza a concessão de indulto a condenados em relação à pena pecuniária aplicada em acréscimo à pena privativa de liberdade – Questão já apreciada pelo Órgão Especial em anterior incidente de inconstitucionalidade – Acórdão suscitante que não invocou a presença de motivos relevantes que justificassem a renovação do incidente, impedindo nova manifestação do órgão colegiado acerca da matéria, a teor do que prescreve o art. 481, parágrafo único, do CPC, e também o art. 194, § 2º, do RITJSP – Precedentes deste Órgão Especial – Arguição de inconstitucionalidade não conhecida.

Acesso ao Sumário

VOTO

Cuida-se de arguição de inconstitucionalidade suscitada pela Colenda 13ª Câmara de Direito Criminal desta Corte em face do artigo 8º, parágrafo único, do Decreto Presidencial nº 7.873/2012, nos autos do Agravo em Execução Penal interposto pelo Ministério Público do Estado de São Paulo em face da decisão que concedeu a Maria Cristina Leme o indulto da pena de multa que lhe havia sido

imposta no Processo Criminal nº 1.689/2005, que teve curso perante a Segunda Vara Criminal da Comarca de Bauru, pela prática de tráfico de entorpecentes; suspendeu-se, então, o julgamento do mérito do recurso, encaminhando-se os autos a este Órgão Especial, a quem cabe a análise da constitucionalidade da lei pelo controle difuso, concreto ou incidental, na forma do artigo 97 da Constituição Federal.

Segundo entendimento externado pelo órgão fracionário, "reconhecida a prejudicialidade da matéria, impõe-se a arguição de inconstitucionalidade do inciso IX, do artigo 1º e o parágrafo único do artigo 8º, ambos do Decreto Presidencial 7.873/2012, em face do dispositivo estabelecido no artigo 5º, inciso XLIII, da Constituição Federal, a ser, pois, solvida pelo Colendo Órgão Especial" (v. fl. 94).

A Procuradoria Geral de Justiça opinou pelo não conhecimento do incidente ou pelo seu acolhimento (v. fls. 105/114).

É o relatório.

A presente arguição de inconstitucionalidade não deve ser conhecida.

A Colenda Décima Terceira Câmara de Direito Criminal deste Tribunal de Justiça suscitou o incidente em causa, submetendo-o a este Órgão Especial, na forma disciplinada no art. 97 da Constituição Federal, na Súmula Vinculante nº 10, do Supremo Tribunal Federal e art. 190 do Regimento Interno desta Corte, com vistas ao exercício de controle de constitucionalidade da norma contida no artigo 8º, parágrafo único, do Decreto Presidencial nº 7.873/2012.

Todavia, tal questão já foi recentemente apreciada por este Colendo Órgão Especial, que declarou, "incidentalmente, a inconstitucionalidade do artigo 8º, parágrafo único, do Decreto Presidencial 7.873/2012", em aresto com a seguinte ementa:

> "ARGUIÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE – Artigo 8º, parágrafo único, do Decreto Presidencial 7.873/2012 – Violação ao art. 5º, XLIII, da Constituição Federal – Condenação por tráfico ilícito de entorpecentes que não pode ser alcançada pelo indulto concedido pelo Chefe do Poder Executivo (artigo 84, XII, da Constituição Federal), inclusive no que diz respeito à pena pecuniária imposta juntamente à pena privativa de liberdade – Inconstitucionalidade declarada – Arguição de inconstitucionalidade acolhida" (v. Arguição de Inconstitucionalidade nº 0034713-16.2014.8.26.0000, relator Desembargador LUIZ ANTONIO DE GODOY, j. 30/07/2014).

Nesse julgado, realçou-se, na justa medida, que:

> "Dispõe o artigo 5º XLIII, da Constituição Federal que '*a lei considerará crimes inafiançáveis e insuscetíveis de graça ou anistia a prática da tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, o terrorismo e os definidos como crimes hediondos, por eles respondendo*

Acesso ao Sumário

os mandantes, os executores e os que, podendo evitá-los, se omitirem'. Vale lembrar que '*A jurisprudência deste Supremo Tribunal Federal é firme no sentido de que o instituto da graça, previsto no art. 5.º, inc. XLIII, da Constituição Federal, engloba o indulto e a comutação da pena, estando a competência privativa do Presidente da República para a concessão desses benefícios limitada pela vedação estabelecida no referido dispositivo constitucional*' (*HABEAS CORPUS* nº 115.099 SP, 2ª Turma do Supremo Tribunal Federal, v. un., Relª. Minª. Cármen Lúcia, em 19/2/13, DJe de 13/3/13).

Diante disso, não há dúvidas de que a condenação por tráfico ilícito por entorpecentes não pode ser alcançada pelo indulto concedido pelo Chefe do Poder Executivo (artigo 84, XII, da Constituição Federal), inclusive no que diz respeito à pena pecuniária imposta juntamente à pena privativa de liberdade.

A esse respeito, assim já se decidiu em precedentes assemelhados:

'INCIDENTE DE INCONSTITUCIONALIDADE – § 1º do art. 8º do Decreto nº 7.648/2001 – Possibilidade da concessão de indulto aos condenados por crimes hediondos ou equiparados, relativamente à pena de multa imposta cumulativamente com a pena privativa de liberdade – Afronta ao art. 5º, XLIII, CF – Proibição de concessão de graça ou anistia aos condenados por delito de tortura, tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, terrorismo e crimes definidos como hediondos – Incidente acolhido, inconstitucionalidade decretada' (Arguição de Inconstitucionalidade nº 0180575-52.2013.8.26.0000, Bauru, Órgão Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, v. un., Rel. Des. Samuel Júnior, em 2/4/14).

'Arguição de Inconstitucionalidade – Suscitação pela 4ª Câmara Criminal desta Corte relativamente ao artigo 8º, § 1º do Decreto Presidencial n° 7.420/2010 – Dispositivo que não excluiu da benesse (indulto) o condenado a pena de multa aplicada cumulativamente com a pena corporal em crime hediondo (artigo 33 da Lei n° 11.343/06) – Afronta à Constituição Federal – Arguição procedente' (Arguição de Inconstitucionalidade n° 0229909-89.2012.8.26.0000, São Paulo, Órgão Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, v. un., Rel. Des. Walter de Almeida Guilherme, em 23/1/13).

'INCIDENTE DE INCONSTITUCIONALIDADE – Parágrafo 1º, do artigo 8º, do Decreto Presidencial nº 7.420/2010 – Concessão de indulto coletivo a indivíduos condenados pela prática de crimes hediondos e equiparados, dentre eles, o tráfico de drogas – Impossibilidade – Benesse que encontra vedação no art. 5º, XLIII, da Constituição Federal – Termo 'graça' empregado pelo constituinte originário em seu sentido amplo, abrangendo também o indulto – Inciso I do art. 2º da Lei 8.072/90 que, aliás, já teve sua constitucionalidade proclamada – Precedentes do STF

Acesso ao Sumário

e deste Órgão Especial, nos quais se confirmou a impossibilidade de concessão de indulto aos condenados por tráfico ilícito de entorpecentes – Declaração de inconstitucionalidade do parágrafo 1º do artigo 8º do Decreto n° 7.420/10 de rigor – Arguição acolhida' (Arguição de Inconstitucionalidade nº 0177670-11.2012.8.26.0000, São Paulo, Órgão Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, v. un., Rel. Des. De Santi Ribeiro, em 14/11/12).

Assim sendo, acolhe-se a presente arguição para declarar, incidentalmente, a inconstitucionalidade do artigo 8º, parágrafo único, do Decreto Presidencial 7.873/2012".

Como se vê, já houve expresso pronunciamento deste Colendo Órgão Especial sobre a questão incidental posta nestes autos, ostentando esse julgamento eficácia geral e vinculante em relação aos órgãos fracionários do tribunal, razão pela qual se mostra despiciendo nova manifestação sobre o mesmo tema nesta oportunidade.

Ademais, o artigo 481, parágrafo único, do Código de Processo Civil, é claro ao dispor que:

"Art. 481. (...)

Parágrafo único. Os órgãos fracionários dos tribunais não submeterão ao plenário, ou ao órgão especial, a arguição de inconstitucionalidade, quando já houver pronunciamento destes ou do plenário do Supremo Tribunal Federal sobre a questão".

E, no mesmo sentido, prevê o artigo 194, § 2º, do Regimento Interno deste Tribunal de Justiça de São Paulo que:

"Art. 194. (...)

(...)

§ 2º Somente se houver motivo relevante, poderá ser renovado o incidente".

Aliás, a propósito, precedentes deste Colendo Órgão Especial assentaram que:

"Incidente de inconstitucionalidade do art. 96, da Lei Estadual n. 6.374/89, com a redação dada pela Lei n. 13.918/09. Regulamentação da taxa de juros moratórios das dívidas de ICMS do Estado de São Paulo. Matéria apreciada pelo Órgão Especial. Aplicação do parágrafo único do art. 481 do CPC. Arguição não conhecida" (v. Arguição de Inconstitucionalidade, relator Desembargador CAUDURO PADIN, j. 24/07/2013);

"Incidente de inconstitucionalidade do art. 1.790 do CC/02. Precedentes. Matéria apreciada pelo Órgão Especial. Aplicação do parágrafo único do art. 481 do CPC. Arguição não conhecida" (v. Arguição de Inconstitucionalidade, relator Desembargador CAUDURO

Acesso ao Sumário

PADIN, j. 01/02/2012);

"Incidente de inconstitucionalidade da Lei Complementar Estadual nº 943/2003, que 'Institui contribuição previdenciária para custeio de aposentadoria dos servidores públicos e de reforma dos militares do Estado de São Paulo, e dá outras providências correlatas' – os órgãos fracionários dos tribunais não submeterão ao plenário, ou ao órgão especial, a arguição de inconstitucionalidade, quando já houver pronunciamento destes ou do plenário do Supremo Tribunal Federal sobre a questão – incidente não conhecido" (v. Arguição de Inconstitucionalidade nº 0223639-54.2009.8.26.0000, relator Desembargador PALMA BISSON, j. 10/02/2010).

Em suma, não tendo o aresto suscitante apontado a presença de causa que autorizasse a provocação deste órgão colegiado, postulando nova apreciação da matéria, descabe a esta altura a renovação do incidente.

Ante o exposto, não se conhece da presente arguição de inconstitucionalidade, determinando a restituição dos autos à Colenda Décima Terceira Câmara de Direito Criminal desta Corte para que prossiga no julgamento do Agravo em Execução Penal nº 0007881-43.2014.8.26.0000.

Conflitos de Competência

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Conflito de Competência nº 0056686-27.2014.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é suscitante 2ª CÂMARA RESERVADA AO MEIO AMBIENTE DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO, é suscitada 33ª CÂMARA DE DIREITO PRIVADO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em Órgão Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "JULGARAM O CONFLITO PROCEDENTE E COMPETENTE A 33ª 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 31.504)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores JOSÉ RENATO NALINI (Presidente sem voto), EROS PICELI, ELLIOT AKEL, GUERRIERI REZENDE, XAVIER DE AQUINO, ANTONIO CARLOS MALHEIROS, FERREIRA RODRIGUES, PÉRICLES PIZA, EVARISTO DOS

Acesso ao Sumário

SANTOS, MÁRCIO BARTOLI, JOÃO CARLOS SALETTI, FRANCISCO CASCONI, PAULO DIMAS MASCARETTI, ARANTES THEODORO, TRISTÃO RIBEIRO, ADEMIR BENEDITO, LUIZ ANTONIO DE GODOY, NEVES AMORIM, BORELLI THOMAZ, JOÃO NEGRINI FILHO e JOSÉ DAMIÃO PINHEIRO MACHADO COGAN.

São Paulo, 15 de outubro de 2014.

FERRAZ DE ARRUDA, Relator

Ementa: COMPETÊNCIA – NUNCIAÇÃO DE OBRA NOVA – CONSTRUÇÃO DE SUBESTAÇÃO DE TRANSMISSÃO E DISTRIBUIÇÃO DE ENERGIA ELÉTRICA EM TERRENO VIZINHO DA AUTORA DESPROVIDA DE APROVAÇÃO DE PROJETO MODIFICATIVO, LICENÇA DE CONSTRUÇÃO E AMBIENTAL – CAUSA DE PEDIR NITIDAMENTE ATRELADA AO DESCUMPRIMENTO DE POSTURAS MUNICIPAIS, PELA RÉ, AO PASSO QUE A QUESTÃO AMBIENTAL É TRATADA DE FORMA MERAMENTE REFLEXA – ATUAIS RESOLUÇÕES NºS 623/2013 E 648/2014 QUE FIRMARAM SER DA COMPETÊNCIA RECURSAL DA SEÇÃO DE DIREITO PRIVADO (25ª À 36ª CÂMARAS) AS AÇÕES QUE VERSEM SOBRE DIREITO DE VIZINHANÇA E USO NOCIVO DA PROPRIEDADE – PRECEDENTES DESTE C. ÓRGÃO ESPECIAL – SUSCITAÇÃO PROCEDENTE A FIM DE DECLARAR COMPETENTE A CÂMARA SUSCITADA.

Acesso ao Sumário

VOTO

Vistos,

Cuida-se de dúvida de competência suscitada pela C. 2ª Câmara Reservada ao Meio Ambiente (fls. 1.029/1.038) em face do v. acórdão declinatório da C. 33ª Câmara de Direito Privado deste E. Tribunal (fls. 1.009/1.015) em ação de nunciação de obra nova com pedido de liminar ajuizada por Amarilis Empreendimentos Imobiliários Soc. de Propósito Específico Ltda. em face de Eletropaulo Metropolitana Eletricidade de São Paulo S/A.

Sustenta a 2ª Câmara Reservada ao Meio Ambiente que a questão posta em debate não refere a qualquer questão ambiental, mas sim de desfazimento de obra consubstanciada em subestação de transmissão e distribuição de energia

elétrica em terreno vizinho da autora, sendo a ação de nunciação de obra nova fundada em direito de vizinhança. Dessa forma, a competência para julgamento deste recurso cabe à Subseção de Direito Privado III, consoante disposição constante do item II.4 do art. 5º da Resolução nº 623/2013.

A C. 33ª Câmara de Direito Privado alega que um dos fundamentos para a concessão da liminar na ação de nunciação de obra nova reside justamente no perigo de dano à saúde da população no local em que foi instalada a subestação de energia elétrica da ré, envolvendo, assim, matéria de competência recursal das Câmaras Reservadas ao Meio Ambiente na esteira da Resolução nº 623/2013.

A d. Procuradoria Geral de Justiça opinou pela procedência do conflito (fls. 1.039/1.044).

É o relatório.

Primeiramente, a competência recursal firma-se pelos termos do pedido inicial deduzido em juízo, consoante artigo 103 do Regimento Interno deste E. Tribunal de Justiça, "in verbis": "*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*".

Versa a lide sobre ação de nunciação de obra nova com pedido de antecipação de tutela em que autora Amarilis Empreendimentos Imobiliários Soc. de Propósito Específico Ltda. objetiva impedir que Eletropaulo Metropolitana Eletricidade de São Paulo S/A "*construa uma subestação de transmissão de energia elétrica – Estação de Transformação e Distribuição de Energia Elétrica – ETD Panorama*" (fl. 3) sob o fundamento de que, inicialmente, para tal empreendimento, a ré elaborou um projeto de construção no ano de 1998 para operar na tensão de 88/138 kV.

Todavia, referida obra ficou paralisada por muitos anos e, ante a defasagem do projeto, a Eletropaulo encomendou outro, apresentando-o à Prefeitura do Município de São Paulo sob a denominação de "projeto modificativo".

Pondera a autora, entretanto, que, até a data do ajuizamento da ação, isto é, aos 31/10/2007, "***o processo para aprovação do referido projeto modificativo e para a posterior expedição do respectivo 'alvará de aprovação e execução de edificação nova' ainda encontra-se pendente de análise***, *conforme depreende-se do anexo extrato emitido pelo SIMPROC da Prefeitura Municipal de São Paulo datado de 29/10/2007*" (pág. 8 – destaques nossos).

Prossegue a demandante sinalizando ainda que:

"*Nesse ínterim, reiterando o quanto disposto no Anexo I da Resolução CONAMA nº 237/97, a Prefeitura de São Paulo editou a Portaria nº 80/2005 (DOE de 14/10/2005), que traz uma porção de exigências específicas para a instalação de linhas de transmissão, dentre elas a obtenção de licenciamento*

Acesso ao Sumário

ambiental para implantação de novas unidades de linhas de transmissão.

*Sendo assim, **para o desenvolvimento das obras de implantação da Subestação ETD-Panorama, faz-se necessária a aprovação do Projeto Modificativo, a expedição de alvará de aprovação, bem como a licença ambiental com prévio estudo de viabilidade.***

Mas não foi o que ocorreu.

*Numa atitude completamente precipitada, **A REQUERIDA ADIANTOU-SE AOS PROCEDIMENTOS ADMINISTRATIVOS E ESTÁ TOCANDO AS OBRAS DE INSTALAÇÃO SEM QUAISQUER DESSES ESSENCIAIS DOCUMENTOS.***

(...)

Tal atitude é absolutamente ilegal, eis que contrária às normas administrativas atinentes à utilização de obras e edificações dentro dos limites de imóveis situados no Município de São Paulo (Código de Obras e Edificações – Lei Municipal nº 11.228/92 regulamentada pelo Decreto nº 32.329/92), além daquela Portaria Municipal nº 80/2005".

(destaques nossos)

Pois bem. Não obstante aluda a autora incidentalmente à provável nocividade da obra, resulta hialino da análise da causa de pedir que o fundamento da nunciação de obra nova cinge-se à irregularidade da construção da subestação (fl. 18), eis que desprovida de alvarás de aprovação do projeto modificativo e de construção, bem como de licença ambiental, infringindo, dessa forma, regras relacionadas ao direito de vizinhança.

É o caso, aqui, de construção em flagrante descompasso com as posturas municipais.

Como sói entrever, a matéria deduzida refoge da competência estabelecida para a 2ª Câmara Reservada ao Meio Ambiente, consoante termos do v. acórdão de fls. (fls. 1.029/1.038), ora suscitante, à luz dos preceitos insculpidos no art. 5º, III.4 da Resolução nº 623, de 6/11/2013, segundo o qual compete à Terceira Subseção de Direito Privado, composta pelas 25ª a 36ª Câmaras, competência preferencial para julgamento das "*ações relativas a direito de vizinhança e uso nocivo da propriedade, inclusive as que tenham por objeto o cumprimento de leis e posturas municipais quanto a plantio de árvores, construção e conservação de tapumes e paredes divisórias*".

E não poderia ser diferente, eis que, repita-se, a questão posta em debate versa sobre conteúdo nitidamente urbanístico atrelado ao direito de vizinhança, não envolvendo direitos difusos, coletivos ou individuais homogêneos diretamente relacionados ao meio ambiente.

Nas palavras de Maria Helena Diniz, o direito de propriedade é limitado em razão do princípio geral que proíbe ao indivíduo um comportamento que venha a exceder o uso normal de um direito, causando prejuízo a alguém. E o

direito de vizinhança situa-se dentre aqueles limites que devem ser precipuamente observados.

Note, neste diapasão, que o uso nocivo da propriedade para o fim de permitir a incidência das regras atinentes ao direito de vizinhança não pressupõe apenas a ocorrência de limitações ou restrições físicas ao respectivo uso, mas também o que a doutrina denomina de interferências não corpóreas, não palpáveis, porém indevidas.

Consoante o escólio de Carlos Edson do Rêgo Monteiro Filho no ensaio intitulado "O Direito de Vizinhança no Novo Código Civil" – capturado aos 13/08/2014 do site (endereço eletrônico constante do texto original):

> "**Mais uma característica do direito de vizinhança: procura-se, mediante as normas que compõem as relações de vizinhança, coibir as interferências indevidas nos imóveis vizinhos. Hoje em dia é adotado o termo 'interferência', que substituiu o termo anterior – imissão – por se entender que este último possui um significado algo material, concreto, palpável. Por isso, com a evolução do direito de vizinhança, o termo técnico que significa ser o incômodo, o distúrbio indesejado passou a ser 'interferência', para se ampliar a possibilidade de defesa do proprietário diante das ingerências não corpóreas, não palpáveis**".

(destaques nossos)

Diga-se de passagem, a leitura do art. 1.277, "caput", do Código Civil, não deixa margem a dúvidas:

> "**Art. 1.277. O proprietário ou possuidor de um prédio tem o direito de fazer cessar as interferências prejudiciais à segurança, ao sossego e à saúde dos que o habitam, provocadas pela utilização de propriedade vizinha**".

Logo, como a própria definição do instituto pressupõe o uso e/ou o gozo da propriedade de uma forma abusiva, seja de forma corpórea ou não, causando ofensa à incolumidade, à segurança, ao sossego e/ou à saúde de terceiros e, consequentemente, prejuízo, competirá ao interessado exercer o direito de ação correspondente, ocasião em que o magistrado deverá perscrutar a efetiva ocorrência ou não da infringência do direito à luz dos preceitos insculpidos nos arts. 1.277 e seguintes do Código Civil para entregar adequadamente a prestação jurisdicional.

A competência recursal, aqui, é exclusivamente fixada em razão da matéria, sendo certo que o C. Órgão Especial já decidiu, em casos análogos, no mesmo sentido, conforme ementas abaixo transcritas:

> "I – Conflito de competência. Agravo de instrumento. Ação de nunciação de obra nova. A questão ambiental foi tratada somente de forma reflexa. A lide instalada não envolve direitos difusos, coletivos ou individuais

homogêneos diretamente relacionados ao meio ambiente, mas sim ao direito de vizinhança.

II – Conflito de competência julgado procedente para estabelecer a competência da C. 35ª Câmara de Direito Privado" (CONFLITO DE COMPETÊNCIA nº 0121517-21.2013.8.26.0000, da Comarca de Taubaté, rel. Des. **GUERRIERI REZENDE**, j. 11/09/2013).

DÚVIDA DE COMPETÊNCIA. Ação que versa sobre abstenção de instalação e operação de antena de telefonia celular (ERB). Pretensão que envolve – como objeto principal e preponderante – o exame sobre cumprimento de posturas municipais, mais especificamente sobre concessão de licença para instalação e funcionamento de Estação Rádio Base. Direito de vizinhança. Questão ambiental que foi invocada apenas de forma reflexa. Inexistência de interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos diretamente ligados ao meio ambiente. Precedentes do C. Órgão Especial. Dúvida procedente. Competência da 25ª. Câmara de Direito Privado. (Dúvida de Competência nº 0081906-61.2013.8.26.0000, rel. Des. Antonio Luiz Pires Neto, j. 14/08/2013).

Isto posto, pelo meu voto, julgo procedente a suscitação para declarar competente a C. 33ª Câmara de Direito Privado deste Egrégio Tribunal, ora suscitada.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Conflito de Competência nº 0051380-77.2014.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é suscitante CÂMARA ESPECIAL DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO, é suscitado 9ª CÂMARA 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 9ª 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 30.558)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores JOSÉ RENATO NALINI (Presidente sem voto), 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

Acesso ao Sumário

VILLEN, ADEMIR BENEDITO, LUIZ ANTONIO DE GODOY, NEVES AMORIM, JOÃO NEGRINI FILHO, NUEVO CAMPOS, ELLIOT AKEL, GUERRIERI REZENDE e XAVIER DE AQUINO.

São Paulo, 24 de setembro de 2014.

ANTONIO CARLOS MALHEIROS, Relator

Ementa: DÚVIDA DE COMPETÊNCIA – Agravo em Execução – Recurso interposto contra decisão interlocutória – Inexistência de conflito de competência entre órgãos jurisdicionais – Câmara suscitada deu-se por incompetente indagando suposto conflito de competência – Tema relativo à competência, nos termos do Regimento Interno, pertencente às Câmaras Criminais - Dúvida acolhida, reconhecida a competência da Egrégia Câmara suscitada.

VOTO

Trata-se de dúvida suscitada pela Câmara Especial desta Corte em razão do V. Acórdão proferido pela 9ª Câmara Criminal, que se deu por incompetente para o julgamento do recurso de Agravo em Execução Penal nº 0188158-88.2013.8.26.0000.

É o relatório.

Depreende-se da petição inicial (fls. 03/05) e dos documentos que a instruíram, tratar-se de Exceção de Incompetência do Juízo, aforada contra a 5ª vara das Execuções Criminais da Capital sob o fundamento de que o conhecimento da ação por esta Vara afronta o princípio do Juízo Natural.

Em decisão (fls. 13), o Juízo da 5ª Vara de Execuções Criminais da Comarca de São Paulo firmou sua competência para atuar no feito. Desta decisão foi manejado o recurso de Agravo em Execução, visando o reconhecimento da incompetência da referida Vara.

Distribuídos os autos a Colenda 9ª Câmara de Direito Criminal, esta não conheceu o recurso, determinando a remessa dos autos à Câmara Especial, que ora suscita o conflito.

Verifica-se, nos presentes autos, que a questão de fundo do recurso interposto refere-se ao reconhecimento da competência da 5ª Vara das Execuções Criminais da Comarca de São Paulo, para oficiar em processo para lá encaminhado.

Trata-se, portanto, de um recurso manejado contra uma decisão interlocutória normal, uma vez que inexiste conflito de competência entre

Órgãos Jurisdicionais a acolher a fundamentação dada pelo V. Acórdão da Egrégia Câmara suscitante.

Incabível, assim, a incidência do art. 222 do Regimento Interno.

Assim, cabe à 9ª Câmara Criminal, conhecer e julgar o recurso.

Isto posto, acolhe-se a presente dúvida e julga-se competente a Colenda Câmara suscitada, a 9ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Conflito de Competência nº 0046265-75.2014.8.26.0000, da Comarca de Águas de Lindóia, em que é suscitante 2ª CÂMARA DE DIREITO PÚBLICO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO, é suscitado 8ª 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 A 8ª CÂMARA DE DIREITO PRIVADO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO. FARÁ DECLARAÇÃO DE VOTO O EXMO. SR. DES. LUIZ ANTÔNIO DE GODOY.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 26.977)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores JOSÉ RENATO NALINI (Presidente sem voto), 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, ADEMIR BENEDITO, NEVES AMORIM, BORELLI THOMAZ, JOÃO NEGRINI FILHO, JOSÉ DAMIÃO PINHEIRO MACHADO COGAN, EROS PICELI, ELLIOT AKEL e GUERRIERI REZENDE julgando o conflito procedente e competente a 8ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo; e LUIZ ANTONIO DE GODOY vencido, com declaração.

São Paulo, 8 de outubro de 2014.

XAVIER DE AQUINO, Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: Conflito de competência. Ação de reparação de danos morais e materiais, decorrentes de erro médico no diagnóstico de patologia, durante atendimento no Hospital-réu pelo sistema único de saúde - SUS. Artigo 951 do CCB - Alegação de função pública delegada que, em tese, deslocaria a competência para a Seção de Direito Público - Repartição de competência que se firma nos termos do pedido inicial, sendo irrelevante a condição da parte (se ente privado ou público). Competência da 1ª Subseção de Direito Privado, ao teor do art. 5º, I.24 da Resolução nº 623/2013 - Conflito procedente, determinado o encaminhamento dos autos à douta Câmara suscitada.

VOTO

A Colenda 2ª Câmara da Seção de Direito Público deste Tribunal de Justiça suscitou conflito de competência em face da 8ª Câmara de Direito Privado ao argumento de que, tratando-se aqui de indenização por danos morais em face do Hospital Geral Dr. Francisco Tozzi - Santa Casa de Misericórdia, em face de negligência, imprudência e imperícia no tratamento do paciente, Autor da ação, falece competência à Câmara Suscitante, pois que, contrariamente do entendimento esposado pela Colenda Câmara Suscitada, não se cuida de responsabilidade civil do Estado em razão da má prestação dos serviços médicos, não se evidenciando interesse público a ser resguardado, nem matéria típica de direito público. Daí porque, na esteira do que dispõe o artigo 5º, I.24 e I.29 da Resolução nº 623/2013 desta Corte, a competência para processar e julgar o recurso é da C. Câmara Suscitada, vale dizer, 8ª Câmara de Direito Privado.

Parecer da douta Procuradoria Geral de Justiça, pela procedência do conflito.

É o relatório.

O presente conflito é de ser julgado procedente, competente a 8ª Câmara de Direito Privado para processar e julgar o presente recurso.

Com efeito, trata-se de ação de indenização por danos morais e materiais proposta em face do Hospital Geral Dr. Francisco Tozzi - Santa Casa de Misericórdia da Comarca de Águas de Lindóia, reclamando o autor total desleixo, negligência, imprudência e imperícia no atendimento médico recebido de preposto do nosocômio-réu, a ensejar a reparação civil por danos morais e materiais, calcada nos artigos 186, 927, 949, 950 e 951 do Código Civil Brasileiro, buscando ainda o autor amparar-se no artigo 14 do Código de

Acesso ao Sumário

Defesa do Consumidor, ao fundamento de danos causados pela má prestação dos serviços.

Irrelevante aqui ser o nosocômio-réu entidade beneficente e filantrópica, sem fins lucrativos e prestar serviços através do Sistema Único de Saúde, porque não é o que aqui se reclama, mas sim, em específico, a negligência, imprudência e imperícia de seu preposto no cuidar dos pacientes, com a consequente reparação de danos.

Consoante disciplina o Regimento Interno desta Corte, no artigo 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*.".

Neste passo, a Resolução nº 623/2013 da lavra do Colendo Órgão Especial desta Corte repartiu a competência entre as Seções do Tribunal de Justiça, disciplinando, *verbis*:

> "**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:
>
> (...)
>
> I- Primeira Subseção, composta pelas 1ª a 10ª Câmaras, com competência preferencial para o julgamento das seguintes matérias:
>
> I.24 - Ações e execuções relativas a responsabilidade civil do artigo 951 do Código Civil."

Ora, em se tratando, como se trata, de pedido amparado no artigo 951 do Código Civil e efetivando-se a repartição de competência na análise do **pedido inicial**, outra conclusão não há senão a de que competente para processamento e julgamento do presente recurso é a colenda Câmara suscitada.

Neste sentido, aliás, julgado deste Órgão Especial do qual participei, da lavra do Desembargador Vanderci Alvares, onde se deixou assente que:

> "**Ementa: Conflito de competência suscitado em ação indenizatória por erro médico. Rejeitada a competência pela 8ª Câmara de Direito Privado, suscitou o conflito negativo a 4ª Câmara de Direito Público, para onde redistribuído o feito.**
>
> **1. A matéria discutida na ação originária envolve indenização por alegado erro médico, prevista no artigo 951, do Código Civil.**
>
> **2. O artigo 5º, da Resolução nº 623/201, do Órgão Especial, que em seu inciso I define a competência atribuída às Câmaras 1ª a 10ª, da Seção de Direito Privado, arrola no item I.24 as '*Ações e execuções relativas a responsabilidade civil do artigo 951 do Código***

***Civil*', o que faz concluir pela irrelevância da qualidade do ente a ocupar o polo passivo da demanda (se público ou privado), quando se trate de indenização por erro médico a matéria em exame.**

3. Acolheram o conflito, declarando competente a 8ª Câmara de Direito Privado para apreciar e julgar o recurso de apelação."[1]

E, mais:

"**Conflito de competência - Ação regressiva de indenização - Acidente de trânsito envolvendo preposto de pessoa jurídica de direito público.**

1. O critério balizador da competência recursal é estabelecido com vistas ao conteúdo da petição inicial, em que são definidos os limites da lide, compreendidos pedido e causa de pedir..."[2]

Diante do exposto, julgo procedente o presente conflito, declarando competente para processar e julgar o presente recurso a 8ª Câmara de Direito Privado deste Tribunal de Justiça, encaminhando-se os autos, com as nossas homenagens.

DECLARAÇÃO DE VOTO DIVERGENTE

(Voto nº 30895)

Respeitado o entendimento adotado pelo eminente Relator, ousei dele divergir por entender não tratar-se de recurso que cuide de matéria afeta à competência da Subseção de Direito Privado I, mas da Seção de Direito Público deste Tribunal.

Tratava-se de apelação da sentença que julgara procedente "ação de indenização por danos morais e materiais" (fls. 2), ajuizada por V.C.M. contra Hospital Geral Dr. Francisco Tozzi - Santa Casa de Misericórdia. Pretendeu o autor indenização por alegados danos sofridos em decorrência de erro médico ocorrido em atendimento realizado no estabelecimento hospitalar (fls. 2/8).

Conforme se depreendia dos autos, o atendimento médico-hospitalar deu-se por meio do Sistema Único de Saúde - SUS, cuja administração cabe ao Poder Público. Assim sendo, o regime de responsabilidade civil a ser eventualmente aplicado ao caso é aquele empregado aos entes estatais, de sorte que, nesta hipótese, competiria a uma das Câmaras integrantes da Seção de Direito Público o julgamento do recurso, nos termos do artigo 3º, I.7, da Resolução nº 623/2013, do Órgão Especial desta Corte.

Vale lembrar que "*É assente o entendimento de que a Saúde Pública consubstancia direito fundamental do homem e dever do Poder Público,*

Acesso ao Sumário

1 Conflito de Competência nº 0048785-08.2014.8.26.0000, Órgão Especial, j. em 17/09/2014.

2 Conflito de Competência nº 0159754-27.2013.8.26.0000, Rel. Des. ITAMAR GAINO, Órgão Especial, j. 23.10.2013.

expressão que abarca a União, os Estados-membros, o Distrito Federal e os Municípios, todos em conjunto. Nesse sentido, dispõem os arts. 2º e 4º da Lei n. 8.080/1990", certo que "*o funcionamento do Sistema Único de Saúde é de responsabilidade solidária da União, dos Estados e dos Municípios. Dessa forma, qualquer um destes entes tem legitimidade ad causam para figurar no polo passivo da demanda*" (AgRg do AREsp. nº 476.3226 - PI, 2ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, v. un., Rel. Min. Humberto Martins, em 1º/4/14, DJe de 7/4/14).

Em hipótese assemelhada, assim já decidiu este Colendo Órgão Especial:

> "CONFLITO DE COMPETÊNCIA - Leitura atenta da petição inicial revela que a ação subjacente à apelação versa sobre indenização por afirmado vício na prestação de serviço hospitalar conveniado ao Sistema Único de Saúde - SUS - A competência para conhecer do recurso é da suscitada Colenda 13ª Câmara de Direito Público, nos termos do artigo 2º inciso II alínea 'a' da Resolução TJSP n° 194/2004 - Competência fixada para a Seção de Direito Público, especificamente a suscitada Colenda 13ª Câmara de Direito Público" (Conflito de Competência 0260912-96.2011.8.26.0000, Órgão Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, v. un., Rel. Des. Gonzaga Franceschini, em 25/7/12).

Havia de se considerar, ainda, que não somente à Subseção de Direito Privado I é atribuída uma denominada "competência residual". Tem a Sessão de Direito Público, igualmente, competência residual, o que pode ser observado com absoluta clareza no art. 3º, I.11, da Resolução nº 623/2013, que inclui em sua esfera de competência "Ações cuja matéria seja de Direito Público e **não esteja na competência recursal** de outras Seções do Tribunal de Justiça, das Câmaras Reservadas ao Meio Ambiente e das 14ª a 18ª Câmaras de Direito Público". Assim, ainda que não houvesse previsão expressa específica de tal hipótese na divisão de competências no âmbito desta Corte, o julgamento de ações desta sorte cabia à Seção de Direito Público, por inequívoca afinidade da matéria (responsabilidade civil extracontratual do Estado por falha na prestação de serviço público de saúde).

Acesso ao Sumário

Diante disso, por reconhecer a competência da Câmara suscitante (2ª Câmara de Direito Público), entendi que deveria ser julgado procedente o conflito nesse sentido.

LUIZ ANTONIO DE GODOY, Desembargador

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Conflito de Competência

nº 0062634-47.2014.8.26.0000, da Comarca de Santos, em que é suscitante 1ª CÂMARA RESERVADA MEIO AMBIENTE DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO, é suscitado 2ª 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 2ª CÂMARA DE DIREITO PRIVADO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO. V.U. SUSTENTOU ORALMENTE O ADV. DR. ANDRÉ MILCHTEIM. IMPEDIDO O EXMO. SR. DES. NEVES AMORIM.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 31.864)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores JOSÉ RENATO NALINI (Presidente sem voto), 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, BORELLI THOMAZ, JOÃO NEGRINI FILHO, JOSÉ DAMIÃO PINHEIRO MACHADO COGAN, EROS PICELI, ELLIOT AKEL, GUERRIERI REZENDE, XAVIER DE AQUINO, ANTONIO CARLOS MALHEIROS, FERREIRA RODRIGUES e EVARISTO DOS SANTOS.

São Paulo, 29 de outubro de 2014.

MÁRCIO BARTOLI, Relator

Ementa: Conflito Negativo de Competência entre a 2ª Câmara de Direito Privado e a 1ª Câmara Reservada ao Meio Ambiente. Agravo de Instrumento interposto em ação de reparação de danos materiais e morais, causados por contaminação ambiental. Interesses de natureza privada que têm apenas como fundo o dano ambiental. Precedentes reiterados deste Órgão Especial. Conflito julgado procedente. Competência da Câmara de Direito Privado.

VOTO

1. Trata-se de conflito de competência suscitado pela 1ª Câmara Reservada ao Meio Ambiente deste Tribunal de Justiça no julgamento do Agravo de Instrumento nº 2058605-17.2014.8.26.0000, da Comarca de Santos, em que aquela Câmara declinara de sua competência, entendendo tratar- se de ação cuja matéria se inseria na competência da Câmara de Direito Privado,

Acesso ao Sumário

porquanto não envolve direitos difusos, coletivos ou individuais homogêneos. A suscitante argumenta que o conflito de interesses no presente caso diz respeito à indenização de um particular em decorrência de atos de outros particulares, não havendo na inicial da ação qualquer pedido de reparação de danos ambientais. Assevera que não se discute o meio ambiente em que se deram os fatos, mas sim a responsabilidade civil (cf. págs. 175/180).

A Câmara suscitada, por seu turno, declinara de sua competência, ponderando que a ação de indenização foi ajuizada em razão de dano ambiental provocado por incêndio, o que, segundo o artigo 4º, II, da Resolução nº 623/2013, respaldaria a competência da Câmara Reservada ao Meio Ambiente (cf. págs. 161/164).

Manifestou-se a Procuradoria-Geral de Justiça pela procedência do conflito, para que se reconheça a Câmara suscitada como competente para conhecer, processar e julgar o recurso (págs. 497/501).

2. **O conflito de competência deve ser julgado procedente, estabelecendo-se a competência da 2º Câmara de Direito Privado.**

Com efeito, a definição de competência dos órgãos do Poder Judiciário, inclusive nas Instâncias Superiores, rege-se pela matéria, é dizer, pela **natureza da relação jurídica** em litígio[1].

Tal o teor do 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*" (grifado).

No presente caso, o pedido contido na ação originária - que determinará a competência para o conhecimento, processamento e julgamento do agravo de instrumento[2] - tem **natureza de direito privado**.

Trata-se de ação de reparação de danos **patrimoniais e morais** sofridos por *Luiz Ricardo Gonçalves*, pescador de categoria artesanal, ajuizada contra Copersucar S/A, pessoa jurídica de direito privado, em decorrência de incêndio ocorrido nos terminais arrendados pela ré no Porto de Santos, que teria atingido cerca de cento e oitenta mil toneladas de açúcar bruto. Alega-se na inicial que muitos resíduos provenientes do incêndio foram lançados diretamente ao mar, ocasionando a morte de diversas espécies de peixes devido à contaminação da água do mar, o que, segundo a ação, prejudicara o autor (pescador profissional artesanal). A ré interpôs agravo de instrumento da decisão que afastara a preliminar de ilegitimidade passiva e determinara a realização de prova pericial.

Acesso ao Sumário

1 STJ, CC 53174/MG, Corte Especial, Rel. Ministro Ari Pargendler, julgado em 15 de maio de 2013.

2 RITJSP - Art. 101. A competência em razão da matéria, do objeto ou do título jurídico é extensiva a qualquer espécie de processo ou tipo de procedimento.

Verifica-se, portanto, que a ação foi ajuizada por um particular contra uma pessoa jurídica de direito privado, que requer a reparação de danos materiais e morais, **tendo apenas como fundo a contaminação ambiental decorrente do incêndio**. Embora o prejuízo a ser reparado, segundo o autor, haja sido ocasionado pelo dano ambiental, o conflito de interesse em apuração, como afirmado pela Câmara suscitante, "*diz respeito à indenização de um particular em decorrência de atos de outros particulares que, em tese, teriam concorrido para a contaminação de peixes*".

Indubitável, assim, conforme precedentes reiterados deste Órgão Especial[3], que a competência recursal é da Seção de Direito Privado.

3. Ante o exposto, julga-se procedente o conflito para estabelecer a competência da 2ª Câmara de Direito Privado, de acordo com o artigo 5º, I, 29, da Resolução nº 623/2013. Remetam-se os autos à Câmara suscitada.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Conflito de Competência nº 0049098-66.2014.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é suscitante 3ª CÂMARA DE DIREITO PÚBLICO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO, é suscitado 27ª 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 27ª 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 24462)**

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, LUIZ ANTONIO DE GODOY, NEVES AMORIM, BORELLI THOMAZ, JOÃO NEGRINI FILHO, JOSÉ DAMIÃO PINHEIRO MACHADO COGAN, EROS PICELI, ELLIOT AKEL, GUERRIERI REZENDE, ANTONIO CARLOS MALHEIROS, FERREIRA RODRIGUES, PÉRICLES PIZA, EVARISTO DOS SANTOS, MÁRCIO BARTOLI, JOÃO CARLOS SALETTI e ROBERTO MORTARI.

Acesso ao Sumário

3 CC nº 0018866-71.2014.8.26.0000, Rel. Des. Vanderci Álvares, j. 30.07.2014; CC nº 0201323-08.2013.8.26.0000, Rel. Des. Antônio Carlos Malheiros, j. 29.01.2014; CC nº 0184241-61.2013.8.26.0000, Rel. Des. Cauduro Padin, j. 15.01.2014; CC nº 0102491-37.2013.8.26.0000, Rel. Des. Luiz Antonio de Godoy, j. 14.08.2013; CC nº 0094284-49.2013.8.26.0000, Rel. Des. Ruy Coppola, j. 14.08.2013.

São Paulo, 22 de outubro de 2014.
LUIZ AMBRA, Relator

Ementa: Conflito de competência - Indenização derivada de acidente em estrada de rodagem - Matéria atualmente afeta à competência da Câmara suscitada (27ª, de Direito Privado), mesmo sendo ré empresa concessionária de serviço público - Conflito julgado procedente, para o reconhecimento da sua competência, e não da 3ª Câmara de Direito Público.

VOTO

Trata-se de conflito de competência em ação de indenização derivada de acidente em estrada de rodagem. Contra a sentença interpostos recursos de apelação a fls. 1038/1061 e 1065/1073, distribuídos originariamente a 27ª Câmara de Direito Privado; que deles não conheceu pelo acórdão de fls. 1138/1142, por a ré se tratar de concessionária de serviço público.

Redistribuídos os autos à 3ª Câmara de Direito Público, ali se determinou instauração do presente conflito (acórdão de fls. 1153/1159). Regularmente processado *ex vi* do despacho de fl. 1169, a douta Procuradoria de Justiça opinando (fls. 1172/1177) pela procedência, com reconhecimento da competência da 27ª Câmara de Direito Privado, suscitada.

É o relatório.

Meu voto, nos termos da manifestação da douta Procuradoria, julga procedente o conflito, reconhece competente a 27ª Câmara de Direito Privado, suscitada.

A questão, a esta altura, já se pacificou neste Órgão Especial, como o acórdão da 3ª Câmara de Direito Público deixou bem claro.

De minha relatoria, em hipótese similar (voto 22969), o Conflito de competência nº 0003490-45.2014.8.26.0000, Rio Claro. Assim ementado:

> Conflito de competência - 12ª Câmara de Direito Público e 27ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça - Acidente de veículo - Tampa de bueiro solta em via pública - Acepção ampla do termo "*acidente*", a abranger não somente as colisões entre automotores em vias de circulação, como também a danificação isolada de apenas um deles, por obstáculos eventualmente existentes na pista, como aqui - Irrelevância, face os termos da regra regimental atual, de haver órgão público responsável pela má conservação da pavimentação, ou pelo deslocamento de artefatos nela colocados, de molde a ensejar choque com veículos que nela circulem -

Acesso ao Sumário

Procedência do conflito, para declarar a competência da 27ª Câmara de Direito Privado.

Do acórdão:

"Dir-se-á que, não se tratando de choque de veículos em via pública, mas de acidente decorrente da má conservação do pavimento (bueiro a cargo do Departamento de Águas e Esgotos de Rio Claro se soltou e, sem que pudesse ser visualizado, contra ele o automotor do autor veio a se chocar e danificar) por órgão público, a competência não tocaria à 12ª Câmara de Direito Privado. A controvérsia, aqui, residindo em saber se a nova redação do atual Regimento Interno contemplaria igualmente a situação sob exame.

Está a norma regimental, agora, assim redigida (artigo 2º, inciso III, alínea "c" da Resolução nº 194/2004, após a Resolução 605 deste Órgão Especial, de 19.6.13): compete a uma das Câmaras compreendidas entre a 25ª e a 36ª da Seção de Direito Privado (DP3), o julgamento das ações

'*Que versem sobre a posse, domínio ou negócio jurídico que tenha por objeto coisas móveis, corpóreas e semoventes, 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 a alínea 'd''*.

Em hipótese similar, de obstáculo na pista de rodagem decorrente de falta de fiscalização (***atropelamento de animal*** na pista de rolamento), adotou o Órgão Especial interpretação lata dessa ordem, a propósito o Conflito de Competência nº 0180564-23.2013.8.15.0000, de Santa Rita do Passa Quatro, relator o Desembargador Itamar Gaino, j. 13.11.13.

Quer dizer, acidente de trânsito será aquele que envolva, de qualquer modo, automotor a trafegar. Inclusive quando se choque contra obstáculos inertes deixados no pavimento. Ou quando o condutor venha a perder o controle em decorrência de situações outras; como, v.g., a existência de ***buracos na pista***, a dificultar a circulação, ou a falta de sinalização adequada.

Isso estabelecido, meu voto provê o conflito, declara competente a 27ª Câmara de Direito Privado, à qual na sequência deverão ser cambiados os autos."

Note-se bem. Segundo a norma regimental nova, ao Direito Privado compete o exame de ações derivadas de acidentes de veículos em geral, "***ainda que envolvam a responsabilidade civil do Estado***, ***concessionárias e permissionárias*** de serviços de transporte".

Diante da clareza do atual regramento, não há mais o que discutir. Daí a procedência do conflito, pelo meu voto, para ter como competência a Câmara suscitada, 27ª de Direito Privado.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Conflito de Competência nº 0056242-91.2014.8.26.0000, da Comarca de Presidente Venceslau, em que é suscitante 5º GRUPO DE CÂMARAS DE DIREITO PÚBLICO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO, é suscitado 19º GRUPO DE CÂMARAS DE DIREITO PRIVADO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em Órgão Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "JULGARAM O CONFLITO PROCEDENTE E COMPETENTE O 19º GRUPO DE CÂMARAS DE DIREITO PRIVADO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO. V.U. IMPEDIDO O EXMO. SR. DES. ANTONIO CARLOS VILLEN.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 22.688 (OE))**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores JOSÉ RENATO NALINI (Presidente sem voto), ADEMIR BENEDITO, LUIZ ANTONIO DE GODOY, NEVES AMORIM, BORELLI THOMAZ, JOÃO NEGRINI FILHO, JOSÉ DAMIÃO PINHEIRO MACHADO COGAN, EROS PICELI, GUERRIERI REZENDE, XAVIER DE AQUINO, ANTONIO CARLOS MALHEIROS, FERREIRA RODRIGUES, EVARISTO DOS SANTOS, MÁRCIO BARTOLI, JOÃO CARLOS SALETTI, ROBERTO MORTARI, LUIZ AMBRA, FRANCISCO CASCONI, PAULO DIMAS MASCARETTI, VANDERCI ÁLVARES e ARANTES THEODORO.

São Paulo, 12 de novembro de 2014.

TRISTÃO RIBEIRO, Relator

Ementa: CONFLITO DE COMPETÊNCIA. Ação rescisória. Acórdão rescindendo proferido pelo extinto Primeiro Tribunal de Alçada Civil. Ação discriminatória de terras devolutas. Competência fixada pela causa de pedir. Discussão acerca do domínio de bem imóvel rural. Relação jurídica situada no âmbito do Direito Privado, ainda que envolva ente público. Matéria pertencente à Seção de Direito Privado. Artigo 5º, inciso II, item II.5, da Resolução nº 623/2013, deste E. Tribunal de Justiça. Precedentes. Fixação da competência do 19ª Grupo de Câmaras de Direito Privado. Conflito procedente.

Acesso ao Sumário

VOTO

Vistos.

Trata-se de conflito de competência suscitado pelo COLENDO 5º GRUPO DE CÂMARAS DE DIREITO PÚBLICO, no julgamento da Ação Rescisória nº 00118340-49.2013.8.26.0000, da Comarca de Presidente Venceslau, por entender este órgão fracionário tratar-se de ação cuja matéria se insere na competência da Seção de Direito Privado da Corte.

O recurso foi, inicialmente, distribuído ao EGRÉGIO 19º GRUPO DE CÂMARAS DE DIREITO PRIVADO e, por decisão proferida pelo eminente Desembargador Relator Sérgio Gomes, em 17 de junho de 2013, ordenou-se a redistribuição dos autos para a Seção de Direito Público, sob o fundamento de que o feito envolve terras consideradas de domínio público (fls. 1556).

Redistribuído o feito ao COLENDO 5º GRUPO DE CÂMARAS DE DIREITO PÚBLICO, por v. acórdão proferido em sessão de julgamento realizada no dia 15.04.2014, este órgão fracionário suscitou o presente conflito de competência, invocando o item II.5, do artigo 5º, da Resolução nº 623/2013 ("***ações discriminatórias de terras e as relativas a servidão de caminho e direito de passagem***"). Sustenta-se que a matéria versa domínio de imóvel rural, envolvendo relação eminentemente de Direito Privado (fls. 1702/1710).

Manifestou-se a douta Procuradoria-Geral de Justiça pela procedência do conflito, reconhecendo-se a competência do 5º Grupo de Câmaras da Seção de Direito Público, ora suscitante, para conhecer, processar e julgar a ação rescisória (fls. 1719/1723).

É o relatório.

Trata-se de pedido de rescisão do acórdão de fls. 1017/1031, proferido pela 12ª Câmara do extinto Primeiro Tribunal de Alçada Cível, nos autos do recurso de apelação interposto em face de sentença proferida em ação discriminatória. Pretendem os autores rescindir o referido acórdão, que manteve a sentença de procedência (fls. 846/875) da mencionada ação, ajuizada pela Fazenda Pública do Estado de São Paulo, para declarar devolutas e de domínio público as terras da Fazenda "Triângulo", Fazenda "Figueira" e Fazenda "São João", integrantes do 12º Perímetro de Presidente Venceslau, conferindo parcial provimento ao recurso apenas para reconhecer o direito à indenização aos possuidores. Sustentam os autores "que o Estado não se desincumbiu do seu ônus probatório de demonstrar que a terra é devoluta, quanto à ocorrência da prescrição aquisitiva das áreas pelos antecessores dos ora autores, declarando-se, por consequência, a higidez da propriedade deles".

Inicialmente, cumpre anotar que o Regimento Interno deste Tribunal de Justiça dispõe no artigo 37, § 1º, que é de competência dos Grupos de Câmaras o julgamento de ações rescisórias, além de outros feitos que, pela sua natureza,

Acesso ao Sumário

forem de sua competência.

Feita tal consideração, tem-se que a competência, em regra, não é definida pela qualidade das partes, mas em razão da matéria, a partir da causa de pedir e do pedido, fixados na inicial, nos termos do artigo 100, do Regimento Interno desta E. Corte de Justiça, *in verbis*: "***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***".

Na hipótese, a demanda envolve discussão acerca do domínio de determinada área rural, caracterizando relação jurídica típica de Direito Privado, ainda que uma das partes seja ente público e que a área tenha sido declarada como devoluta e de domínio público.

Vale ressaltar que, antes da extinção dos Tribunais de Alçada do Estado, pela Emenda Constitucional nº 45/2004, a competência para o julgamento das ações discriminatórias de terras era do Primeiro Tribunal de Alçada Civil. Posteriormente, a competência foi atribuída à Seção de Direito Privado, das 11ª a 24ª Câmaras, nos termos do Anexo I, do Provimento nº 63/2004, e do artigo 2º, inciso III, letra "b", da Resolução nº 194/2004 (com redação posteriormente alterada pela Resolução nº 281/06).

Atualmente, a matéria se insere no âmbito da competência da Seção de Direito Privado, nos termos do item II.5, do inciso II, do artigo 5º, da Resolução nº 623/2013, do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, *in verbis*: "***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: II – Segunda Subseção, composta pelas 11ª a 24ª Câmaras, e pelas 37ª e 38ª, com competência preferencial para o julgamento das seguintes matérias: II.5 – Ações discriminatórias de terras e as relativas a servidão de caminho e direito de passagem***".

Acesso ao Sumário

A respeito da questão, há precedentes deste Colendo Órgão Especial: "***CONFLITO DE COMPETÊNCIA. Arguição em apelação interposta contra sentença proferida em ação discriminatória de terras ajuizada por ente municipal com o objetivo de identificação e separação de terras devolutas de terras de propriedade particular. Decisão que julgou improcedente a ação. Competência recursal que se define pela causa de pedir, a firmar a competência das 11ª a 24ª Câmaras de Direito Privado. Aplicação do Provimento nº 63/2004 e da Resolução nº 194/2004. Inteligência do artigo 100 do Regimento Interno do Tribunal de Justiça. Conflito julgado procedente e competente a suscitada, colenda 17ª Câmara de Direito Privado deste Tribunal de Justiça***" (CC nº 0047621-76.2012.8.26.0000, Marília, Rel. Des. Mario Devienne Ferraz, j. em 30.05.2012).

"***CONFLITO DE COMPETÊNCIA. ARGUIÇÃO EM AGRAVO DE INSTRUMENTO INTERPOSTO PELO ESTADO DE SÃO PAULO NOS AUTOS DE AÇÃO DE USUCAPIÃO AJUIZADA POR PARTICULAR. COMPETÊNCIA RECURSAL QUE SE FIXA MEDIANTE OS TERMOS DA PETIÇÃO INICIAL, E NÃO PELA QUALIDADE DAS PARTES. APLICAÇÃO DO ARTIGO 100 DO REGIMENTO INTERNO, DO PROVIMENTO Nº 63/2004 E DA RESOLUÇÃO Nº 194/2004, TODOS DESTE TRIBUNAL. CONFLITO JULGADO PROCEDENTE RESTANDO FIXADA A COMPETÊNCIA DA 10ª CÂMARA DA SEÇÃO DE DIREITO PRIVADO***" (CC nº 0054468-60.2013.8.26.0000, São Paulo, Rel. Des. Márcio Bartoli, j. em 12.06.2013).

"***Conflito de competência. Ação de usucapião. Imóvel urbano. Contestação apresentada pelo Poder Público Estadual. Alegação de propositura de ação discriminatória que envolve área maior. 1. O critério balizador da competência recursal é estabelecido com vistas ao conteúdo da petição inicial, em que são definidos os limites da lide, compreendidos pedido e causa de pedir. 2. A competência para processar e julgar ação de usucapião de bem imóvel urbano é da Subseção de Direito Privado 1 (Câmaras 1ª a 10ª), não a afastando a contestação apresentada pelo poder público, embasada na alegação de se tratar de bem inserido em área maior objeto de ação discriminatória. Inteligência do artigo 1º, da Resolução nº 281/2006, que deu nova redação ao artigo 2º, inciso III, alínea "a", da Resolução nº 194/2004. Reconhecida a competência da 10ª Câmara de Direito Privado para processar e julgar o recurso. Conflito de competência procedente***" (CC nº 0096613-34.2013.8.26.0000, Rel. Des. Itamar Gaino, j. em 24.07.2013).

"***Conflito de competência. Ação de usucapião de bem imóvel. Recurso interposto pela Fazenda do Estado. Competência recursal que não é afetada pela qualidade pessoal da interveniente, nem pela alegação de que se cuida de imóvel situado em área devoluta. Competência que é ditada pela matéria sobre a qual versa a propositura, extraída dos termos da petição inicial. Art. 100 do RITJSP. Julgamento que consoante as Resoluções nºs 194/2004 e 623/2013 incumbe às Câmaras da Primeira Seção de Direito Privado. Conflito acolhido, reconhecida a competência da Câmara suscitada***" (CC nº 0170927-48.2013.8.26.0000, São Paulo, Rel. Des. Arantes Theodoro, j. em 27.11.2013).

Ante o exposto, julga-se procedente o presente conflito para estabelecer a competência do 19º Grupo de Câmaras de Direito Privado desta Corte para o julgamento da presente ação rescisória, nos termos do artigo 5º, item II.5, da Resolução nº 623/2013, do Tribunal de Justiça de São Paulo, remetendo-se os autos, oportunamente, ao suscitado.

Acesso ao Sumário

CÂMARA ESPECIAL

Agravos de Instrumento

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2113223-09.2014.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que são agravantes N.M.A.F. e M.H.A.L.M.A., são agravados J.O. e V.L.S..

ACORDAM, em Câmara Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento ao recurso, V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 20.132)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores EROS PICELI Vice-Presidente (Presidente) e GUERRIERI REZENDE (Decano).

São Paulo, 3 de novembro de 2014.

RICARDO ANAFE, Relator e Presidente da Seção de Direito Público

Ementa: Agravo de Instrumento - Guarda.

Guarda de fato da menor concedida a casal de confiança da genitora e que perdura há mais de dez meses - Vínculos de afetividade já estabelecidos - Concessão da guarda provisória aos agravantes, com base no artigo 33, parágrafo 2º, do ECA - Possibilidade, diante da excepcionalidade da situação - Inaptidão da genitora para assunção dos cuidados da filha - Ausência de família extensa apta ou interessada em assumir, no momento, a guarda da menor - Criança de tenra idade e que necessita de cuidados e tratamentos médicos específicos e especializados - Guardiães que demonstraram reunir condições e aptidão para o exercício da função - Possibilidade de reversão da guarda provisória, desde que a medida atenda aos interesses da menor - Situação excepcional que melhor se coaduna com o princípio da proteção integral e que deverá ser acompanhada pelo Juízo *a quo*, com a realização de estudo social.

Dá-se provimento ao recurso.

Acesso ao Sumário

VOTO

1. Trata-se de recurso de agravo de instrumento interposto por N.M.A.F. e M.H.A.L.M.A. contra decisão do MM. Juiz da Vara da Infância e Juventude do Foro Regional de Itaquera (fls. 100/105), que indeferiu o pedido de guarda provisória da menor S.K.S.O..

Sustentam, em síntese, que a criança, nascida em 29.04.2013, foi-lhes confiada por decisão voluntária dos pais, e que já se encontra adaptada à nova família, cuja guarda de fato exercem há 10 meses. Narram que foram surpreendidos pelo ajuizamento de ação de acolhimento, com ordem de busca e apreensão da menor, mandado expedido em 13 de junho e cumprido em 24 de junho p.p..

Requerem a concessão da guarda provisória, com o imediato desacolhimento da criança.

O pedido de concessão de efeito suspensivo/ativo ao agravo foi deferido, com atribuição da guarda provisória da menor aos agravantes, com o consequente desacolhimento (fls. 204/208).

O Ministério Público noticiou a propositura de ação de destituição do poder familiar e requereu a reconsideração da decisão de fls. 204/208, pedido negado (fl. 306).

Em contraminuta, a genitora confirmou que entregou a criança para os agravantes, casal que já conhecia há anos e confiava. Entende que os agravantes possuem condições de cuidar da infante e nega que tenha recebido vantagens ilícitas (fls. 331/339).

A Procuradoria Geral de Justiça opinou pelo provimento do recurso (fls. 349/354).

É o relatório.

2. O recurso comporta provimento.

Ex ante, a matéria reiterada em contraminuta e relativa à expedição de ofício e envio de cópias aos órgãos nacionais e internacionais de defesa de direitos humanos, como já decidido (fl. 329), extrapola o objeto do presente agravo de instrumento.

Passo à análise do mérito das razões recursais.

Cinge-se o julgamento do agravo ao exame da presença ou não dos requisitos necessários à concessão da guarda provisória da menor em favor dos agravantes. Não cabe, nesta via estreita, o exame definitivo da matéria de fundo da ação de guarda originalmente proposta, pena de supressão de grau de jurisdição.

Entretanto, a análise do reclamo trazido à apreciação requer exame do

Acesso ao Sumário

contexto fático, a fim de garantir o direito da menor, sempre atento ao princípio da proteção integral e ao superior interesse envolvido.

Trata-se de agravo de instrumento tirado contra a decisão que indeferiu o requerimento liminar de guarda provisória na ação de guarda, na defesa dos interesses da menor S.K.S.O., nascida em 29 de abril de 2013.

A agravada tem sete filhos e se encontra em acompanhamento técnico em razão da grave situação de risco a que expõe os menores, cuja vulnerabilidade já foi objeto, inclusive, de denúncias anônimas e de intervenção policial.

Os agravantes tomaram conhecimento da situação de abandono material e afetivo dos menores e se aproximou de um dos filhos da agravada, S.K.S.O., que estava em péssimas condições de saúde, na rua, nas proximidades de uma farmácia, com a genitora. Na oportunidade, passaram a prestar auxílio para toda a família.

Consta que a agravada, meses após, confiou, voluntariamente, a guarda da menor aos agravantes.

Ciente dos fatos, o Ministério Público propôs ação de acolhimento institucional (Processo nº 1011671-94-2014), sendo que o magistrado deferiu o requerimento liminar de busca e apreensão da menor, que se encontrava há dez meses sob a guarda de fato dos agravantes.

O mandado de busca e apreensão foi cumprido em 23 de junho de 2014. Em 18 de julho, esta Relatoria concedeu efeito ativo ao agravo e concedeu a guarda provisória aos agravantes, com imediato desacolhimento da infante.

De suma importância salientar que o acolhimento causou grande sofrimento à criança, como se pode verificar do Relatório do Serviço de Acolhimento: "**S. chorou muito, vem apresentado dificuldade em se alimentar e no sono também chama pelo 'papa', pelo 'nenê' e pelo 'au au', faz-se necessário que toda a equipe dispense maior atenção, para que o processo de adaptação ocorra da melhor forma possível**" (fl. 281).

Indiscutível a precária situação da família natural, acompanhada pelo Conselho Tutelar desde 2010.

Conforme relatórios que constam dos autos, a infante possui outros seis irmãos, todos residindo com a genitora e seu companheiro em "precária condição de habitabilidade, segurança e higiene" (fl. 158). Patente a negligência. Há notícia de falecimento do filho mais velho da genitora, de grave doença do companheiro não tratada e da não realização de pré-natal quando da gravidez de S..

Evidente, assim, a falta de condição e preparo da genitora para receber a criança. Não há, ainda, informação sobre a possibilidade da colocação imediata da criança com a família extensa, especialmente porque não foram realizados os estudos já determinados por este Relator (fl. 208).

Os fatos são delicados e exigem imediata solução, buscando preservar os interesses da menor e sua proteção integral, objetivo primordial do ECA.

Não vislumbro, até o presente momento, indícios de má-fé dos agravantes. Como exposto, o auxílio prestado pela agravante foi motivado, ao que parece, pela grave situação da genitora e seus filhos, o que perdura há anos e sem solução. A indignação é tamanha, que, conforme relatório de fl. 153, em uma das visitas, as conselheiras foram abordadas por uma vizinha que clamou por ajuda às crianças.

Os documentos apresentados com a inicial atestam que todos os cuidados estão sendo dispensados à menor, que conviveu com o casal e a filha, da mesma idade, por quase um ano.

Nota-se que S. nasceu sem qualquer acompanhamento médico, quando a família já estava monitorada pelo Conselho Tutelar, e passou a ser criada em péssimas condições, com riscos à sua integridade, ignorando a genitora todas as determinações do Conselho Tutelar e da Justiça (fls. 153/154 e 159).

Sob essa perspectiva, encontram-se presentes a verossimilhança das alegações, bem como o receio de dano grave de difícil e incerta reparação.

Razoável que, enquanto perdurar a situação, S. permaneça com a família que a acolheu, minimizando o sofrimento de seu abandono e abrupta retirada do novo lar.

De suma importância salientar que, embora a situação da família de S. esteja sendo acompanhada pelo Conselho Tutelar desde 2010, a ação de destituição do poder familiar somente foi ajuizada em 28 de julho p.p., após a concessão de efeito suspensivo/ativo ao agravo.

É certo que os agravantes não tem vínculo parental com a menor. Contudo, observo que a guarda provisória deferida não significa preparação para eventual adoção, pois não cabe, no momento, fazer qualquer consideração a respeito.

Por outro lado, a situação da infante exige redobrada atenção, quer pela fragilidade física e tenra idade, quer pela patente inaptidão da genitora em dispensar-lhe os cuidados mínimos de que necessita.

E os agravantes tem se mostrado dispostos a suprir-lhes as necessidades e, ao que tudo indica, reúnem condições favoráveis para o exercício do mister.

Não se olvida que são da menor, os interesses a serem protegidos acima de quaisquer outros. Nesse sentido, deve-se buscar a medida que melhor atenda ao superior interesse envolvido, sempre atento ao princípio da proteção integral.

Anoto, por oportuno, que a guarda em exame é aquela prevista no art. 33, § 2º, da Lei nº 8.069/90, e visou a atender à peculiar situação em que se encontrava a infante.

Dispõe o art. 33, § 2º, do ECA:

Acesso ao Sumário

"**Art. 33. A guarda obriga à prestação de assistência material, moral e educacional à criança ou adolescente, conferindo a seu detentor o direito de opor-se a terceiros, inclusive aos pais.**

§ 2º. Excepcionalmente, deferir-se-á a guarda, fora dos casos de tutela e adoção, para atender a situações peculiares ou suprir a falta eventual dos pais ou responsável, podendo ser deferido o direito de representação para a prática de atos determinados."

Por epítome, como bem asseverado pela Procuradoria Geral de Justiça, em seu parecer, "**(...) essa situação dramática vivida pela família de origem de S., que era objeto de exploração com a tolerância e omissão da rede de proteção, não significa que a conduta dos agravantes esteja contaminada com a imoralidade da finalidade de comércio de vida que é tipificada como crime no artigo 238, parágrafo único do ECA, e os dados objetivos não se ajustam à condenação antecipada dos Agravantes, decretada pelo Juízo da Infância de Itaquera como justificativa e fundamento para a medida extrema de acolhimento institucional que se revelou uma violência contra a própria criança e sua dignidade humana, porque desprezou a sua afetividade já estabelecida com os Agravantes, a filha genética deles com quem S. sempre conviveu e toda a família extensa dos Agravantes que também, por força da natureza humana, estabeleceu afetividade pela convivência positiva**" (fls. 350/351). Ressalvando, ainda, que "**a medida violenta do acolhimento institucional de criança bem cuidada por família escolhida pela mãe só se justifica se há inadequação moral ou ambiente familiar desajustado que justifique medida extrema**" (fl. 351).

Desse modo, com fundamento no artigo 33, parágrafo 2º, do Estatuto da Criança e do Adolescente, impõe-se a reforma da decisão agravada para tornar definitiva a liminar concedida e atribuir a guarda provisória da menor S.K.S.O. aos autores/agravantes, com a realização de estudo social junto aos guardiões, da forma exposta na decisão de fls. 204/208.

3. Ante o exposto e pelo arrimo esposado, dou provimento ao recurso.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2079755-54.2014.8.26.0000, da Comarca de (...), em que são agravantes E.R.C.S. e J.C.S., são agravados A.J.F.L., L.F.C.S. e L.W.O..

ACORDAM, em Câmara Especial 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 576)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores EROS PICELI (VICE-PRESIDENTE) (Presidente) e ARTUR MARQUES (PRES. DA SEÇÃO DE DIREITO PRIVADO).

São Paulo, 27 de outubro de 2014.

ISSA AHMED, Relator

Ementa: AGRAVO DE INSTRUMENTO. Legitimidade recursal dos agravantes, que, embora não sejam parte, foram diretamente afetados pela decisão atacada (art. 499, § 1º, CPC).

AGRAVO DE INSTRUMENTO. Procedimento Apurador de Infração e Irregularidades em Entidade de Atendimento. Averiguação de suposta submissão de internos da unidade de (...) da Fundação C.A.S.A. a tortura física e psicológica. Decisão que, após oitiva do Ministério Público, e a despeito de não requerido na representação elaborada pelo *parquet*, afastou provisoriamente os agravantes, agentes da entidade, de suas funções. Legitimidade ativa concorrente alternativa para a deflagração de procedimento apurador de irregularidades em entidades de atendimento (*caput* do art. 191, ECA). Aforamento por um dos legitimados (*in casu*, Ministério Público) que impede a atuação dos demais legitimados. Procedimento em que somente pode figurar no polo passivo o dirigente da entidade (inteligência dos arts. 191, pár. ún., e 192, do ECA). Decisão que, ao atingir outros agentes, que sequer foram citados, ofende os princípios constitucionais da anterioridade penal, da individualidade da pena, do devido processo legal, da ampla defesa e do contraditório. Recurso provido.

VOTO

Cuida-se de AGRAVO DE INSTRUMENTO interposto por E.R.C. e J.C.S. contra a r. decisão interlocutória que, em procedimento apurador de infração e irregularidades em entidade governamental de atendimento, afastou provisoriamente os agravantes, agentes da unidade de (...) da Fundação Centro de Atendimento Socioeducativo ao Adolescente (Fundação C.A.S.A.), de suas funções.

Foi negada a atribuição de efeito suspensivo ativo ao recurso, tal qual

Acesso ao Sumário

postulado pelos agravantes (decisão de fls. 64/66).

Regularmente intimados, os agravados apresentaram contraminuta ao recurso (fls. 73/75).

Prestadas informações judiciais pelo meritíssimo juízo de origem (fls. 76/104).

A douta Procuradoria de Justiça opinou em seu parecer pelo provimento do recurso (fls. 107/108).

É O RELATÓRIO.

Inicialmente, cumpre destacar que, como será adiante demonstrado, os agravantes não são parte passiva no processo originário.

Todavia, por terem sido diretamente afetados pela r. decisão atacada, gozam de legitimidade recursal, na qualidade de terceiros prejudicados, tal qual expressamente autorizado pelo artigo 499, § 1º, do Código de Processo Civil, aqui empregado subsidiariamente.

Neste sentido aponta a jurisprudência do C. Superior Tribunal de Justiça, conforme ementas transcritas no comentário de número "3" ao artigo 499 do CPC, constantes do "Código de Processo Civil Anotado" de Humberto Theodoro Junior (18ª ed. rev., atual. e ampl., Rio de Janeiro, Editora Forense, 2014, pp. 630/631):

> "*O terceiro prejudicado, legitimado a recorrer por força do nexo de interdependência com a relação* sub judice *(art. 499, § 1º, do CPC), é aquele que sofre um prejuízo na sua relação jurídica em razão da decisão*" (STJ, REsp 1.091.710/PR, Rel. Min. Luiz Fux, Corte Especial, jul. 17.11.2010, DJe 25.03.2011)
>
> "'*Na forma do artigo 499, § 1º, do Código de Processo Civil, o recurso de terceiro prejudicado está condicionado à demonstração de prejuízo jurídico da decisão judicial, e não somente do prejuízo econômico, ou seja,* ***deve existir nexo de interdependência entre o interesse do terceiro e a relação jurídica submetida à apreciação judicial****' (EDcl na MC 16.286/MA, Rel. Ministro João Otávio de Noronha, Quarta Turma, DJe 19.10.2010)*" (STJ, AgRg no REsp 1.180487/RJ, Rel. Min. Benedito Gonçalves, 1ª Turma, jul. 12.04.2011, *DJe* 15.04.2011) (grifos constantes do original).

No caso posto, é latente o nexo de interdependência entre o interesse dos agravantes e a relação jurídica submetida à apreciação judicial, tal qual exigido pelo § 1º do reportado dispositivo normativo: afinal, só estão os agravantes liminarmente suspensos de suas funções por força da decisão recorrida.

Presentes, assim, os pressupostos de admissibilidade, inclusive o da legitimidade recursal, o agravo deve ser conhecido.

Acesso ao Sumário

E, no mérito, deve ser provido o recurso.

Em que pese o entendimento do douto magistrado *a quo*, a r. decisão atacada, ao afastar cautelarmente os agravantes de suas funções, extrapolou os limites estabelecidos em lei para os procedimentos dessa natureza.

Pois bem. Tem-se que a legitimidade ativa para a deflagração de procedimentos voltados à apuração de irregularidades e infrações em entidades governamentais ou não-governamentais de atendimento é ***concorrente***[1].

O *caput* do artigo 191 da Lei nº 8.069/1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente) é claro ao dispor que tais procedimentos poderão ser iniciados mediante portaria da autoridade judiciária ***ou*** representação do Ministério Público ***ou*** (representação) do Conselho Tutelar.

Não se trata, porém, de legitimidade concorrente disjuntiva, na qual cada um dos legitimados poderá, paralelamente, instaurar o procedimento; trata-se, sim, de legitimidade concorrente ***alternativa***: caso um dos três concorrentemente legitimados a iniciar o procedimento de apuração tome a frente e o deflagre, os demais estarão automaticamente impedidos de fazê-lo.

No caso em tela, tem-se que o procedimento foi instaurado pelo Ministério Público - conforme reconhecido, inclusive, pelo douto juízo *a quo*, como se infere do documento de fl. 90, consistente em cópia do despacho de fls. 31/32 dos autos de origem, e no qual se lê em seu último parágrafo: "*Entendo que a manifestação de fls. 30, secundando a petição inicial, estaria caracterizando representação do próprio Ministério Público para apuração de eventual irregularidade na entidade de atendimento, nos termos da Sessão VI, do Capítulo III do ECA (artigos 191 a 193)*".

Assim, uma vez consolidada a legitimidade ativa do Ministério Público para o procedimento, com o oferecimento de representação nos termos do *caput* do artigo 191 do ECA, somente ao *parquet* caberia estabelecer os limites da lide, seja na fixação de seu objeto (*res in judicio deducta*), seja na indicação dos sujeitos a figurar no polo passivo da demanda.

E isso foi feito às fls. 49/58 dos autos originários - cujas cópias se encontram também às fls. 49/58 do presente recurso. Basta, para tanto, ler os pedidos constantes de reportado parecer ministerial (fls. 57/58), dos quais tem-

Acesso ao Sumário

1 Neste sentido é a lição de Francismar Lamenza, ao comentar o *caput* do artigo 191 do ECA: "Quando da existência de indícios de irregularidades em entidade governamental de atendimento (*v*. arts. 90 e segs. do ECA, assim como arts. 11 e 12, ambos da Lei n. 12.594/2012), será iniciado o procedimento para sua apuração. Tal poderá ser de iniciativa da própria autoridade judiciária, mediante expedição de portaria. Embora tal gesto constitua exceção ao princípio da inércia (*ne procedat judex ex officio*), cabe ao juiz da Infância e da Juventude a tarefa de fiscalizar as entidades de atendimento sob sua jurisdição, e portanto cabe a ele expedir a portaria inaugural de procedimento de apuração de irregularidades em determinada entidade tão logo o gato lhe venha ao conhecimento. **Essa iniciativa é concorrente com a do Ministério Público e do Conselho Tutelar** (*v*. o art. 95 do Estatuto)" (*in* "Estatuto da Criança e do Adolescente interpretado: artigo por artigo, parágrafo por parágrafo", coord. por Antônio Cláudio da Costa Machado. Barueri, Editora Manole, 2012. Comentário ao *caput* do artigo 191 do ECA, p. 302) (grifou-se).

se que foi incluído no polo passivo do procedimento tão somente o dirigente da unidade de (...) da Fundação C.A.S.A., Sr. L.V.O.N..

Mais: assim agiu o nobre membro do Ministério Público até por inteligência dos artigos 191, parágrafo único, e 192, ambos do ECA, dos quais se extrai que **apenas o dirigente da entidade de atendimento poderá ser parte passiva em procedimentos de apuração de irregularidades**; afinal, apenas ele será citado para oferecer resposta escrita (art. 192), e somente ele poderá ser liminarmente afastado do cargo pela autoridade judiciária competente (parágrafo único do art. 191).

Não poderia, então, o douto juízo *a quo*, extrapolando o polo passivo da representação ofertada pelo Ministério Público - e também os limites legalmente estabelecidos pelo Estatuto da Criança e do Adolescente para casos desse jaez - cautelarmente decretar o afastamento dos agravantes de suas funções.

A uma, porque, como dito, não figuram os recorrentes como parte do processo e, portanto, não tem sequer a condição de se defenderem ou de ao menos exercerem o contraditório.

A duas, pois nem mesmo foi requerido pelo Ministério Público o afastamento provisório dos agravantes de suas funções - basta ler o item "C" de fls. 57 para ver que, no máximo, requereu o *parquet* o "*encaminhamento de cópias integrais do (...) feito à Corregedoria da Fundação Casa, para apuração disciplinar das condutas do Coordenador J.C.S. (...)*".

Tem-se, destarte, que a decisão recorrida, ao liminarmente suspender os recorrentes de suas funções, alcançou terceiros, além do polo passivo, indicado na representação. Preleciona Fernando da Costa Tourinho Filho:

> "*Iniciada a ação, quer no cível, quer no penal, fixam-se os contornos da* res in judicio deducta*, de sorte que o Juiz deve pronunciar-se sobre aquilo que lhe foi pedido, que foi exposto na inicial pela parte. Daí 'se segue que ao Juiz não se permite pronunciar-se, senão sobre o pedido e nos limites do pedido do autor e sobre as exceções e nos limites das exceções deduzidas pelo réu'. Quer dizer então que, do princípio do* ne procedat judex ex officio*, ou, como dizem os alemães, do princípio do* Wo kein Ankläger ist, da ist auch kein Richter *(onde não há acusador não há Juiz), decorre uma regra muito importante, de aplicação tanto no cível como no penal:* ne eat judex ultra petita partium*, isto é, o Juiz não pode dar mais do que foi pedido, não pode decidir sobre o que não foi solicitado*" (*in* "Processo penal", volume 1, 35. ed. rev. e atual., São Paulo, Saraiva, 2013, p. 79).

Não se nega que os fatos narrados na peça aforada pela Defensoria Pública (fls. 14/23) e nos documentos que a instruíram (fls. 24/39), bem como os relatos constantes dos depoimentos colhidos já em juízo (fls. 40/48), noticiam graves

Acesso ao Sumário

ocorrências, que certamente devem ser profundamente apuradas - penalmente, inclusive.

Para tanto, cabe a verificação dos fatos atribuídos aos agentes que não exerçam o cargo de dirigente da entidade nas esferas criminal (aonde se processarão eventuais ilícitos penais constatados) e administrativa - esta, a realizar-se pela Corregedoria da Fundação C.A.S.A, que poderá, inclusive, nas respectivas sindicâncias e procedimentos disciplinares, nos quais são resguardados os direitos à ampla defesa e ao contraditório, impor aos funcionários considerados culpados as sanções cabíveis e adequadas à gravidade dos fatos.

No âmbito do Juízo da Infância e da Juventude, porém, especialmente em procedimento para se averiguar irregularidades em entidade de atendimento, dada apuração somente é possível com relação ao dirigente da entidade, por expressa limitação imposta pelo legislador.

Estender os rígidos limites estabelecidos nos mencionados dispositivos normativos (arts. 191, pár. ún., e 192, ECA) ofende os seguintes princípios constitucionalmente insculpidos na Carta da República: ***anterioridade penal*** (art. 5º, inc. XXXIX, CF/88) (embora não se trate, a rigor, de crime, não se afasta a aplicação deste princípio, dado o inegável caráter de sanção do afastamento dos agravantes de suas funções, e a falta de previsão normativa expressa autorizando o seu afastamento, provisório ou definitivo, pela juízo da Infância e da Juventude); ***individualidade da pena*** (art. 5º, inc. XLVI, CF/1988) (afinal, o afastamento previsto nos artigos 191, pár. ún., e 193, § 2º, ECA, o qual, como já dito, tem inegável natureza sancionatória - além de cautelar e protetiva, é verdade - só poderá ser aplicado ao dirigente da entidade, e não aos demais funcionários); ***devido processo legal*** (art. 5º, inc. LIV) (basta dizer que os agravantes são diretamente afetados, com o afastamento cautelar de seus cargos, por decisão liminar proferida em procedimento do qual sequer são partes); e ***contraditório e ampla defesa*** (art. 5º, inc. LV) (já que os agravantes sequer figuram no polo passivo da lide, não tendo sido sequer citados para tomar ciência dos fatos que lhes são atribuídos e, assim, oferecerem defesa).

Dada a unicidade do ordenamento jurídico, e a hierarquia de reportados princípios (expressamente previstos na Lei Maior, que ilumina todo o sistema normativo pátrio), não há nem mesmo que se admitir eventual alegação de sua inaplicabilidade ao caso ora tratado.

Assim sendo, até para se homenagear mencionados princípios constitucionais, deve ser reformada a r. decisão atacada, revogando-se o afastamento liminar de seus cargos imposto aos agravantes pelo douto juízo *a quo*.

Por tais razões, **DOU PROVIMENTO** ao presente agravo de instrumento.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2118800-65.2014.8.26.0000, da Comarca de Paraibuna, em que é agravante K.D.M.L. (MENOR), é agravado DIRETOR DA EDUCAÇÃO DO MUNICÍPIO DE PARAIBUNA.

ACORDAM, em Câmara Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Por maioria deram provimento ao recurso, vencido o 3º Juiz que declarará.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 3573)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores EROS PICELI (VICE-PRESIDENTE) (Presidente) e RICARDO ANAFE (PRESIDENTE DA SEÇÃO DE DIREITO PÚBLICO).

São Paulo, 27 de outubro de 2014.

CARLOS DIAS MOTTA, Relator

Ementa: MENOR. Decisão que indeferiu a tutela antecipada que visava à disponibilização de vaga ao menor, em período integral, na rede municipal de ensino, pública ou particular conveniada, em unidade próxima de sua residência. Presentes os requisitos necessários para a concessão da tutela antecipada. Educação que é direito de todos e dever do Estado e que a sua privação acarreta sérios prejuízos à criança. Prevalência dos interesses do menor. Possibilidade de concessão da vaga em período integral. Inexistência de afronta à Resolução nº 5/2009 do CNE/CEB. Cabimento da aplicação de obrigação para custeio de creche privada em caso de falta material de vaga na rede pública. Ausência de direito à escolha de unidade escolar. Discricionariedade do ente público quanto ao modo de cumprimento da obrigação. Agravo provido.

Acesso ao Sumário

VOTO

Vistos.

Trata-se de agravo de instrumento interposto em razão da r. decisão de fls. 27/31 que indeferiu a liminar que objetivava uma vaga em creche ao menor K.D.M.L., em período integral, na rede municipal de ensino, pública ou

particular conveniada, em unidade próxima de sua residência.

Alega o agravante, em resumo, que necessita da disponibilização de vaga, pois sua genitora trabalha para sustentar o lar e que o direito de acesso à educação é garantido pela Constituição Federal (fls. 01/13).

O agravo foi processado com a concessão de efeito ativo para que a Municipalidade providencie a matrícula do menor na rede municipal de ensino, em unidade próxima de sua residência e em período integral, ou custeie creche particular, incumbência a ser conferida na origem pelo MM. Juízo, assinalado o prazo de quinze dias para disponibilização, sob pena de multa diária de R$ 200,00 (fls. 38/39).

Não foi apresentada a contraminuta (fls. 42).

A D. Procuradoria Geral de Justiça opinou pelo provimento do recurso, para manter a matrícula do agravante em estabelecimento de ensino próximo à sua residência, nos termos conferidos no efeito ativo do recurso (fls. 44/52).

É o relatório.

Inicialmente, observo não ser este o momento para julgar a causa, o que primeiro caberá ao MM. Juiz na origem. E, nos restritos limites do presente agravo de instrumento, dou-lhe provimento, na conformidade da fundamentação a seguir exposta.

No caso em tela, a documentação acostada aos autos é suficiente para demonstrar o fato constitutivo do direito pleiteado, sendo indiscutível a necessidade do menor, de obter gratuitamente vaga na rede municipal de ensino, em unidade próxima de sua residência, em período integral.

Nesse sentido, conforme disposto nos arts. 205 e 211, § 2º, da Constituição Federal, cumpre à Municipalidade o encargo de oferecer vaga em creches a todas as crianças residentes no Município. Os direitos à educação infantil, pré-escola e ao ensino fundamental são garantidos pela Constituição Federal e pelo Estatuto da Criança e do Adolescente (arts. 53, V, e 54, IV). No mesmo sentido, a Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional (Lei nº 9.394/1996).

Com efeito, os arts. 205, 208, IV, e 211, § 2º, da Constituição Federal, bem como, os arts. 53, V, 54, IV e 208, III, do Estatuto da Criança e do Adolescente, impõem ao Estado o dever de assegurar o efetivo exercício dos direitos das crianças e dos adolescentes.

Quando o Estado, por meio do Município, não oferece o atendimento a esses preceitos constitucionais e ordinários, infringe direito da criança, situação a ser corrigida pelo Judiciário. E isso não viola o princípio da separação e independência de poderes do Estado e a discricionariedade administrativa.

Não há que se falar de indevida intromissão do Judiciário no âmbito

Acesso ao Sumário

de atuação de outro Poder, porque ele só cumpre o encargo constitucional de prestar a tutela jurisdicional e compor litígios.

Nesse sentido dispõe a Súmula nº 65 desta Corte: "*Não violam os princípios constitucionais da separação e independência dos poderes, da isonomia, da discricionariedade administrativa e da anualidade orçamentária as decisões judiciais que determinam às pessoas jurídicas da administração direta a disponibilização de vagas em unidades educacionais ou o fornecimento de medicamentos, insumos, suplementos e transporte de crianças ou adolescentes*".

Ademais, o Estado não pode, em qualquer âmbito, elaborar listas de espera para direito fundamental e constitucionalmente garantido.

Na hipótese, presentes o *fumus boni iuris*, porque a pretensão encontra resguardo na esfera constitucional e infraconstitucional, como se observa dos artigos 6º, 205 e 208, incisos I e VII, da Constituição Federal, e das disposições sobre o tema contidas na Lei de Diretrizes e Bases da Educação (Lei nº 9.394/96) e no Estatuto da Criança e do Adolescente, bem como o *periculum in mora*, pois a manutenção do menor fora da creche se traduz em prejuízo evidente ao seu pleno desenvolvimento como pessoa, tal como preconizado no Texto Constitucional.

Com relação à concessão de vaga em período integral, essa questão já se encontra pacificada em nossa jurisprudência. Somente com a concessão de atendimento integral à criança é que os pais poderão exercer suas atividades laborativas a fim de prover o sustento da família e do lar.

Uma vez que não dispõem de recursos ou outros meios para atender às necessidades da prole e necessitam trabalhar para tal desiderato, está caracterizada a relevância da creche. Importante salientar que as dúvidas suscitadas pela Administração não ultrapassaram os limites do discurso, inexistindo dado algum que conduzisse à suspeita contra os genitores da criança.

Ademais, não se verifica qualquer afronta à Resolução nº 5/2009 do CNE/CEB, que em seu art. 5º prevê que:

"***A educação infantil primeira etapa da educação básica, é oferecida em creches e pré-escolas, as quais se caracterizam como espaços individuais não domésticos que constituem estabelecimentos educacionais públicos ou privados que educam e cuidam de crianças de 0 a 5 anos de idade em período diurno, em jornada integral ou parcial, regulados e supervisionados por órgão competente do sistema de ensino submetidos a controle social***"

Já no que concerne à obrigação de custear instituição de ensino

particular ao menor, é de registro ser cabível, em caso de falta material de vagas, a aplicação de obrigação para custeio de creche privada. Todavia, ressalto que tal medida deverá ser aplicada somente em última hipótese.

É que essa determinação consubstancia eficaz modo de resguardo do direito constitucional dessa criança à educação e cujo fundamento está no parágrafo 5º, do artigo 461 do Código de Processo Civil.

Nesse sentido, confira-se o aresto desta Câmara assim ementado:

"***APELAÇÃO – Ensino Infantil – Sentença concessiva da ordem em mandado de segurança para determinar a disponibilização à infante de vaga em escola de educação infantil da rede pública e, em caso de falta material de vagas, o custeio de creche particular – Preliminar visando o recebimento do recurso no efeito suspensivo – Afastamento – Decisão de acordo com as normas constitucionais e infraconstitucionais que protegem o direito ao ensino infantil – Ausência de excepcionalidade a autorizar o recebimento da apelação em seu duplo efeito – Garantia de vaga à criança por decisão judicial – Possibilidade – Exercício regular da atividade jurisdicional – Direito assegurado pela CF e pela lei ordinária – Obrigação do Município reconhecida no artigo 211 da Constituição Federal – Prova suficiente a autorizar o acolhimento do pedido – Possibilidade da aplicação de obrigação alternativa (custeio de creche particular), em hipótese excepcional, para assegurar o resultado prático da demanda, nos termos do artigo 461, § 5º, do CPC – Recursos voluntário e oficial não providos***" **(Apelação nº 0009296-05.2010.8.26.0161, Diadema, rel. Des. Martins Pinto, d.j. 14 de março de 2011).**

"***Mandado de segurança. Decisão pela qual obrigada a Municipalidade a providenciar matrícula de criança em unidade de ensino infantil próxima à respectiva residência. Admissibilidade. Aplicação dos artigos 205, 208 e 211, § 2º, da Constituição da República e 53, V, e 54, IV, da Lei 8.069/1990, assim como do disposto na Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional (Lei 9.394/1996). Direito fundamental líquido e certo que não pode ser condicionado a lista de espera e a outros critérios administrativos. Não ingerência do Poder Judiciário. Consideração às Súmulas 63, 64 e 65 deste Tribunal. Determinação para custeio de creche privada em caso de falta material de vagas. Possibilidade. Imposição de obrigação a qual eficaz ao resguardo do direito dessa menor. Desacolhimento, portanto, ao todo alegado pelo apelante. Apelação e reexame necessário improvidos***" **(Apelação nº**

Acesso ao Sumário

0026309-17.2010.8.26.0161, Câmara Especial, rel. Encinas Manfré, d.j. 12/09/2011).

No mais, ressalto que a criança não tem o direito de escolher a unidade escolar de sua preferência, e nem a mais próxima de sua residência, pois se reconhece ao ente público relativa discricionariedade quanto à forma de satisfação do dever a ele atribuído, para a organização do serviço prestado.

Ora, não há direito à vaga em escola certa, porque a expressão legal "vaga na escola pública de educação infantil ou de ensino fundamental mais próxima de sua residência" deve ser compreendida sob a perspectiva da razoabilidade.

Portanto, atendidos os requisitos necessários para a concessão da tutela pleiteada pelo menor, fica provido o agravo para determinar que o Município providencie sua matrícula na rede municipal de ensino, em unidade próxima de sua residência, até o limite de dois quilômetros, em período integral, conforme pleiteado na inicial.

Ante o exposto, dou provimento ao recurso.

DECLARAÇÃO DE VOTO VENCIDO

(Voto nº 31.033)

Vistos.

Com todo respeito, este voto diverge daquele proferido pelo relator.

A decisão agravada indeferiu o pedido de vaga em creche formulado pelo agravante sob o argumento de que não se mostra razoável compelir a Administração Pública Municipal a custear vaga em creche particular, no momento em que, em razão de acordo firmado em Termo de Ajustamento de Conduta, finaliza a construção de creche municipal para duzentas crianças, fls. 27/31.

Embora a Constituição Federal, no artigo 208, IV, garanta educação infantil, em creche e pré-escola, às crianças de até cinco anos de idade, tal prerrogativa não pode ser interpretada de modo absoluto, sem qualquer análise do caso concreto.

Se o Município de Paraibuna, cuja população é de apenas 17.388 habitantes, de acordo com o site do IBGE, está construindo uma creche para duzentas crianças em virtude de um Termo de Ajustamento de Conduta firmado com o Ministério Público, não parece razoável que seja obrigado a custear creche privada em favor da agravante.

Não é necessário muito esforço para concluir que o município de Paraibuna, cujo orçamento certamente está comprometido com a construção da creche e com diversos outros gastos, não terá condição de arcar com o custo da

Acesso ao Sumário

creche privada para todas as crianças que dela necessitem.

Essencial, portanto, que se analise a situação concreta posta em julgamento, pois os recursos escassos de um Município pequeno evidentemente não serão suficientes para fazer frente à infinidade de direitos assegurados por nossa Constituição Federal.

Nesse caso, ainda que não seja a solução ideal, deve a agravante aguardar o término das obras da creche municipal.

Desse modo, correta a decisão prolatada pelo M. Juiz, principalmente em se tratando de liminar.

Do exposto, com todo respeito pelo entendimento em contrário, nega-se provimento ao agravo de instrumento.

EROS PICELI, Desembargador, Vice-Presidente do Tribunal de Justiça e 3º Juiz vencido

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2097436-37.2014.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é agravante PROMOTOR DE JUSTIÇA DO DEPARTAMENTO DE EXECUÇÕES DA INFÂNCIA E JUVENTUDE DA CAPITAL, é agravado C.A.S. (MENOR).

ACORDAM, em Câmara Especial 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 3.627)**

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 novembro de 2014.

AIRTON PINHEIRO DE CASTRO, Relator

Ementa: Execução de medida socioeducativa – Insurgência ministerial contra a determinação de recondução do socioeducando à medida em curso após reiterados e injustificados descumprimentos – Renitência do proceder do adolescente em conflito com a lei a revelar a necessidade de adequação da medida para o atingimento do escopo ressocializador almejado – Internação por prazo certo necessária ao

Acesso ao Sumário

suprimento do déficit socioeducativo constatado – Decisão reformada – Recurso provido.

VOTO

Trata-se de agravo de instrumento interposto pelo Ministério Público, com pedido de antecipação da tutela recursal, em relação à r. decisão proferida pelo MM. Juiz de Direito da 2ª Vara Especial da Infância e da Juventude da Capital que, nos autos do processo de execução de medida socioeducativa, houve por bem reconduzir o socioeducando C.A.S. ao cumprimento de medida de semiliberdade em curso.

Sustenta, em suma, o desacerto do *decisum*, ante a inequívoca necessidade do agravado ser responsabilizado pelo descumprimento do tratamento ministrado. Aduz que diante do descumprimento injustificado da medida em curso e, cotejado o histórico infracional do adolescente, imperiosa a sua internação por prazo determinado, como previsto no art. 122, III, do ECA. Ressalta a inaptidão do motivo apresentado pelo socioeducando, para justificar o descumprimento em apreço e acrescenta que sua renitência em cumprir o tratamento ministrado, somado a perpetração de nova infração, revela periculosidade e evidencia a irresponsabilidade pessoal, ausência de limites, bem como sinais de insensibilidade ética e moral, ausência de valores, princípios e especialmente de discernimento quanto a sua postura antissocial, indicativo da probabilidade de tornar a delinquir, o que, consequentemente, reclama a pronta intervenção estatal, sobretudo para coibir a nociva e deletéria sensação de impunidade. Pugna, assim, pelo deferimento liminar da tutela recursal para ser decretada a internação-sanção pelo prazo de sessenta dias, com reavaliação em quarenta e cinco dias e, no mérito, a confirmação do pedido de urgência.

Indeferido o efeito recursal almejado (fls. 70/71), foram prestadas as informações (fls. 77/78) e respondido o recurso (fls. 87/95), opinou a douta Procuradoria Geral pelo desprovimento do agravo (fls. 99/102).

É o breve relatório.

Recurso fundado.

A internação-sanção, ou por prazo determinado, é a medida cabível nos casos de descumprimento injustificável e reiterado de medida socioeducativa aplicada em procedimento apuratório de ato infracional, objetivando compelir o adolescente em conflito com a lei a dar integral cumprimento às medidas socioeducativas impostas por sentença, e não guarda semelhança jurídica com estas, cujo desiderato é a ressocialização do jovem.

No particular, agora à luz das informações prestadas pela d. juíza *a quo* evidencia-se a ocorrência da reiteração injustificada do proceder, a apontar a necessidade de adequação do tratamento para o alcance da desejada

Acesso ao Sumário

ressocialização.

Com efeito, as informações especificam que ao jovem fora imposta medida socioeducativa de semiliberdade em decorrência da prática de infração assemelhada a tentativa de roubo descumprida no dia seguinte ao seu início (fls. 77).

No entanto, verifica-se a ocorrência de descumprimento anterior, segundo se conclui dos documentos jungidos aos autos, pois quando da prática que lhe rendeu referido tratamento em meio semiaberto, o socioeducando cumpria medida de liberdade assistida, à evidência descumprida pela prática da dita infração (fls. 19/21, 24, 26 e 35/36).

Unificadas as medidas e absorvida a liberdade assistida (fls. 48), iniciou-se o seu cumprimento, e logo, como referido nas informações, registrou-se a primeira falta (fls. 42).

Mas não é só.

Para além do descumprimento, o socioeducando envolveu-se, ainda em novo episódio infracional, aplicando-se, desta feita, prestação de serviços à comunidade (fls. 64).

Ouvido em audiência de justificação, evocou escusa nitidamente falaciosa pelas faltas, pois em confronto com a versão apontada por sua genitora. Não obstante, julgou por bem a Magistrada, reconduzi-lo ao cumprimento da semiliberdade (fls. 59), ao pálio de ter o jovem se comprometido a cumprir os termos da medida, bem como por apresentar melhoras do comportamento.

Contudo, *data venia* ao entendimento da julgadora, o proceder revela-se equivocado. Ao jovem reincidente em infrações graves e renitente ao cumprimento do tratamento, como visto, já foram dadas oportunidades para demonstrar postura responsável e condizente com sua condição de reeducando, sem a correspondência desejada.

Descumpriu todas as medidas em que fora inserido e retomou as práticas antissociais, a apontar inequívoca inadequação dos tratamentos tentados e, consequentemente, demandar sua adaptação.

Nessa quadra, a internação, por prazo certo, se mostra opção viável à tentativa de superação dos déficits socioeducativos apresentados, e sua aplicação, mais que necessária, revela-se imprescindível ao alcance da colimada ressocialização perseguida pelo estatuto menorista.

Veja-se que a renitência do agravado há se ser considerada globalmente, no contexto do processo ressocializador em que se vê inserido, daí não haver se cogitar de *bis in idem*, pela aplicação da internação-sanção, porquanto a prática de ato infracional no curso da execução da medida é apenas um dos capítulos do reiterado descumprimento identificado.

Acesso ao Sumário

Outrossim, os tratamentos previstos na Lei 8.069/90, apesar de conterem carga punitiva, têm predominante caráter pedagógico, a conferir aos seus destinatários verdadeiro direito ao tratamento adequado à reeducação, sobretudo em vista de viger nesta seara os princípios da proteção integral, superiores interesses e respeito à condição de pessoa em desenvolvimento, os quais parece não terem sidos prestigiados com a determinação em destaque.

Oportuno referir a presença dos requisitos, no caso em estudo, para a decretação da pleiteada internação.

Inconteste a reiteração, o jovem foi ainda ouvido e advertido expressamente em diversas oportunidades diante do Juiz, não tratando de remediar sua atitude (fls. 19, 35 e 57).

Diante da postura recalcitrante do paciente em cumprir a medida ministrada, não se há falar em ausência dos requisitos para tanto.

Assim é o entendimento do Colendo Superior Tribunal de Justiça:

"*HABEAS CORPUS. ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. DESCUMPRIMENTO REITERADO E INJUSTIFICADO DE MEDIDAS SOCIOEDUCATIVAS. ART. 122, III, DA LEI 8.069/90. INTERNAÇÃO-SANÇÃO DECRETADA SEM A PRÉVIA OITIVA DO MENOR INFRATOR. EVASÃO. POSSIBILIDADE.*

1. A internação-sanção está expressamente autorizada, pelo prazo máximo de 3 (três) meses, quando ocorrer descumprimento reiterado e injustificável da medida anteriormente imposta, conforme o art. 122, III e parágrafo único do ECA, sendo imprescindível, para a aplicação da medida, a prévia oitiva do adolescente.

2. Não há que se falar em constrangimento ilegal, eis que ao adolescente foi garantido o direito de ser ouvido, nos termos do art. 111, inciso V, do Estatuto da Criança e do Adolescente e da Súmula nº 265 desta Corte, não sendo possível o cumprimento da oitiva prévia pelo fato de o menor estar foragido.

3. Ordem denegada" *(HC 183.490/DF, Rel. Ministro OG FERNANDES, SEXTA TURMA, julgado em 22/03/2012, DJe 18/06/2012).*

Nesse compasso, a decisão guerreada não pode prevalecer, pois em descompasso com doutrina protetiva aplicável nos casos do jaez.

Ante o exposto, pelo meu voto, **DÁ-SE PROVIMENTO** ao recurso, para determinar a internação-sanção do agravado pelo prazo de 30 dias.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo Regimental nº 0029732-32.2013.8.26.0564/50000, da Comarca de São Bernardo do Campo, em que é agravante MUNICÍPIO DE SÃO BERNARDO DO CAMPO, é agravado C.E.R.G. (MENOR).

ACORDAM, em Câmara Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao agravo, mantendo-se, na íntegra, a decisão monocrática recorrida. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 26.573)**

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.

PINHEIRO FRANCO, Relator e Presidente da Seção de Direito Criminal

Ementa: Agravo Regimental. Art. 557, *caput*, do CPC. Decisão proferida em consonância com jurisprudência consolidada nos Tribunais Superiores e na Câmara Especial deste Tribunal de Justiça. Determinação de inclusão de criança em unidade de ensino infantil. Consagração em norma constitucional de eficácia plena e aplicabilidade imediata. Recurso manifestamente improcedente. Agravo regimental não provido.

VOTO

O Município de São Bernardo do Campo interpõe agravo regimental contra a decisão monocrática proferida por esta Presidência da Seção de Direito Criminal que negou seguimento a recurso de apelação. Requer seja o agravo conhecido e provido, reformando a decisão e possibilitando o julgamento do mérito do apelo (folhas 153/158).

É o relatório.

A decisão monocrática negou seguimento ao apelo afirmando:

"***Trata-se de apelação interposta contra sentença que, tornando definitiva a liminar deferida, concedeu a ordem, nos autos do Mandado***

Acesso ao Sumário

de Segurança impetrado por C.E.R.G., representado por sua genitora V.S.P.R., em face do Município de São Bernardo do Campo/SP, determinando a inserção da criança em rede de ensino municipal (creche), nas proximidades de sua residência e em período integral (folhas 85/94).

Em razões, a Municipalidade alega, em síntese, que o atendimento regular obedece a critérios previamente estabelecidos em obediência à lista de espera, sob pena de ofensa ao princípio da isonomia; que nem sempre é possível obedecer ao critério de proximidade; que a municipalidade vem cumprindo a norma legal na medida de sua capacidade administrativa e econômico-financeira; que a interferência do Poder Judiciário na discricionariedade administrativa contraria o princípio da separação dos Poderes, previsto na Carta Magna (folhas 103/110).

Processado o recurso, após o oferecimento de contrarrazões (folhas 125/129) e manifestação do Ministério Público (folhas 114/121), a douta Procuradoria Geral de Justiça opinou pelo desprovimento dos recursos (folhas 135/139).

É o relatório.

'**Ab initio**'*, nos termos do art. 475, I, do Código de Processo Civil, conheço do reexame necessário, bem como do recurso voluntário, por estarem presentes seus pressupostos de admissibilidade.*

O Código de Processo Civil, em seu artigo 557, **caput**, *dispõe que o relator poderá negar seguimento ao recurso se a decisão estiver de acordo com a jurisprudência dominante do respectivo Tribunal ou de Tribunal Superior, hipótese que se amolda aos autos.*

A r. decisão ora atacada, sujeita a reexame necessário, não merece qualquer reparo.

Cuida-se de mandado de segurança, pelo qual se pretende o reconhecimento de direito líquido e certo de garantir acesso de criança à educação infantil em creche da rede municipal, próximo à residência do menor e em período integral.

Com efeito, os direitos à pré-escola e ao ensino fundamental devem ser assegurados às crianças, com absoluta prioridade, nos termos do artigo 208, incisos I e IV, da Carta Magna:

'*Art. 208. O dever do estado com a educação será efetivado mediante a garantia de:*

I – educação básica obrigatória e gratuita dos 4 (quatro) aos 17 (dezessete) anos de idade, assegurada inclusive sua oferta gratuita para todos os que a ela não tiverem acesso na idade própria; (Redação dada

Acesso ao Sumário

pela Emenda Constitucional nº 59, de 2009).

(...)

IV – educação infantil, em creche e pré-escola, às crianças até 5 (cinco) anos de idade (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 53, de 2006)'.

Ao reproduzir o texto constitucional, o Estatuto da Criança e do Adolescente dispõe em seu artigo 54, inciso IV que:

'É dever do Estado assegurar à criança (...) atendimento em creche e pré-escola às crianças de zero a seis anos de idade', reconhecendo tal acesso à categoria de direito público subjetivo (parágrafo 1º).

Também não dá margem a dúvidas o artigo 53, inciso V, da Lei nº 8.069/90, que assegura o direito da criança e do adolescente à educação, com acesso à escola pública e gratuita próxima de sua residência.

Ainda sobre esta matéria, a Lei nº 9.394, de 20 de dezembro de 1996, que disciplina as diretrizes e bases da educação nacional dispõe em seu artigo 11, inciso V, que, incumbe ao Município o oferecimento de vagas em creches e pré-escolas às crianças que ali residem.

Incontroverso assim, segundo dispõe a legislação supracitada, que a educação é obrigação atribuída ao Município, mediante atendimento em creche e pré-escola, devendo o Estado, por meio do Município, criar condições que permitam o cumprimento desse direito, na instituição mais próxima à residência da criança.

No caso presente, o Município está violando o direito da criança, ao deixar de oferecer vaga em creche próxima à residência, razão pela qual, cabe ao Judiciário intervir, a fim de corrigir esta situação, sem que isto represente violação aos princípios constitucionais pela separação e independência de poderes do Estado.

Aliás, relativamente à discricionariedade administrativa atribuída à administração pública, não pode ser utilizada como argumento para violar o direito fundamental subjetivo da criança ao ensino.

A respeito do tema, em voto proferido pelo Ministro Celso de Mello, o Supremo Tribunal Federal assim decidiu:

'A educação infantil representa prerrogativa constitucional indisponível, que, deferida às crianças, a estas assegura, para efeito de seu desenvolvimento integral, e como primeira etapa do processo de educação básica, o atendimento em creche e o acesso à pré-escola (CF, art. 208, IV). (...) Os Municípios – que atuarão, prioritariamente, no ensino fundamental e na educação infantil (CF, art. 211, § 2º) – não poderão demitir-se do mandato constitucional, juridicamente vinculante, que lhes foi outorgado pelo art. 208, IV, da Lei Fundamental

Acesso ao Sumário

da República, e que representa fator de limitação da discricionariedade político-administrativa dos entes municipais, cujas opções, tratando-se do atendimento das crianças em creche (CF, art. 208, IV), não podem ser exercidas de modo a comprometer, com apoio em juízo de simples conveniência ou de mera oportunidade, a eficácia desse direito básico de índole social. (...)' (2ª Turma, ARE nº 639.337/SP-AgR, Rel. Min. Celso de Mello, DJ 15.09.2011).

Igualmente, ainda a respeito da matéria, segundo o Ministro Luiz Fux, 'o atendimento gratuito da criança de zero a seis anos em creche da rede pública encerra um direito fundamental básico, de índole social, que deve encerrar um direito fundamental básico, de índole social, que deve ser, inexoravelmente, implementado pela Administração Pública, não ficando suscetível, portanto, aos critérios de conveniência e oportunidade dos gestores públicos, tampouco a conjecturas de ordem orçamentária e estrutural dos entes públicos, não podendo 'a cláusula de reserva' ser invocada em detrimento da própria dignidade da criança, aqui projetada no seu direito ao ensino público gratuito' (REsp 736.524/SP, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA TURMA, julgado em 21/03/2006, DJ 03/04/2006).

Por outro lado, não há que se falar em interferência do Poder Judiciário em outro Poder, com violação da separação dos poderes, quando se determina a colocação em creche ou em escola, mas cumprir o disposto no artigo 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal.

Nesse sentido já decidiu o Colendo Supremo Tribunal Federal:

'Embora resida, primariamente, nos Poderes Legislativo e Executivo, a prerrogativa de formular e executar políticas públicas revela-se possível, no entanto, ao Poder Judiciário determinar, ainda que em bases excepcionais, especialmente nas hipóteses de políticas públicas definidas pela própria Constituição, sejam essas implementadas pelos órgãos estatais inadimplentes, cuja omissão por importar em descumprimento dos encargos políticos-jurídicos que sobre eles incidem em caráter mandatório mostra-se apta a comprometer a eficácia e a integridade de direitos sociais impregnados de estatura constitucional' (RE nº 603575 AgR/SC Santa Catarina 2ª Turma Rel. Min. Eros Grau Julg. 20.04.2010).

Além disso, não pode o Município justificar o não atendimento à postulação do impetrante, alegando insuficiência de vagas ou burla da ordem de inscrição no cadastro, por ferir direito constitucionalmente consagrado à educação, definido no artigo 227 da Carta Magna.

Destarte, o Município tem o dever constitucional de estabelecer

Acesso ao Sumário

condições que possibilitem o acesso da criança à unidade de ensino próxima a sua residência.

Quanto à alegada ofensa ao princípio da igualdade, sob fundamento de que crianças inscritas no cadastro estariam sendo preteridas, cuidando-se de direito público subjetivo, cabe ao Judiciário, indistintamente, assegurar a qualquer criança o fornecimento da educação básica, em cumprimento ao princípio da máxima efetividade da Magna Carta.

Insta salientar ainda, que nesta Colenda Corte o direito de ingresso de criança em ensino infantil – creche/pré-escola, já está pacificado, nos termos das Súmulas nºs 63, 64 e 65, bem como na jurisprudência dominante:

'É indeclinável a obrigação do Município de providenciar imediata vaga em unidade educacional a criança ou adolescente que resida em seu território' (Súmula 63 – Câmara Especial, DJe 14.04.2011, págs. 02/03).

'O direito da criança ou do adolescente a vaga em unidade educacional é amparável por mandado de segurança (Súmula 64 – Câmara Especial, DJe 14.04.2011, págs. 02/03).

'Não violam os princípios constitucionais da separação e independência dos poderes, da isonomia, da discricionariedade administrativa e da anualidade orçamentária as decisões judiciais que determinam às pessoas jurídicas da administração direta a disponibilização de vagas em unidades educacionais ou o fornecimento de medicamentos, insumos, suplementos e transporte a crianças ou adolescentes (Súmula 65 – Câmara Especial, DJe 14.04.2011, págs. 02/03).

Sobre a permanência de criança em período integral em unidade de ensino infantil (creche), também é uniforme o entendimento da C. Câmara Especial deste Tribunal, conforme a ementa que segue:

Apelação. Mandado de segurança. Decisão pela qual obrigada a Municipalidade a matricular petiz em unidade de ensino infantil em período integral. Admissibilidade. Direito líquido e certo desse apelado. Aplicação dos artigos 205, 208 e 211, § 2º, da Constituição da República, 53, V, e 54, IV, da Lei 8.069/1990, assim como do disposto na Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional (Lei 9.394/1996). Direito fundamental que não pode ser condicionado à lista de espera e a outros critérios administrativos. Não ingerência do Poder Judiciário. Desacolhimento, portanto, ao todo alegado pela apelante. Apelação e reexame necessário improvidos (APELAÇÃO 0098799-

Acesso ao Sumário

98.2011.8.26.0000; Câmara Especial; Des. Rel. Encinas Manfré; julgado em 25/07/2011).

No mais, a matéria em discussão neste* writ *tem solução pacífica na jurisprudência:

DIREITO CONSTITUCIONAL E DIREITO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO. GARANTIA ESTATAL DE VAGA EM CRECHE. PRERROGATIVA CONSTITUCIONAL. AUSÊNCIA DE INGERÊNCIA NO PODER DISCRICIONÁRIO DO PODER EXECUTIVO. PRECEDENTES. 1. A educação infantil é prerrogativa constitucional indisponível, impondo ao Estado a obrigação de criar condições objetivas que possibilitem o efetivo acesso a creches e unidades pré-escolares. 2. É possível ao Poder Judiciário determinar a implementação pelo Estado, quando inadimplente, de políticas públicas constitucionalmente previstas, sem que haja ingerência em questão que envolve o poder discricionário do Poder Executivo. 3. Agravo regimental improvido (STF – RE 464143).

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. ART. 208, INC. IV, DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. ATENDIMENTO DE CRIANÇAS ATÉ CINCO ANOS DE IDADE EM CRECHES E PRÉ-ESCOLAS: DIREITO SUBJETIVO PÚBLICO. POSSIBILIDADE DE INTERVENÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO. PRECEDENTES. AGRAVO REGIMENTAL AO QUAL SE NEGA PROVIMENTO (STF – RE 554075).

CONSTITUCIONAL. AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO DE INSTRUMENTO. MATRÍCULA DE CRIANÇA DE ZERO A CINCO ANOS DE IDADE EM CRECHE E PRÉ-ESCOLAS MUNICIPAIS. DIREITO ASSEGURADO PELA CONSTITUIÇÃO (ART. 208, IV, DA CF). I – O Estado tem o dever constitucional de assegurar a garantia de atendimento em creche e pré-escola às crianças de zero a cinco anos de idade (art. 208, IV, da CF). II – Agravo regimental improvido (STF – AI 59207).

Assim, há que se reconhecer o dever do Município de prover vagas em creche para crianças, em cumprimento ao que preceitua a Carta Constitucional.

Destarte, com fundamento no artigo 557,* caput, *do Código de Processo Civil, nego seguimento aos recursos."

Desnecessários outros argumentos para confirmar a decisão monocrática, que subsiste por seus próprios fundamentos.

Pelo exposto, meu voto nega provimento ao agravo, mantendo-se, na

Acesso ao Sumário

íntegra, a decisão monocrática recorrida.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo Regimental nº 2139374-12.2014.8.26.0000/50000, da Comarca de Santo André, em que é agravante FAZENDA DO ESTADO DE SÃO PAULO, é agravada K.C.X. (MENOR).

ACORDAM, em Câmara Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 28223)**

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, 20 de outubro de 2014.

ARTUR MARQUES, Relator e Presidente da Seção de Direito Privado

Ementa: AGRAVO REGIMENTAL. ARTIGO 557, § 1º, CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. IMPUGNAÇÃO CONTRA DECISÃO QUE NEGOU SEGUIMENTO A AGRAVO DE INSTRUMENTO. FORNECIMENTO DE TRATAMENTO E DE TRANSPORTE GRATUITOS E ESPECIALIZADOS A PORTADOR DE PARALISIA CEREBRAL. DIREITO FUNDAMENTAL RESGUARDADO PELA CONSTITUIÇÃO FEDERAL E LEGISLAÇÃO INFRACONSTITUCIONAL. QUESTÃO SUMULADA POR ESTE EGRÉGIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA E DE ACORDO COM A JURISPRUDÊNCIA DOMINANTE NOS COLENDOS TRIBUNAIS SUPERIORES. AGRAVO REGIMENTAL REJEITADO.

Acesso ao Sumário

VOTO

1. Trata-se de Agravo Regimental interposto em face de "**decisum**" monocrático que negou seguimento a agravo de instrumento tirado de r. decisão proferida nos autos de ação de obrigação de fazer que, apreciando o pedido

de antecipação de tutela, determinou ao réu, ora agravante, o fornecimento de tratamento e de transporte gratuitos e especializados a portador de paralisia cerebral.

Alega, em apertada síntese, que inexistem os requisitos legais para a antecipação de tutela, sem prova da necessidade do tratamento específico, devendo ser amparado pelo Sistema Público de Saúde, sem obrigação do agravante quanto ao tratamento fora dos Protocolos clínicos e quanto ao transporte indigitado, sem amparo, a situação, para o atendimento da pretensão.

É o relatório do essencial.

2. O "**decisum**" monocrático guerreado é de ser mantido "**in totum**", dados os seus próprios fundamentos , "**id est**":

"**1.** Trata-se de agravo de instrumento interposto de r. decisão proferida nos autos de ação de obrigação de fazer que, apreciando o pedido de antecipação de tutela, determinou ao réu, ora agravante, o fornecimento de tratamento e de transporte gratuitos e especializados a portador de paralisia cerebral.

Alega, em apertada síntese, que inexistem os requisitos legais para a antecipação de tutela, sem prova da necessidade do tratamento específico, devendo ser amparado pelo Sistema Público de Saúde, sem obrigação do agravante quanto ao tratamento fora dos Protocolos clínicos e quanto ao transporte indigitado, sem amparo, a situação, para o atendimento da pretensão.

É o relatório.

2. Decido monocraticamente, nos termos do *caput*, do artigo 557, do Código de Processo Civil, para negar seguimento a recurso manifestamente improcedente.

A r. decisão agravada atende aos preceitos definidos na legislação específica, está bem fundamentada e deve ser mantida por seu próprios fundamentos.

A patologia da autora, ora agravada, está devidamente demonstrada pelos documentos juntados aos autos, dando conta inequívoca da imprescindibilidade do tratamento de equoterapia e do indispensável transporte específico assim como pleiteado, sem prova em contrário, inclusive, quanto à hipossuficiência da autora-agravada.

No mais, o direito à saúde deve se sobrepujar a normas restritivas , estas '**lato sensu**' e '**stricto sensu**', todas mencionadas pela agravante, conferindo-se maior eficácia aos direitos constitucionalmente assegurados.

Assim, o princípio da dignidade humana e a saúde dos cidadãos impõem, prontamente, a obrigação e a responsabilidade do Poder Público em fornecer medicamentos e tratamentos, ainda que não previstos na lista do SUS ou não registrados na ANVISA, o mesmo se dizendo, '**a latere**', quanto aos protocolos

Acesso ao Sumário

clínicos e às diretrizes terapêuticas do Ministério da Saúde.

Nesse sentido o entendimento referendado por este Egrégio Tribunal de Justiça, sumulado nos seguintes termos:

> *Súmula 102: Havendo expressa indicação médica, é abusiva a negativa de cobertura de custeio de tratamento sob o argumento da sua natureza experimental ou por não estar previsto no rol de procedimentos da ANS.*

Ademais, segundo dispõe o art. 11 da Lei nº 8.069/1990 (ECA) "*é assegurado atendimento médico à criança e ao adolescente, através do Sistema Único de Saúde, garantindo o acesso universal e igualitário às ações e serviços para promoção, proteção e recuperação da saúde*". Seu § 2º, aliás, atribui ao Poder Público a incumbência de fornecer medicamentos, próteses e **outros recursos**, àqueles necessitados de tratamento, habilitação ou reabilitação, de forma gratuita.

De outra parte, o art. 195 da Constituição Federal atribui expressamente o custeio do sistema único de saúde ao executivo **em todos os seus níveis**, sem qualquer distinção, logo, existiria responsabilidade solidária entre os entes federativos.

Vê-se, portanto, reiterada a afirmação do direito à percepção de medicamentos e outros recursos para viabilizar o tratamento médico, decorrente, inclusive, de garantias previstas na Constituição Federal, que vela pelo direito à vida (art. 5º, *caput*) e à saúde (art. 6º), competindo à União, Estados, Distrito Federal e Municípios o seu cuidado (art. 23, II).

A Carta Magna ainda dispõe que '*A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação*' (art. 196), sendo que o '*atendimento integral*' é uma diretriz constitucional das ações e serviços públicos de saúde (art. 198) (RMS nº 28338/MG – 2ª Turma – Rel. Min. Eliana Calmon – Julg. 02.06.2009 – DJe 17.06.2009).

Desdobra-se, ademais, a outorga em apreço da prevalência da proteção integral e da preferência de atendimento, arts. 1º e 11 do ECA e 227 da Const. Federal.

Não obstante, tem-se, ainda, que existem expressas disposições protetivas aos portadores de deficiência, seja no art. 23, II da Const. Federal, ou mesmo na Lei Federal nº 7.853/89, que cuida especificamente dos direitos dessas pessoas e a qual estabelece, já em seu art. 2º, que '*Ao Poder Público e seus órgãos cabe assegurar às pessoas portadoras de deficiência o pleno exercício de seus direitos básicos, inclusive dos direitos à educação, à saúde, ao trabalho, ao lazer, à previdência social, ao amparo à infância e à maternidade, e de outros*

Acesso ao Sumário

que, decorrentes da Constituição e das leis, propiciem seu bem-estar pessoal, social e econômico'. E nesse rol estaria incluído o transporte, que permitiria que o deficiente pudesse ter acesso aos demais direitos assegurados por Lei.

Nesse sentido, colacionam-se as seguintes jurisprudências:

'*ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. TRANSPORTE ESPECIALIZADO GRATUITO. MENOR. DEFICIENTE FÍSICO. ARESTO RECORRIDO. FUNDAMENTO INATACADO. 1. Não infirmado o fundamento do acórdão atacado segundo o qual a suspensão do transporte especializado gratuito prestado pelo Município à menor acarretaria a interrupção no tratamento realizado na AACD, estagnando a recuperação da paciente, não deve ser admitido o recurso especial. 2. 'É inadmissível o Recurso Extraordinário, quando a decisão recorrida assenta em mais de um fundamento suficiente e o recurso não abrange todos eles' (Súmula 283/STF). 3. Recurso especial não conhecido*' (REsp 980562/SP, Segunda Turma, Rel. Min. Castro Meira, d.j. 09/10/2007).

Confere, ainda, a esse mesmo respeito, a jurisprudência deste Tribunal no sentido de que:

'*APELAÇÃO CÍVEL. Transporte para criança portadora de deficiência física. Ação de obrigação de fazer. Possibilidade de propositura pelo Ministério Público. Legitimidade do Município para atuar no polo passivo, por ser de sua competência a realização do transporte coletivo. Preliminares de ilegitimidade rejeitadas. No mérito, sentença confirmada. Poder Municipal tem o dever legal de fornecer o transporte à criança portadora de deficiência física. Inexistência de ingerência indevida do Poder Judiciário. Redução, porém, da multa aplicada em caso de descumprimento. PRELIMINARES REJEITADAS E RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO*' (Ap. Cível nº 179.590-0/3-00, Câmara Especial, Rel. Paulo Alcides, d.j. 10/08/2009).

Ademais, referida matéria já está pacificada nesta Corte de Justiça, consoante se infere da Súmula nº 65, que dispõe *in verbis*: '*Não violam os princípios constitucionais da separação e da independência dos poderes, da isonomia, da discricionariedade administrativa e da anualidade orçamentária as decisões judiciais que determinem às pessoas jurídicas da administração direta a disponibilização de vagas em unidades educacionais ou o fornecimento de medicamentos, insumos, suplementos e transporte a crianças ou adolescentes*'.

Acesso ao Sumário

E a responsabilidade solidária entre o Estado e o Município vem apregoada na Súmula 66 deste Egrégio TJSP e também não pode ser contrariada pelas normas mencionadas pelo agravante.

Outrossim , "**ad argumentandum tantum**", vê-se que, além do presente feito, mesmo em ação de processo especial como a de mandado de segurança (Lei 12.016/09), conforme jurisprudência firme do STJ (**AGRAVO REGIMENTAL**

NO RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA 2010/0011024-8, **onde são citados vários precedentes a respeito**), possível se afigura **astreinte** em obrigação de fazer.

Desta forma, observa-se que a respeitável decisão agravada está de acordo com a jurisprudência dominante desta Câmara Especial, bem como da proveniente dos Tribunais Superiores, impondo-se, consequentemente, negar seguimento ao agravo."

3. Ante o exposto, **nega-se provimento ao agravo regimental**.

Apelações

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0017442-82.2013.8.26.0564, da Comarca de São Bernardo do Campo, em que é apelante I.S.L. (MENOR), é apelada SECRETÁRIA DE EDUCAÇÃO DO MUNICÍPIO DE SÃO BERNARDO DO CAMPO.

ACORDAM, em Câmara Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento à apelação, para o fim de determinar ao Município de São Bernardo do Campo a imediata matrícula da apelante I.S.L. em unidade de ensino infantil próxima de sua residência. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 30.500)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores EROS PICELI (VICE-PRESIDENTE) (Presidente), ARTUR MARQUES (PRESIDENTE DA SEÇÃO DE DIREITO PRIVADO) e PINHEIRO FRANCO (PRESIDENTE DA SEÇÃO DE DIREITO CRIMINAL).

São Paulo, 20 de outubro de 2014.

EROS PICELI, Vice-Presidente e Relator

Ementa: Mandado de segurança – ensino infantil – procedência – pretensão de reforma da sentença que denegou a segurança pleiteada para assegurar matrícula à criança em creche próxima de sua residência – direito fundamental líquido e certo – ausência de violação aos princípios constitucionais

Acesso ao Sumário

da separação e independência dos poderes e da discricionariedade administrativa – inteligência dos artigos 205, 208, I e 211, § 2º, da CF, 53, V, 54, IV, 208, I, do ECA e súmulas 63, 64 e 65 do TJSP – apelação provida.

VOTO

Vistos.

Trata-se de apelação interposta pela menor I.S.L., fls. 87/97, contra a sentença de fls. 77/80, proferida pelo MM. Juiz Luiz Carlos Ditommaso, que denegou a segurança pleiteada nos autos do mandado de segurança impetrado contra o Município de São Bernardo do Campo, por entender que o impetrante não efetuou dentro do prazo regulamentar sua inscrição às vagas em creche ofertadas para o ano letivo de 2013.

Inconformada, apela a menor I.S.L.. Sustenta em síntese, que a Constituição Federal assegura à criança e ao adolescente, com absoluta prioridade, o direito à educação, que é dever do estado a garantia de educação infantil, em creches e pré-escola às crianças até cinco anos de idade. Sustenta ainda que o artigo 53 do Estatuto da Criança e do Adolescente assegura a toda criança o direito a acesso à escola pública e gratuita próxima de sua residência. Requer assim, a reforma da sentença, para que se conceda a segurança no sentido de se reconhecer o interesse jurídico da impetrante e de se assegurar a ela do direito de se permanecer matriculada na creche mais próxima de sua residência.

O Ministério Público ofertou parecer, fls. 101/112, e a Procuradoria Geral de Justiça opinou pelo provimento do recurso, fls. 117/118.

É o relatório.

De início, salienta-se que, a despeito da posição já assumida por este juiz em situações análogas, nas quais a solicitação da vaga em creche foi feita após o período estabelecido pela resolução 13/2012 da Secretaria de Educação do Município de São Bernardo do Campo, passa-se a adotar o entendimento majoritário da Câmara Especial.

Feita a ressalva, o caso é de se dar provimento ao apelo da menor I.S.L., pois a sentença recorrida está em confronto com a jurisprudência dominante dos Tribunais Superiores e com as Súmulas 63, 64 e 65 deste Tribunal.

A via eleita pela impetrante é adequada.

Dispõe a Súmula 64 deste Tribunal:

"**O direito da criança ou do adolescente a vaga em unidade educacional é amparável por mandado de segurança**".

A documentação juntada aos autos demonstra o preenchimento de todos

Acesso ao Sumário

os requisitos: a existência do direito é certa; sua extensão está bem delimitada e seu exercício não depende de situações e fatos ainda indeterminados.

A criança está na faixa etária correspondente à vaga pretendida fls. 2, e o documento de fls. 15, demonstra a negativa da vaga solicitada.

A legitimidade passiva da apelada é manifesta, pois os artigos 205, 208, IV, e 211, § 2º, da Constituição Federal, e os artigos 53, V, 54, IV, e 208, III, do Estatuto da Criança e do Adolescente, que impõem ao Estado o dever de assegurar o efetivo exercício dos direitos das crianças e adolescentes.

Dispõe a Constituição Federal, ainda, que os Municípios atuarão prioritariamente no ensino fundamental e na educação infantil, assegurando atendimento em creche e pré-escola às crianças de zero a cinco anos.

Nesse sentido a súmula 63 deste Tribunal:

"**É indeclinável a obrigação do Município de providenciar imediata vaga em unidade educacional a criança ou adolescente que resida em seu território**".

Assim, nem mesmo eventual insuficiência de vagas pode impedir que as crianças exerçam seu direito à educação, pois se trata de direito fundamental que, em princípio, não pode ser condicionado pelo administrador.

Incumbe ao administrador prover o necessário para garantir o atendimento de creche e pré-escola, adequando o orçamento à demanda local e priorizando o acesso à educação.

As normas constitucionais relativas à educação possuem eficácia plena e aplicação imediata. Portanto, a intervenção do Judiciário a fim de assegurar a efetividade dessas normas não caracteriza indevida intromissão no âmbito de atuação de outro Poder, pois apenas cumprida a obrigação constitucional de prestar a tutela jurisdicional e compor litígios.

Nesse sentido dispõe a súmula 65 deste Tribunal:

"**Não violam os princípios constitucionais da separação e independência dos poderes, da isonomia, da discricionariedade administrativa e da anualidade orçamentária as decisões judiciais que determinam às pessoas jurídicas da administração direta a disponibilização de vagas em unidades educacionais ou o fornecimento de medicamentos, insumos, suplementos e transporte de crianças ou adolescentes**".

Dessa forma, de rigor a reforma da sentença.

Do exposto, dá-se provimento à apelação, para o fim de determinar ao Município de São Bernardo do Campo a imediata matrícula da apelante I.S.L. em unidade de ensino infantil próxima de sua residência.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0013032-42.2014.8.26.0015, da Comarca de São Paulo, em que é apelante W.R.B.S. (MENOR), é apelado PROMOTOR DE JUSTIÇA DA 3ª VARA ESPECIAL DA INFÂNCIA E JUVENTUDE DA CAPITAL.

ACORDAM, em Câmara Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 39.586)**

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, 27 de outubro de 2014.

GUERRIERI REZENDE, Decano e Relator

Ementa: Apelação – Ato Infracional – Tráfico de entorpecentes – Sentença que julgou procedente a representação e aplicou ao menor a medida socioeducativa de internação por prazo indeterminado – Alegação de desacerto na sua aplicação – Inviabilidade do abrandamento da medida, dadas as condições pessoais do adolescente, bem como a gravidade do ato perpetrado – Recurso improvido, com determinação.

Acesso ao Sumário

VOTO

Trata-se de apelação interposta pelo menor W.R.B.S. contra r. sentença (fls. 72/74) que julgou procedente a representação contra ele oferecida pela prática de ato infracional equiparado ao crime previsto no artigo 33, *caput*, da Lei nº 11.343/06, aplicando-lhe, por isso, a medida socioeducativa de internação por prazo indeterminado.

Recorre a defesa requerendo, de plano, o recebimento do reclamo nos efeitos devolutivo e suspensivo. Insurge-se, em síntese, contra a medida socioeducativa imposta, vez que não se verificam as hipóteses autorizadoras de internação (fls. 80/87).

Recebido o apelo no efeito devolutivo (fl. 88), e apresentadas as

contrarrazões (90/96), nesta instância, manifestou-se a Douta Procuradoria Geral de Justiça pelo não provimento do recurso (fls. 104/106).

É o relatório.

Preliminarmente, anoto que não há que se falar na concessão do efeito suspensivo ao presente recurso, não só em face de ele restar prejudicado diante do julgamento da matéria, como também, em razão do decidido no Enunciado nº 6, do Fórum Permanente de Estudos dos Juízes da Infância e da Juventude do Estado de São Paulo – FOPEJISP –, publicado em outubro de 2011: "*A despeito da mudança legislativa do art. 198, inc. VI do Estatuto da Criança e do Adolescente, persiste o efeito meramente devolutivo dos recursos interpostos contra sentença de procedência em processo de apuração de atos infracionais, devendo ser definido pelo magistrado na própria sentença a aplicabilidade imediata da medida socioeducativa para efeito de expedição da guia de execução, fundando a decisão nos princípios da imediatidade e da celeridade*".

Outrossim, não merece reparos a r. sentença impugnada.

In casu, autoria e materialidade são incontestes, como inclusive, reconheceu a defesa quando da audiência: '*... o adolescente, em audiência de apresentação, confirmou a prática do ato infracional, aduzindo que atuava no tráfico de entorpecentes na condição de* "*olheiro*". *Diante da sinceridade demonstrada, bem como da prova colhida nesta audiência, a defesa não contesta a procedência da ação. A medida extrema, porém, não se justifica.*' (fls. 72v.).

Em que pesem os fundamentos expendidos no apelo, substancialmente, a situação concreta exposta revela que para o menor a medida eleita não se mostra excessiva, tampouco abusiva; ao contrário, revela ser a mais adequada e necessária neste momento. Isto porque visa proporcionar reabilitação, reeducação e ressocialização, impondo freios e responsabilidades. Destarte, beneficiar o apelante com medida mais branda só o prejudicará, pois continuará ele a viver livremente, impune e sujeito às influências maléficas das más companhias a que se vê engajado.

É como bem constou da r. sentença combatida: '*Os fatos são graves e passíveis de internação, mormente em se considerando os antecedentes do adolescente. O adolescente, como já dito, é reincidente, já tendo recebido toda a sorte de medidas socioeducativas em decorrência da prática de outros delitos, medidas estas que não surtiram o efeito desejado, tanto assim que delinquiu novamente. É de se frisar ser este seu quinto processo produtivo perante a Justiça Menorista, ao lado de outros três delitos patrimoniais e de um quarto delito por tráfico de entorpecente. Tal reincidência por si só já justifica a internação, tendo em vista a prática reiterada de delitos graves, nos termos do artigo 122, II, do Estatuto da Criança e do Adolescente. Ademais, teve participação efetiva nos fatos, presente na cena principal do delito e atuando como vigia, atuação*

Acesso ao Sumário

esta que não pode ser tida como de somenos importância, de forma a embasar eventual medida em meio aberto, como se pretende. O laudo técnico de fls. 57/61 concluiu que o adolescente não possui criticidade adequada. Por tais razões, a medida de internação é a que melhor se adequa à espécie, afastando-se eventuais outras medidas em meio aberto, medidas estas que se mostraram inócuas, quando impostas anteriormente.'.

Evidente o desvio de conduta e o sério comprometimento de seus valores sociais, autorizador da eleição da medida de internação, solução esta que possibilitará experimentar a orientação e a pedagogia de pessoas especializadas, de maneira a viabilizar sua ressocialização, tornando simplesmente incogitável continuar viver à vontade, como antes fazia, expondo-se aos riscos de más influências e à oportunidade infracional.

Em tais circunstâncias, não se vislumbram motivos a justificar a aplicação de medida menos gravosa, mostrando-se mais adequada a internação, que permitirá ao menor refletir sobre seus atos, receber a orientação que necessita para dar continuidade aos estudos e se capacitar profissionalmente.

E a reforçar o caráter protetivo da medida de internação, cabe destacar trecho do voto da lavra do Des. COSTABILE E SOLIMENE, no julgamento da Apelação n. 018339-46.2012.8.26.0047, desta E. Câmara Especial, *verbis*:

"A circunstância elementar legal da violência ou grave ameaça, posta no inc. I do art. 122 do ECA, por ex., seria objeto de grave perplexidade: autorizaria internação por atos infracionais menos graves, como na hipótese das lesões corporais, mas daria solução diversa para a traficância, infração que, quando cometida por maiores imputáveis, é qualificada de crime hediondo (art. 2º da Lei nº 8.072, de 25.7.1990).

Com todo o respeito, esta não parece ser a interpretação almejada pelo Legislador, relevante anotar, a propósito, que, do ponto de vista temporal, o ECA precedeu o tratamento mais rigoroso dispensado a determinados delitos, por ex. o tráfico de entorpecentes, obviamente com igual repercussão na órbita dos menores infratores.

Quando editada a Lei nº 8.069/90, o Legislador ainda não distinguia certas categorias de infrações. Só doze dias mais tarde é que veio à luz a lei dos crimes hediondos, o que nos faz suscitar eventual descompasso entre o disposto no art. 122, I e o querer distinguir com maior rigor, posto no art. 2º da Lei nº 8.072/90, a propósito, anseio incontroverso de toda a sociedade, quanto mais do próprio Parlamento.

Hoje, seja do ponto de vista estatístico, seja do aspecto periculosidade, a atividade própria da traficância é a mais nefasta e, por isso, deve ser combatida com o rigor máximo. Basta singela visita aos escaninhos dos fóruns para se constatar o grave envolvimento da juventude nesta atividade delinquencial e o

Acesso ao Sumário

Judiciário não pode se omitir, data máxima vênia."

De qualquer modo, o ora apelante será periodicamente avaliado, podendo obter reversão da medida se vier a demonstrar inequívoca aptidão para retornar ao meio aberto, respeitados os limites do artigo 121 do Estatuto da Criança e do Adolescente.

Inviável, destarte, nestas condições, o provimento do recurso.

Por fim, considerando-se que consta do relatório de diagnóstico polidimensional que o adolescente transparece ter atração pelo meio delitivo, '*que por imaturidade e empobrecimento intelectual não apresenta senso crítico adequado em relação suas condutas inadequadas ...*'; '*... demonstra ser imaturo, baixa estima, tendência à introversão, sendo do tipo introspectivo, que necessita de estímulo para expor-se, em relação ao aspecto cognitivo, denota certa dificuldade de compreensão e assimilação ...*'; '*... haver iniciado o uso de maconha aos 14 anos, para experimento, gostando do efeito e fazendo uso diário, também, refere o uso de lança-perfume, e de* "*substâncias etílicas*" *aos finais de semana, inferindo haver sido internado, chegando a ficar em coma ...*', determino ao MM. Juízo de Primeira Instância a aplicação de medidas protetivas de inclusão do adolescente em programa oficial ou comunitário de auxílio e orientação a toxicômanos, inclusive tratamento psicológico.

Pelo exposto, **NEGA-SE PROVIMENTO** ao apelo.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0003286-76.2013.8.26.0439, da Comarca de Pereira Barreto, em que é apelante FÁBIO APARECIDO PRATES PEREIRA – ME, é apelado PROMOTOR DE JUSTIÇA DA VARA DA INFÂNCIA E JUVENTUDE DE PEREIRA BARRETO.

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 3759)**

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 novembro de 2014.

AIRTON PINHEIRO DE CASTRO, Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: APELAÇÃO – Infração administrativa – Menores desacompanhados dos pais ou responsável em festa noturna em descompasso com as normas estatutárias – Aplicação do artigo 258 do ECA – Responsabilidade solidária do empresário responsável pela promoção do evento – Substrato probatório suficiente à subsunção fática no tipo administrativo – Fiscalização a cargo dos responsáveis pelo evento não elidida pelo poder de polícia estatal – Multa devida, fixada em valor proporcional ao desvalor da conduta renitente do infrator.

Recurso desprovido.

VOTO

O recorrente Fábio Aparecido Prates Pereira – ME interpõe recurso de apelação (fls. 87/92) contra a r. sentença (fls. 80/81) por força da qual acolhida representação do **Ministério Público** sob imputação da prática infracional prevista abstratamente pelo art. 258 do ECA, aplicando-lhe multa correspondente a 20 (vinte) salários de referência.

Aduz de sua ilegitimidade passiva porque na condição de contratada não poderia ser responsabilizada pela falta de alvará para a permanência de menores, muito menos por sua permanência efetiva no evento. Sustenta ínfimo o número de adolescentes flagrados desacompanhados de seus responsáveis, em um universo de 15.000 pessoas, circunstância a evidenciar a eficácia da fiscalização exercida, acrescentando que não há evidências suficientes do ingresso efetivo de menores em tal circunstância, já que a abordagem se deu no interior do recinto, quando nada obsta se afastem aqueles de seus responsáveis. Subsidiariamente, sustenta desproporcional a penalidade imposta, pugnando por sua redução ao piso legal.

Recebido o recurso (fls. 98), sobreveio contrariedade ministerial (fls. 100/102).

A D. Procuradoria Geral de Justiça manifesta-se pelo parcial provimento do apelo (fls. 110/112), para fins de redução da multa aplicada.

É o relatório, em acréscimo ao da r. sentença recorrida.

Conhece-se do recurso, presentes os pressupostos de sua admissibilidade.

Emerge dos autos que a recorrente se viu contratada pelo Sindicato Rural de Pereira Barreto para fins de terceirização de serviços na promoção da XXXVI – FIAP – Feira Industrial e Agropecuária e da XLII – Festa do Peão de Pereira Barreto, no período de 07 a 11 de agosto de 2013, conforme contrato de fls. 23/33.

Acesso ao Sumário

Por força de tal contrato, estava a recorrente obrigada à obtenção do alvará respectivo junto à Vara da Infância e Juventude (cláusula 12.2.), não logrado por razões que não cabe aqui discutir, posto determinado por decisão não recorrida em tempo oportuno (fls. 36).

Não se há cogitar, pois, de surpresa para a recorrente pela fiscalização exercida e consequente apuração da irregularidade que deflagrou este procedimento, respeitada a manifestação da D. Procuradoria Geral de Justiça.

Portanto, forçoso reconhecer que, a despeito do presumível conhecimento da circunstância de que não obtido o alvará judicial cuja obtenção era de sua responsabilidade contratual, postulado em juízo pelo Sindicato Rural de Pereira Barreto e indeferido, nada fez o recorrente por evitar a irregular presença de adolescentes assumindo a responsabilidade por sua conduta.

Esse o contexto fático subjacente aos autos, sequer controvertido nessa fase recursal, e comprovado à saciedade nos autos pela prova oral e documental.

Veja-se que o art. 258 do ECA contempla como possíveis legitimados passivos da infração administrativa em questão, tanto o empresário responsável pela promoção do evento, no caso o recorrente, quanto o responsável pelo estabelecimento. E nem poderia ser diferente, presente os bônus auferidos por ambos, indistintamente, em potencial detrimento da observância das normas cogentes de proteção dos interesses de crianças e adolescentes.

Afasta-se, pois, a preliminar de ilegitimidade passiva arguida pela recorrente, sobre os ombros de quem não há óbice a pesar a imputação da infração administrativa objeto de apuração.

Sob outro vértice, presente o robusto quadro probatório coligido aos autos, a apontar a efetiva presença de menores desacompanhados dos pais ou responsável, no evento em questão, em dissonância com as normas estatutárias, não há como deixar de reconhecer a responsabilidade administrativa da recorrente.

Ao Conselho Tutelar, frise-se, cumpre a fiscalização da observância das normas do Estatuto da Criança e do Adolescente, inclusas as restrições fixadas em Portaria Judicial, mas não a fiscalização do evento, em si, cuja responsabilidade é de atribuição primária do empresário responsável por sua promoção, em absoluto elidida pelo poder de polícia estatal.

Cumpria à recorrente, na condição de responsável do evento sob sua promoção, contar com a possibilidade de não obtenção do alvará judicial postulado, e precaver-se nesse sentido para, se o caso, assegurar a sua realização em consonância com a preservação dos direitos de crianças e adolescentes, expostos a situação de risco.

Consigno prescindir a configuração da infração administrativa de situação de dano ou de perigo concreto ao menor, conforme entendimento recentemente

Acesso ao Sumário

cristalizado na súmula 87 deste E. Tribunal, *in verbis*: "**As infrações administrativas estabelecidas na Lei nº 8.069/90 consumam-se com a mera realização da conduta prevista no tipo legal, independentemente da demonstração concreta de risco ou prejuízo à criança ou ao adolescente**".

A atuação dos Conselheiros Tutelares locais, consubstanciada no documento de fls. 44/48, e corroborada pela prova oral gravada em mídia digital acostada a fls. 85, logrou evidenciar, para além de qualquer dúvida, não haver a recorrente se atentado ao ônus da fiscalização pertinente, fazendo pouco caso para com os limites estatutários concernentes à frequência de menores desacompanhados de seus pais ou responsável, daí porque plenamente caracterizada a infração administrativa objeto da representação.

Note-se a expressa referência no documento de fls. 44/48 à circunstância de que não houve satisfatória fiscalização na portaria por parte dos organizadores do evento, para se verificar documentos de identidade, no sentido de poder identificar os menores, e se estavam acompanhados de seus responsáveis legais.

Daí porque falaciosa a argumentação no sentido de que por ter sido realizada a fiscalização no interior do evento, poderiam os adolescentes flagrados desacompanhados terem se desgarrado de seus responsáveis para além da entrada, sem óbice para tanto.

Registre-se que corolário do exercício de função administrativa em regime de mandato, o Conselheiro Tutelar, no âmbito de suas atividades de fiscalização atribuídas pela autoridade judiciária, atua respaldado pela presunção de legitimidade de que se revestem os atos administrativos (TJSP – Ap. Cív. 17.271-0/5 – rel. DES. LAIR LOUREIRO), na espécie, nem de longe deitada por terra, notadamente porquanto nada fez por comprovar a recorrente haver se conduzido em consonância com suas responsabilidades na fiscalização do evento, valendo apontar a extensa lista de adolescentes, apurada por amostragem, flagrados no interior do recinto desacompanhados de seus responsáveis legais.

Demais disso, conforme já reconhecido por essa C. Câmara Especial em precedente de relatoria do E. Des. LUIS GANZERLA, então Presidente da Seção de Direito Público (Apelação Cível nº 0003320-74.2009.8.26.0315, j. 16.05.2011, v.u.), "*seria uma renomada incongruência o Poder Público credenciar agentes para exercer função de tamanha relevância, na fiscalização voltada à observância das normas de proteção de direitos de crianças e adolescentes e, ao depois, negar-lhes crédito quando da prestação de contas de suas tarefas afins*".

Por fim, insta anotar que nem mesmo a recorrente questiona sua imputada conduta contumaz na violação dos direitos da criança e dos adolescentes na Comarca de Pereira Barreto, daí porque plenamente justificada a aplicação da multa em seu patamar máximo.

À vista do que precede, pelo meu voto, **NEGA-SE PROVIMENTO** ao

recurso.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0000151-13.2014.8.26.0248, da Comarca de Indaiatuba, em que são apelantes (...) e (...), é apelado PROMOTOR DE JUSTIÇA DA VARA DA INFÂNCIA E JUVENTUDE DE INDAIATUBA.

ACORDAM, em Câmara Especial 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 29.078)**

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 novembro de 2014.

ARTUR MARQUES, Relator e Presidente da Seção de Direito Privado

Ementa: APELAÇÃO – INFÂNCIA E JUVENTUDE – AÇÃO CAUTELAR DE ACOLHIMENTO INSTITUCIONAL DE RECÉM-NASCIDO – REQUERIDOS QUE, REGULARMENTE CITADOS, DEIXARAM DE APRESENTAR RESPOSTA – JULGAMENTO ANTECIPADO DA LIDE COM PROLAÇÃO DE SENTENÇA DE PROCEDÊNCIA – INADMISSIBILIDADE – REVELIA QUE, OCORRIDA EM DEMANDA VERSANDO SOBRE DIREITOS INDISPONÍVEIS, NÃO GERA A PRESUNÇÃO DE VERACIDADE – INTELIGÊNCIA DO ART. 320, II, DO CPC – GENITORES, ADEMAIS, QUE, EM SEDE DE APELAÇÃO, APRESENTAM INDÍCIOS DE TEREM REUNIDO CONDIÇÕES DE CUIDAR DA FILHA – SENTENÇA PROLATADA PREMATURAMENTE – RECURSO PROVIDO – SENTENÇA ANULADA.

Acesso ao Sumário

VOTO

1. Trata-se de apelação interposta contra a r. sentença de fls. 44/45, cujo relatório se adota, que julgou procedente a ação proposta contra (...) e (...) pelo Ministério Público, determinando o acolhimento institucional da menor (...) e a suspensão do poder familiar da requerida.

Sustentam os apelantes (fls. 55/70), em síntese, que em nenhum momento lhes foi possibilitado que comprovassem sua aptidão ao exercício do poder familiar, tendo deixado de contestar a ação porque haviam iniciado atividade laboral recentemente, e precisavam dos empregos para que pudessem cuidar dos filhos. Afirmam estarem empenhados em retomar suas vidas e, corrigindo os erros do passado, reconstruir sua família. Pleiteia o provimento do recurso para que se reforme a sentença, ou que se converta o julgamento em diligência. Contrarrazões às fls. 73/75, em que o Ministério Público sustenta a incapacidade dos apelantes em cuidarem da prole, o que já teria levado, anteriormente, ao afastamento da apelante do convívio com outros filhos. Aduz tramitar ação de destituição do poder familiar em face da apelante, tendo seus outros dois filhos inseridos em famílias substitutas. A menor em questão, atualmente, encontra-se inserida na família extensa paterna. O parecer da douta Procuradoria Geral de Justiça é pela anulação da r. sentença *a quo* (fls. 81/85).

É o relatório do essencial.

2. O Ministério Público ingressou com a presente ação cautelar de acolhimento institucional em face dos ora apelantes em 24/12/2013, um dia após o nascimento da menor, sob os argumentos de que esta se encontrava em situação de risco, uma vez que a genitora exercia atividade de tráfico ilícito de entorpecentes, crime pelo qual já havia sido condenada uma vez.

A recém-nascida foi acolhida, tendo, em (...), sido ratificada a decisão que determinou o acolhimento institucional (fls. 26), com intimação do dirigente do abrigo para que, em 30 (trinta) dias, apresentasse o Plano Individual de Atendimento, o que não ocorreu.

Verifica-se, ainda, que em decorrência do reconhecimento da revelia – ante a não contestação da ação pelos requeridos –, ocorreu o julgamento antecipado da lide, com o acolhimento do pedido exarado na inicial, logo após a manifestação do Ministério Público em sede de memoriais.

Acesso ao Sumário

No entanto, embora se reconheça que a atuação do Magistrado de Primeiro Grau, bem como do Ministério Público, tenha claramente buscado proteger os interesses da menor, a convivência familiar e comunitária é um direito fundamental garantido pela própria Constituição da República, bem como pelo Estatuto da Criança e do Adolescente, a todos os menores.

Assim, toda criança possui o direito indisponível de ser criada e educada no seio da sua família natural, ou, na falta desta, de família substituta. O

acolhimento institucional, por sua vez, é medida protetiva que, à exceção de situações emergenciais – como o era quando do deferimento do acolhimento por via de liminar –, deve se basear, forçosamente, em avaliação técnica, elaborada pelas equipes interprofissionais, que elenque as razões da necessidade de se afastar a criança do convívio familiar.

Os fatos de que a genitora já foi condenada por tráfico de drogas, e de que não se encontra no exercício familiar em relação aos outros filhos, servem, é claro, como indícios de que a situação de risco pode existir – a autorizar até mesmo a decisão liminar que determinou o acolhimento institucional da criança em questão.

No entanto, mormente se tratando de um recém-nascido, inadmissível que não tenham sido elaborados os devidos estudos psicossociais e as avaliações técnicas para embasar a decisão definitiva. O fato dos ora apelantes não terem contestado a ação não possui o condão de induzir a revelia em seus efeitos materiais – quais sejam, o de que se presumem verdadeiros os fatos descritos na inicial. Conforme restou apontado, o direito à convivência familiar – direito esse de titularidade da criança, e não dos requeridos – é indisponível, e, dessa forma, está regido, no tocante à revelia, pelo art. 320, II, do CPC, que exclui expressamente dos efeitos elencados no art. 319 os litígios que versarem sobre direitos indisponíveis.

Vê-se, dessa forma, que embora se reconheça a boa intenção do MM. Magistrado *a quo* e do representante do Ministério Público, houve, de fato, violação ao devido processo legal, com o julgamento prematuro da lide, sem que sequer fossem realizados os estudos psicossociais necessários para que a decisão de acolhimento institucional fosse, sendo necessário, mantida.

O fato de já ter sido proposta ação de destituição do poder familiar contra os apelantes, em relação à criança em questão, não altera a necessidade de se garantir aos requeridos um efetivo respeito ao contraditório e à ampla defesa, que, nesta situação, garantem, ainda, o indisponível direito da criança à convivência familiar.

Ademais, os documentos trazidos pelos requeridos nas razões de apelação demonstram, ao menos a princípio, que se encontram exercendo atividade laborativa com carteira assinada – o que, se por um lado não é garantia suficiente à proteção dos direitos da filha recém-nascida, deve necessariamente ser levado em consideração.

Necessário se faz, portanto, proceder à adequada instrução da presente ação, oportunizando-se aos apelantes que possam se manifestar quanto ao teor da petição inicial e, assim, produzirem as provas que julgarem necessárias, com a efetiva participação, ainda, da equipe interprofissional, que deverá avaliar não apenas a criança, mas também os requeridos e as respectivas famílias extensas.

Acesso ao Sumário

Insta consignar, ainda, que a criança encontra-se atualmente sob a guarda dos tios paternos, situação que deverá ser avaliada, com a máxima urgência, pelo Conselho Tutelar e pela equipe interprofissional do juízo, para que o MM. Magistrado *a quo* possua elementos concretos quanto ao cabimento ou não de manter a guarda provisória da criança tal como está.

Assim, imperioso anular a r. sentença para que, primeiramente, possa o Ministério Público aditar a petição inicial, requerendo a inclusão do genitor no polo passivo da ação, e, por fim, para que ocorra a devida instrução da ação, com a garantia efetiva do devido processo legal.

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

Apelações/Reexames Necessários

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação/Reexame Necessário nº 1000996-74.2014.8.26.0362, da Comarca de Mogi-Guaçu, em que são apelantes MUNICÍPIO DE MOGI GUAÇU e JUÍZO *EX OFFICIO*, é apelada M.R.R. (MENOR).

ACORDAM, em Câmara Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Por maioria, negaram provimento aos recursos, vencido, em parte, o 2º Juiz.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 26.761)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores EROS PICELI (VICE-PRESIDENTE) (Presidente) e RICARDO ANAFE (PRESIDENTE DA SEÇÃO DE DIREITO PÚBLICO).

São Paulo, 13 de novembro de 2014.

PINHEIRO FRANCO, Relator e Presidente da Seção de Direito Criminal

Acesso ao Sumário

Ementa: Apelação e Recurso Oficial. Mandado de Segurança. Dever do Poder Público de fornecer educação básica, obrigatória e gratuita a criança. Segurança concedida. Garantia fundamental à educação consagrada em norma de eficácia plena e aplicabilidade imediata. Ausência de violação aos princípios da separação dos poderes, da

discricionariedade administrativa e da igualdade. Multa diária fixada com a finalidade de garantir o cumprimento da decisão judicial. Valor arbitrado em obediência aos critérios da jurisprudência dominante. Apelo e recurso oficial improvidos.

VOTO

Trata-se de apelação interposta contra sentença que, tornando definitiva a liminar deferida (folhas 20), concedeu segurança, nos autos da ação mandamental impetrada por M.R.B., representada por sua genitora, G.R., contra ato do Secretário Municipal da Educação do Município de Mogi Guaçu, determinando a inserção da criança em rede de ensino municipal (creche), localizada próxima a sua residência, sob pena de multa diária de R$ 100,00, limitada a R$ 10.000,00 (folhas 40/41).

Em razões, alega a Municipalidade, em síntese, que a r. decisão afronta o princípio da separação dos poderes e da reserva do possível; aduz que para a instalação de creches deve-se obedecer à Lei de Diretrizes e Bases da Educação, envolvendo local com capacidade de atendimento, capacitação profissional e planejamento pedagógico; que o Município tem um plano que envolve melhorias nesse setor; acrescenta que o cumprimento da determinação pode comprometer o atendimento da apelada e das demais crianças, visto que a apelada não estava dentro do planejamento educativo (folhas 44/50).

Processado o recurso (folhas 51), com contrarrazões (folhas 53/56), opinou a douta Procuradoria Geral de Justiça pelo seu desprovimento (folhas 59/65).

É o relatório.

"Ab initio", nos termos do artigo 14, § 1º, da Lei nº 12.016/09, conheço do reexame necessário, bem como do recurso voluntário, por estarem presentes seus pressupostos de admissibilidade.

A r. sentença não comporta reparo.

Cuida-se de mandado de segurança pelo qual se garantiu o acesso de criança à educação infantil em creche da rede municipal, próxima a sua residência.

Com efeito, os direitos à educação infantil e ao ensino fundamental devem ser assegurados às crianças, com absoluta prioridade, nos termos do artigo 208, incisos I e IV, da Carta Magna:

"**Art. 208. O dever do Estado com a educação será efetivado mediante a garantia de:**

I – educação básica obrigatória e gratuita dos 4 (quatro) aos 17

Acesso ao Sumário

(dezessete) anos de idade, assegurada inclusive sua oferta gratuita para todos os que a ela não tiverem acesso na idade própria; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 59, de 2009)

(...)

IV – educação infantil, em creche e pré-escola, às crianças até 5 (cinco) anos de idade; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 53, de 2006)."

A regra acima há que ser interpretada de acordo com a norma estabelecida no artigo 211 da Carta Magna:

"**Art. 211. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios organizarão em regime de colaboração seus sistemas de ensino.**

(...)

§ 2º Os Municípios atuarão prioritariamente no ensino fundamental e na educação infantil."

Ao reproduzir o texto constitucional, o Estatuto da Criança e do Adolescente dispõe em seu artigo 54, inciso IV que:

"**É dever do Estado assegurar (...) atendimento em creche e pré-escola às crianças de zero a seis anos de idade**", reconhecendo tal acesso à categoria de direito público subjetivo (parágrafo 1º).

Também não dá margem a dúvidas o artigo 53, inciso V, da Lei nº 8.069/90, que assegura o direito da criança e do adolescente à educação, com acesso a escola pública e gratuita próxima de sua residência.

Ainda sobre esta matéria, a Lei nº 9.394, de 20 de dezembro de 1996, que disciplina as diretrizes e bases da educação nacional, dispõe em seu artigo 11, inciso V, que incumbe ao Município o oferecimento de vagas em creches e pré-escolas às crianças que ali residem.

Incontroverso, assim, de acordo com os dispositivos citados, que a educação é obrigação do Município, com atendimento em creche e pré-escola, devendo o Estado criar condições que permitam o cumprimento desse direito na instituição mais próxima à residência da criança.

Acesso ao Sumário

E a discricionariedade administrativa não é argumento hábil à burla do direito fundamental do infante ao ensino. Cabe ao Poder Judiciário intervir, sempre que acionado, para garantir o cumprimento dos preceitos constitucionais.

A respeito do tema, em voto proferido pelo Ministro Celso de Mello, o Supremo Tribunal Federal assim decidiu:

> "**A educação infantil representa prerrogativa constitucional indisponível, que, deferida às crianças, a estas assegura, para efeito de seu desenvolvimento integral, e como primeira etapa do processo de educação básica, o atendimento em creche e o acesso**

à pré-escola (CF, art. 208, IV). (...) Os Municípios – que atuarão, prioritariamente, no ensino fundamental e na educação infantil (CF, art. 211, § 2º) – não poderão demitir-se do mandato constitucional, juridicamente vinculante, que lhes foi outorgado pelo art. 208, IV, da Lei Fundamental da República, e que representa fator de limitação da discricionariedade político-administrativa dos entes municipais, cujas opções, tratando-se do atendimento das crianças e creche (CF, art. 208, IV), não podem ser exercidas de modo a comprometer, com apoio em juízo de simples conveniência ou de mera oportunidade, a eficácia desse direito básico de índole social. (...)" (2ª Turma, ARE nº 639.337/SP – AgR, Rel. Min. Celso de Mello, DJ 15.09.2011).

Igualmente, ainda a respeito da matéria, segundo o Ministro Luiz Fux:

"**O atendimento gratuito da criança de zero a seis anos em creche da rede pública encerra um direito fundamental básico, de índole social, que deve encerrar um direito fundamental básico, de índole social, que deve ser, inexoravelmente, implementado pela Administração Pública, não ficando suscetível, portanto, aos critérios de conveniência e oportunidade dos gestores públicos, tampouco a conjecturas de ordem orçamentária e estrutural dos entes públicos, não podendo 'a cláusula de reserva' ser invocada em detrimento da própria dignidade da criança, aqui projetada no seu direito ao ensino público gratuito**" (REsp 736.524/SP, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA TURMA, julgado em 21/03/2006, DJ 03/04/2006).

Além disso, não pode o Município justificar o não atendimento à postulação, alegando insuficiência de vagas ou burla da ordem de inscrição no cadastro. Tais argumentos ferem o direito constitucionalmente consagrado à educação, definido no artigo 227 da Carta Magna.

Destarte, o Município tem o dever constitucional de estabelecer condições que possibilitem o acesso da criança à unidade de ensino próxima a sua residência.

Não há que falar ainda em ofensa ao princípio da separação dos poderes. Adotou-se no Brasil o sistema de freios e contrapesos, pelo qual cada poder exerce alguma fiscalização sobre o outro, de forma a harmonizá-los. No caso dos autos, o Judiciário, quando acionado, faz valer o disposto na Constituição Federal e na legislação vigente, determinando ao Executivo que forneça as vagas em creche, tal como determina o direito pátrio.

Sobre o tema, ensina **José Afonso da Silva**:

"**A harmonia entre os poderes verifica-se primeiramente pelas normas de cortesia no trato recíproco e no respeito às prerrogativas e faculdades a que mutuamente todos têm direito. De outro lado,**

Acesso ao Sumário

cabe assinalar que nem a divisão de funções entre os órgãos do poder nem a sua independência são absolutas. Há interferências, que visam ao estabelecimento de um sistema de freios e contrapesos, à busca do equilíbrio necessário à realização do bem da coletividade e indispensável para evitar o arbítrio e o demando de um em detrimento do outro e especialmente dos governados" (*in*, **Curso de Direito Constitucional Positivo**, 28ª ed., São Paulo, Malheiros, 2005, p. 110).

Nesse sentido, já decidiu o Colendo Supremo Tribunal Federal:

"**Embora resida, primariamente, nos Poderes Legislativo e Executivo, a prerrogativa de formular e executar políticas públicas, revela-se possível, no entanto, ao Poder Judiciário determinar, ainda que em bases excepcionais, especialmente nas hipóteses de políticas públicas definidas pela própria Constituição, sejam essas implementadas pelos órgãos estatais inadimplentes, cuja omissão – por importar em descumprimento dos encargos políticos-jurídicos que sobre eles incidem em caráter mandatório – mostra-se apta a comprometer a eficácia e a integridade de direitos sociais impregnados de estatura constitucional**" (RE-AgR nº 603.575/SC, 2ª Turma, Rel. Min. Eros Grau, Julg. 20.04.2010).

No que concerne ao princípio da reserva do possível, não obstante a municipalidade alegue possuir restrições financeiras e orçamentárias, o Poder Público tem o dever jurídico de estruturar-se financeiramente, adotando política eficiente, a fim de possibilitar a concretização do direito social à educação, previsto no artigo 6º da Constituição Federal.

No que concerne à alegação de ofensa ao princípio da igualdade, sob fundamento de que crianças inscritas no cadastro estariam sendo preteridas, cuidando-se de direito público subjetivo, cabe ao Judiciário, indistintamente, assegurar a qualquer criança o fornecimento da educação básica, em cumprimento ao princípio da máxima efetividade da Magna Carta.

Acesso ao Sumário

Insta salientar ainda, que nesta Colenda Corte o direito de ingresso de criança em ensino infantil, seja creche ou pré-escola, já está pacificado, nos termos das Súmulas nºs 63, 64 e 65, bem como na jurisprudência dominante:

"**É indeclinável a obrigação do Município de providenciar imediata vaga em unidade educacional a criança ou adolescente que resida em seu território**" (Súmula 63 – Câmara Especial, DJe 14.04.2011, págs. 02/03).

"**O direito da criança ou do adolescente a vaga em unidade educacional é amparável por mandado de segurança**" (Súmula 64 – Câmara Especial, DJe. 14.04.2011, págs. 02/03).

"**Não violam os princípios constitucionais da separação e independência dos poderes, da isonomia, da discricionariedade administrativa e da anualidade orçamentária as decisões judiciais que determinam às pessoas jurídicas da administração direta a disponibilização de vagas em unidades educacionais ou o fornecimento de medicamentos, insumos, suplementos e transporte a crianças ou adolescentes**" (Súmula 65 – Câmara Especial, DJe 14.04.2011, págs. 02/03).

No mais, a matéria em discussão neste *writ* tem solução pacífica na jurisprudência:

"**DIREITO CONSTITUCIONAL E DIREITO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO. GARANTIA ESTATAL DE VAGA EM CRECHE. PRERROGATIVA CONSTITUCIONAL. AUSÊNCIA DE INGERÊNCIA NO PODER DISCRICIONÁRIO DO PODER EXECUTIVO. PRECEDENTES. 1. A educação infantil é prerrogativa constitucional indisponível, impondo ao Estado a obrigação de criar condições objetivas que possibilitem o efetivo acesso a creches e unidades pré-escolares. 2. É possível ao Poder Judiciário determinar a implementação pelo Estado, quando inadimplente, de políticas públicas constitucionalmente previstas, sem que haja ingerência em questão que envolve o poder discricionário do Poder Executivo. 3. Agravo regimental improvido**" (STF – RE 464143).

"**AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. ART. 208, INC. IV, DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. ATENDIMENTO DE CRIANÇAS ATÉ CINCO ANOS DE IDADE EM CRECHES E PRÉ-ESCOLAS: DIREITO SUBJETIVO PÚBLICO. POSSIBILIDADE DE INTERVENÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO. PRECEDENTES. AGRAVO REGIMENTAL AO QUAL SE NEGA PROVIMENTO**" (STF – RE 554075).

"**CONSTITUCIONAL. AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO DE INSTRUMENTO. MATRÍCULA DE CRIANÇA DE ZERO A CINCO ANOS DE IDADE EM CRECHE E PRÉ-ESCOLAS MUNICIPAIS. DIREITO ASSEGURADO PELA CONSTITUIÇÃO (ART. 208, IV, DA CF). I – O Estado tem o dever constitucional de assegurar a garantia de atendimento em creche e pré-escola às crianças de zero a cinco anos de idade (art. 208, IV, da CF). II – Agravo regimental improvido**" (STF – AI 59207).

"**1. RECURSO. Extraordinário. Inadmissibilidade. Educação**

Acesso ao Sumário

infantil. Criança de até seis anos de idade. Atendimento em creche e pré-escola. Direito assegurado pelo próprio Texto Constitucional (CF, art. 208, IV). Compreensão global do direito constitucional à educação. Dever jurídico cuja execução se impõe ao Poder Público, notadamente ao Município (CF, art. 211, § 2º). Precedentes. Agravo regimental não provido. Nega-se provimento a agravo regimental tendente a impugnar, sem razões consistentes, decisão fundada em jurisprudência assente na Corte. 2. RECURSO. Agravo. Regimental. Jurisprudência assentada sobre a matéria. Caráter meramente abusivo. Litigância de má-fé. Imposição de multa. Aplicação do art. 557, § 2º, c.c. arts. 14, II e III, e 17, VII, do CPC. Quando abusiva a interposição de agravo, manifestamente inadmissível ou infundado, deve o Tribunal condenar o agravante a pagar multa ao agravado" (STF – RE 592937).

Assim, há que se reconhecer o dever do Município de prover vagas em creche para crianças, em cumprimento ao que preceitua a Carta Constitucional.

Finalmente, quanto a pena de multa diária imposta, no valor de R$ 100,00 (cem reais), esta tem por objetivo garantir o cumprimento da decisão judicial e foi fixada em obediência aos critérios da jurisprudência dominante.

Nesse sentido a jurisprudência do Colendo Superior Tribunal de Justiça, a saber:

"**(...)**

O acórdão *a quo*, embora tenha reconhecido o direito líquido e certo ao medicamento pleiteado, negou a possibilidade de haver a fixação de multa cominatória em mandado de segurança.

Ganha relevância, assim, a tese recursal de que o Tribunal de origem teria fixado premissa jurídica que impediria o deferimento de eventual e futuro pedido de multa cominatória, caso necessário.

Isso considerado, deve-se destacar que é entendimento jurisprudencial sedimentado no âmbito do Superior Tribunal de Justiça a possibilidade de ordem de bloqueio de verbas públicas ou de fixação de *astreintes* para o fim de garantir o fornecimento de medicamento à pessoa que dele necessite, quando houver o risco de grave comprometimento da saúde do demandante.

Precedentes: RMS 33.155/MA, Rel. Ministra Maria Isabel Gallotti, Quarta Turma, DJe 29/08/2011; REsp 1.069.441/PE, Rel. Ministro Luiz Fux, Primeira Turma, DJe 17/12/2010; REsp 900.458/RS, Rel. Ministro Teori Albino Zavascki, Primeira Turma, DJ 13/08/2007; REsp 840.912/RS, Rel. Ministro Teori Albino Zavascki, Primeira Turma, DJ 23/04/2007; REsp 851.760/RS, Rel. Ministro Teori

Acesso ao Sumário

Albino Zavascki, Primeira Turma, DJ 11/09/2006; EREsp 770.969/RS, Rel. Ministro José Delgado, Primeira Seção, DJ 21/08/2006.

Ainda, vide: 'Conforme dispõe o art. 461, § 5º, do CPC, cabe ao magistrado, à luz dos fatos delimitados na demanda, determinar a medida que, a seu juízo, mostrar-se mais adequada para tornar efetiva a tutela almejada. Vale dizer, se, de um lado, pode o juiz determinar a implementação de medida, ainda que não expressa na lei, como o bloqueio de contas públicas, por outro lado, é-lhe também lícito rejeitar o pedido, se entender pela sua desnecessidade. O que a ordem jurídica não tolera é que o juiz seja compelido a determinar a adoção de cautelas que não reputou necessárias, apenas para satisfazer o desejo das partes' (RMS 33.337/GO, Rel. Ministro Cesar Asfor Rocha, Segunda Turma, DJe 25/05/2012).

É inegável que existe jurisprudência desta Corte Superior de Justiça que ampara a possibilidade de bloqueio de verbas públicas, no caso de descumprimento de ordem judicial que visa proteger o direito fundamental à saúde e à vida, como: AgRg no REsp 1.002.335/RS, Rel. Ministro Luiz Fux, Primeira Turma, DJe 22.9.2008 (AgRg no RMS 35.019/GO, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, DJe 13/02/2012).

Por último, deixa-se consignado que a concessão dessas medidas cautelares é vinculada à demonstração, a qualquer tempo, de sua necessidade, caso a caso, conforme os elementos de prova constantes dos autos; e que, 'quando considerada exorbitante ou insuficiente, pode ser modificada pelo juiz a qualquer tempo, já que não faz coisa julgada material, hipótese, portanto, em que não se opera a preclusão' (AgRg no REsp 1167276/MA, Rel. Ministro João Otávio de Noronha, Terceira Turma, DJe 28/06/2013).

Ante o exposto, com base no art. 557, § 1º-A, do CPC, dou provimento ao recurso ordinário para cassar o acórdão recorrido, na parte em que decidiu pela impossibilidade de fixação das *astreintes* no rito do mandado de segurança" (RMS nº 42.494 – GO (2013/0136140-6); Min. Benedito Gonçalves – 1ª TURMA; p. DJe em 07/08/2013).

Meu voto, pois, **NEGA PROVIMENTO** aos recursos.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação/Reexame Necessário nº 0000378-07.2013.8.26.0355, da Comarca de Miracatu, em que são apelantes

Acesso ao Sumário

JUÍZO *EX OFFICIO* e FAZENDA DO ESTADO DE SÃO PAULO, é apelada I.S.C. (MENOR).

ACORDAM, em Câmara Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento aos recursos. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 29.085)**

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 novembro de 2014.

ARTUR MARQUES, Relator e Presidente da Seção de Direito Privado

Ementa: APELAÇÃO – EDUCAÇÃO – MODALIDADE DE JOVENS E ADULTOS – INDEFERIMENTO DE MATRÍCULA EM RAZÃO DE CRITÉRIO ETÁRIO – APLICAÇÃO DO DISPOSTO NA DELIBERAÇÃO CEE 82/2009 – INADMISSIBILIDADE – RESTRIÇÃO NÃO PREVISTA NA LEI DE DIRETRIZES E BASES DA EDUCAÇÃO OU NAS CONSTITUIÇÕES ESTADUAL E FEDERAL – MENOR PÚBERE EMANCIPADA IMPEDIDA DE ESTUDAR NOS PERÍODOS MATUTINO E VESPERTINO EM VIRTUDE DE VAGA DE ESTÁGIO – INEXISTÊNCIA DE VAGA NO ENSINO REGULAR NO PERÍODO NOTURNO – SENTENÇA MANTIDA – RECURSOS IMPROVIDOS.

VOTO

Acesso ao Sumário

1. Trata-se de recurso voluntário e de reexame necessário da r. sentença de fls. 90/92v, cujo relatório se adota, que confirmou a liminar anteriormente concedida e concedeu a segurança em mandado impetrado pela autora menor púbere, visando obter matrícula no Ensino Médio, na modalidade de Educação de Jovens Adultos.

A Fazenda do Estado de São Paulo apela às fls. 118/125. Alega que o pedido de matrícula em sede administrativa foi indeferido à luz da legislação em vigor, uma vez que a Lei nº 9.394/96 dispõe que o programa educacional para jovens e adultos tem por finalidade permitir que pessoas que não tiveram acesso ou continuidade de estudos no Ensino Fundamental na idade apropriada possam obter educação formal e, assim, competir com melhores condições no mercado

de trabalho. A lei determina, em seu art. 38, § 1º, II, que os sistemas de ensino manterão exames, no nível de conclusão do Ensino Médio, para os maiores de 18 anos, sendo certo que a impetrante não completou a idade mínima para tanto. Invoca o princípio da legalidade. Aduz não ser plausível que a autora curse o ensino supletivo se de fato tem idade compatível para cursar o Ensino Médio regular. Ao final, pugna pelo provimento do recurso.

Recurso recebido às fls. 127. Certificado o decurso de prazo sem apresentação de contrarrazões às fls. 135.

Parecer Ministerial em Primeira Instância às fls. 137/138, pela manutenção da r. sentença. A douta Procuradoria-Geral de Justiça deixou de oferecer parecer quanto ao mérito, por entender que o litígio envolve direitos de notória disponibilidade (fls. 143 e 155).

É o relatório.

2. Trata-se de mandado de segurança impetrado para pleitear vaga no Ensino Médio, por meio do programa Ensino de Jovens Adultos, junto à rede pública de ensino. Segundo consta da petição inicial, a autora obteve vaga de estágio e não encontrou vaga no ensino regular em horário compatível, razão pela qual procurou se matricular no Ensino de Jovens e Adultos, no período noturno. Como contava com 16 anos à época, foi informada de que precisaria se emancipar e, nada obstante tenha efetivamente obtido a emancipação, foi-lhe negada a vaga.

Feita a breve digressão, a r. sentença merece ser mantida.

Imperioso apontar, a princípio, que a r. sentença *a quo* não violou o princípio da separação dos poderes, a uma porque princípio igualmente relevante a nortear o Estado Democrático de Direito brasileiro é o da inafastabilidade do controle jurisdicional. E, se o art. 60, § 4º, III, da Constituição Federal, prevê a separação dos Poderes como cláusula pétrea, o inciso IV prevê a intangibilidade dos direitos e garantias individuais, insculpidos parcialmente no art. 5º da Carta Magna. Um desses direitos, garantido pelo inciso XXXV do referido dispositivo, determina que "***a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito***".

Vale lembrar, nesse passo, que ao cidadão é dado fazer tudo quanto queira, exceto o que a Lei proíbe. Ao Poder Público, pelo contrário, tudo é proibido, salvo o que a Lei permite. Portanto, discricionariedade administrativa não significa arbitrariedade administrativa. Ao Poder Público não é dado, sob o pretexto de gerenciar políticas públicas, e albergado pela liberdade discricionária que a Lei lhe confere, violar o direito do cidadão. Nos dizeres de Bandeira de Mello, "***ao agir arbitrariamente o agente está agredindo a ordem jurídica, pois terá se comportado fora do que lhe permite a lei. Seu ato, em consequência, é ilícito e***

Acesso ao Sumário

por isso mesmo corrigível judicialmente"[1] (sem grifos no original).

A discricionariedade administrativa existe porque, estando o Poder Público adstrito ao que a Lei lhe permite fazer, e sendo impossível que a Lei preveja todas as situações concretas que demandam a ação do agente administrativo, se lhe atribuem critérios extrajurídicos, de conveniência e oportunidade, não previstos em Lei, mas que obviamente não podem a ela ser contrários.

Observe-se que uma das funções do Ensino de Jovens e Adultos é justamente permitir que os estudantes possam conciliar os estudos e eventual exercício de atividade laborativa, que, não raro, é essencial para o sustento de muitas famílias.

Logo, apesar de não haver completado o requisito etário para se matricular no programa, tal critério merece ser mitigado no caso concreto, seja em razão da emancipação da autora, seja em razão de haver trazido aos autos "Termo de Compromisso de Estágio" (fls. 15/16), seja, ainda, porque a Administração Pública não foi capaz de lhe oferecer oportunidade de estudo em horário compatível.

Nesses termos, devem ser ressaltados os argumentos da ilustre magistrada *a quo*:

> "*(...) Destaque, em especial, ao art. 208 da Constituição Federal que, em seu inciso VI, estabelece expressamente o dever do Estado em garantir* '*oferta de ensino noturno regular, adequado às condições do educando*'.
>
> *Por sua vez, a Constituição do Estado de São Paulo, em seu artigo 250, § 1º, determina que* '*O Estado proverá o atendimento do ensino médio em curso diurno e noturno, regular e supletivo, aos jovens e adultos, especialmente trabalhadores, de forma compatível com suas condições de vida.*'
>
> *No presente caso, tenho que a impetrante demonstrou a sua admissão em estágio junto à Caixa Econômica Federal, com horário de trabalho das 11h às 16h, o que a impede de frequentar o ensino regular no período matutino ou vespertino, restando-lhe apenas o período noturno para cursar a escola.*
>
> *Por outro lado, a Fazenda Pública Estadual não ofereceu alternativas à impetrante, deixando de disponibilizar vagas em curso regular do ensino médio no horário noturno, não restando opção diversa à educanda. (...)*
>
> *Isto é, se a Fazenda Pública Estadual não disponibiliza vagas no curso regular de ensino médio no período noturno, em escola próxima ao local de domicílio da impetrante, a permitir que ela frequente o estágio e a escola, de maneira concomitante, deve, assim, matriculá-la no curso*

Acesso ao Sumário

1 MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 18ª ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 401.

denominado 'Educação Jovens e Adultos', único disponível no horário noturno" (fls. 90v/91v).

Na mesma direção se posicionou este e. Tribunal, quando reconheceu:

APELAÇÃO – Idade mínima para o curso supletivo – Lei n° 9.394/96 – Não foi definida em lei a idade mínima para a matrícula, mas sim para prestar os exames – Matrícula com 13 e 16 anos completos para os cursos de ensino fundamental e médio, respectivamente – Admissibilidade – Recurso improvido.[2]

Destarte, a r. sentença concessiva da ordem deve ser mantida.

3. Ante o exposto, **nega-se provimento aos recursos**.

Conflitos de Competência

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Conflito de Competência nº 0048226-51.2014.8.26.0000, da Comarca de Diadema, em que é suscitante MM. JUIZ DE DIREITO DA 1ª VARA CÍVEL DE DIADEMA, é suscitado MM. JUIZ DE DIREITO DA 2ª VARA CÍVEL DE SÃO BERNARDO DO CAMPO.

ACORDAM, em Câmara Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Julgaram procedente o conflito e declararam competente o Juízo suscitado, qual seja, a 2ª Vara Cível de São Bernardo do Campo. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 19.515)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores EROS PICELI, Vice-Presidente (Presidente), e ARTUR MARQUES (Presidente da Seção de Direito Privado).

São Paulo, 20 de outubro de 2014.

RICARDO ANAFE, Relator e Presidente da Seção de Direito Público

2 TJSP, **Ap. 0087237-73.2003.8.26.0000**, 5ª Câm. de Direito Público, rel. Des. Franco Cocuzza, j. 24/01/2008.

Acesso ao Sumário

Ementa: Conflito Negativo de Competência.

Ação de busca e apreensão – Ajuizamento no foro do domicílio do réu – Pedido de conversão em ação de execução – Juízo suscitado que determina redistribuição do feito sob o argumento de estar o novo endereço do réu localizado em outra comarca – Impossibilidade – Competência territorial indeclinável de ofício – Perpetuação da jurisdição – Incidência da regra do artigo 87, do Código de Processo Civil e aplicação da Súmula nº 33, do Egrégio Superior Tribunal de Justiça.

Conflito procedente – Competência do Juízo Suscitado.

VOTO

1. Trata-se de conflito negativo de competência suscitado pelo Juízo de Direito da 1ª Vara Cível de Diadema em face do Juízo de Direito da 2ª Vara Cível de São Bernardo do Campo, nos autos da ação de busca e apreensão fundada em contrato de financiamento bancário, com pedido de conversão em ação de execução, ajuizada por Aymoré Crédito, Financiamento e Investimento S/A em face de Moises Cristiano da Silva, sob o fundamento de que o juízo suscitado não poderia ter declinado da competência de ofício.

Foi designado o Juízo Suscitado para apreciação de eventuais medidas urgentes (fl. 14).

Ministério Público (fl. 20/21).

É o relatório.

2. O conflito negativo de competência está configurado, uma vez que ambos os Magistrados se consideram incompetentes para conhecer da lide (artigo 115, inciso II, do Código de Processo Civil), sendo, pois, procedente o conflito.

Assiste razão ao MM. Juiz Suscitante.

A ação de busca e apreensão foi livremente distribuída e tramitava perante o Juízo da 2ª Vara Cível da Comarca de São Bernardo do Campo que, apreciando pedido de conversão em ação de execução, declinou de sua competência de ofício, porque teria sido indicado um endereço do réu localizado na Comarca de Diadema.

Nesse contexto, a competência é do juízo suscitado, a teor da regra prevista no artigo 87, do Código de Processo Civil, que determina a competência no momento da propositura da ação, sendo irrelevantes as modificações do estado

Acesso ao Sumário

de fato e de direito que não consistirem na supressão do órgão judiciário ou na alteração da competência em razão da matéria ou da hierarquia.

Dessa forma, a alteração do endereço do réu não tem o condão de modificar a competência, dada a *perpetuatio jurisdictionis*, firmada sua competência no momento da distribuição da ação.

Além disso, trata-se de competência relativa, que não pode ser declinada de ofício, nos termos da Súmula nº 33 do Egrégio Superior Tribunal de Justiça.

Nesse sentido, já decidiu a Colenda Câmara Especial:

> **Conflito Negativo de Competência – Juízos de Comarcas diversas – Ação Monitória – Verificação, no curso do feito, de atual endereço da requerida – Redistribuição à Comarca do novo endereço – Inadmissibilidade – Incidência da regra do art. 87 do CPC (*perpetuatio jurisdictionis*) – Competência relativa – Afastamento possível somente por meio de exceção – Processo que deve tramitar no Juízo em que originariamente distribuído – Conflito julgado procedente, para declarar a competência do MM. Juízo suscitado** (Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, Câmara Especial, Conflito de Competência nº 0195124-67.2013.8.26.0000, Rel. Des. Claudia Grieco Tabosa Pessoa, j. 24/02/2014).

3. Ante o exposto, julga-se procedente o conflito e declara-se competente o Juízo suscitado, qual seja, a 2ª Vara Cível de São Bernardo do Campo.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Conflito de Competência nº 0043032-70.2014.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é suscitante MM. JUIZ DE DIREITO DA 1ª VARA CÍVEL DO FORO REGIONAL DE ITAQUERA, é suscitado MM. JUIZ DE DIREITO DA 6ª VARA CÍVEL 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 negativo para declarar competente para conhecer e julgar o pedido o MM. Juízo de Direito da 6ª Vara Cível do Foro Regional de Santo Amaro, ora suscitado. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 9272)**

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, 27 de outubro de 2014.

Acesso ao Sumário

CAMARGO ARANHA FILHO, Relator

Ementa: CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA. Ação declaratória de inexistência de débito com pedido de indenização por danos morais. Prerrogativa do consumidor optar pela propositura da ação em seu domicílio. Faculdade não utilizada. Ação proposta em foro estranho ao domicílio das partes. Aplicação da regra geral. Competência do foro do domicílio da requerida. Conflito julgado procedente para declarar a competência do Juízo suscitado.

VOTO

Trata-se de Conflito Negativo de Competência suscitado pelo MM. Juízo de Direito da 1ª Vara Cível do Foro Regional de Itaquera, em face do MM. Juízo de Direito da 6ª Vara Cível do Foro Regional de Santo Amaro, nos autos de ação indenizatória ajuizada por Rafael Dorizo de Lima contra TIM Celular S/A.

Designado o MM. Juiz suscitante para apreciar eventuais medidas urgentes (fls. 27).

A douta Procuradoria Geral de Justiça manifestou pelo acolhimento do conflito, declarando-se competente o Juízo suscitado (fls. 30/32).

É o relatório.

O presente conflito é de ser conhecido, porquanto nenhum dos Juízos admite a competência para conhecer e julgar a ação.

A demanda foi inicialmente distribuída perante o MM. Juízo de Direito da 25ª Vara Cível do Foro Central que, estranho ao domicílio das partes e assentado no critério de competência funcional, dela declinou para o Foro Regional de Santo Amaro, local de domicílio da requerida, cujo MM. Juízo da 6ª Vara Cível, reconhecendo a incidência da legislação consumerista na espécie, promoveu consulta ao autor acerca do interesse em ajuizar a demanda no seu domicílio. Diante da afirmativa da parte, remeteu o feito ao Juízo da 1ª Vara Cível do Foro Regional de Itaquera, que suscitou o presente conflito.

Ressalvado e respeitado entendimento em sentido diverso, a competência é do Juízo suscitado.

Na hipótese, a ação que deu origem ao incidente decorre da relação entre consumidor e prestadora de serviços; nítida relação de consumo, portanto, regida pelas normas traçadas na Lei nº 8.078/90.

Não obstante, pode o consumidor optar pela regra geral do artigo 100, inciso IV, alíneas "a" e "b", do Código de Processo Civil, facultada a escolha do

Acesso ao Sumário

foro que melhor atender aos seus interesses.

No entanto, o autor não se utilizou da prerrogativa de propor a ação em seu domicílio, como lhe faculta o Código de Defesa do Consumidor; tampouco da regra geral trazida no Código de Processo Civil, foro do domicílio do réu, propondo a demanda no Foro Central da Comarca da Capital, estranho ao julgamento da causa.

Como destacado pela douta Procuradoria Geral de Justiça (fls. 31), *se mostra correta a determinação de redistribuição da ação para o foro do domicílio do réu, uma vez que ao autor era dado optar pelo ajuizamento junto ao foro de seu domicílio quando distribuiu a ação. Se não o fez, entende-se como renúncia ao benefício estatuído pelo artigo 101, inciso I, do Código de Defesa do Consumidor, que agora não pode dela se valer, devendo o critério legal de competência estatuído pelo artigo 94,* caput*, do Código de Processo Civil prevalecer*.

Desta forma, a regra aplicável é aquela que prevê a competência do foro do domicílio da requerida, o Foro Regional de Santo Amaro, para cujo Juízo da 6ª Vara Cível a ação deve ser remetida.

Ante o exposto, **julgo procedente o conflito negativo**, para declarar competente para conhecer e julgar o pedido, o **MM. Juízo de Direito da 6ª Vara Cível do Foro Regional de Santo Amaro**, ora suscitado.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Conflito de Competência nº 0049414-79.2014.8.26.0000, da Comarca de Barretos, em que é suscitante MM. JUIZ DE DIREITO DA VARA DO JUIZADO ESPECIAL CÍVEL DE BARRETOS, é suscitado MM. JUIZ DE DIREITO DA 3ª VARA CÍVEL DE BARRETOS.

ACORDAM, em Câmara Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Julgaram o conflito de competência procedente e declararam competente o MM. Juiz de Direito suscitante. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 3453)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores EROS PICELI (VICE-PRESIDENTE) (Presidente) e RICARDO ANAFE (PRES. DA SEÇÃO DE DIREITO PÚBLICO).

São Paulo, 27 de outubro de 2014.

CARLOS DIAS MOTTA, Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA. Ação de recálculo de vencimentos de servidor público municipal. Causa de interesse do ente municipal com valor inferior a 60 (sessenta) salários mínimos, nos termos do art. 2º, "caput", da Lei nº 12.153/09. Ausência de complexidade no cálculo. Competência da Vara do Juizado Especial Cível nas comarcas onde não instaladas as Varas de Juizado Especial Fazendário. Precedentes desta C. Câmara Especial. Conflito julgado procedente. Competência do r. Juízo suscitante.

VOTO

Cuida-se de conflito negativo de competência entre os MMs. Juízes de Direito da Vara do Juizado Especial Cível (suscitante) e da 3ª Vara Cível (suscitado), ambos da comarca de Barretos.

Divergem os Magistrados acerca da competência para julgamento da ação de revisão e pagamento de diferenças de vencimentos proposta por Célia Regina Girardi de Assis em face da Prefeitura do Município de Barretos (fls. 05/12v).

A ação foi livremente distribuída ao r. Juízo suscitado, que declinou de sua competência e determinou a redistribuição do feito ao Juizado Especial da Fazenda Pública, ao argumento de que se trata de competência absoluta daquele r. Juízo, e ainda, de que a apuração dos valores exige mero exame técnico nos termos dos arts. 9º e 10 da Lei nº 12.153/09 (fls. 15/15v.).

Recebendo os autos, o r. Juízo do Juizado Especial recusou igualmente sua competência e suscitou o presente (fls. 02/04 e 16).

Designado o r. Juízo suscitante para apreciar e resolver as medidas urgentes (fls. 18).

A douta Procuradoria Geral de Justiça opinou pela competência do r. Juízo suscitado (fls. 21/24).

É o relatório.

Decido:

Conheço do conflito, nos termos do artigo 115, inciso I, do CPC, porquanto ambos os Magistrados recusam competência para julgar a ação revisional.

A competência para o julgamento da ação é do MM. Juiz da Vara do Juizado Especial Cível, ora suscitante, como se verá.

Trata-se, em suma, de ação de revisão de vencimentos de servidor público municipal com vistas ao recálculo de seus vencimentos para a conversão dos valores de "cruzeiros reais" para "unidade real de valor" - "URV" - e deste

Acesso ao Sumário

para o real, conforme determina o art. 22 da Lei nº 8.880/04 que regulamenta o programa de estabilização econômica e o sistema monetário nacional (fls. 05/12v.).

Com efeito, o art. 2º, *"caput"*, da Lei nº 12.153/09 prevê a competência dos Juizados Especiais da Fazenda Pública para julgamento das causas cíveis de interesse dos Estados, do Distrito Federal, dos Territórios e dos Municípios, até o valor de sessenta salários mínimos.

Contudo, nas comarcas do interior, como na hipótese em apreço, inexistindo Juizado Especial Fazendário, aplica-se o previsto no Provimento nº 1.768/10 do Conselho Superior da Magistratura que dispõe:

> *Art. 2º - Ficam designadas em caráter exclusivo para o processamento e julgamento dos feitos previstos na Lei 12.153/09 as seguintes unidades judiciárias:*
>
> *II - Nas Comarcas do interior,* ***enquanto não instalados os Juizados Especiais de Fazenda Pública:***
>
> *b) as* ***Varas de Juizado Especial, com competência cível ou cumulativa, onde não haja Vara da Fazenda Pública instalada.*** (Grifos nossos).

Essa a hipótese dos autos, considerando que o caso em exame não se enquadra em qualquer das exceções previstas nos dispositivos acima referidos.

Observo que, no tocante à apuração dos valores, não se vislumbra complexidade dos cálculos a afastar a competência dos Juizados Especiais, bastando mera operação aritmética para obtenção dos valores devidos.

Desse modo, por qualquer ângulo que se analise a questão verifica-se que, a competência no caso em exame, é mesmo do MM. Juízo do Juizado Especial (suscitante).

Nesse sentido, tem sido decidido nesta C. Câmara Especial:

> *Conflito negativo de competência - Pretensão de servidos público municipal voltada à percepção de diferenças salariais - Valor da Causa inferior a 60 salários mínimos - Desnecessidade de efetivação de prova contábil complexa - Lei nº 12.153/2009 que instituiu os Juizados Especiais da Fazenda Pública com competência absoluta para processar e julgar as causas cíveis de interesse dos entes da Federação até o valor de 60 salários mínimos - Provimento nº 1.768/2010 do CSM - Designação das Varas dos Juizados Comuns, em caráter exclusivo, para o processamento e julgamento dos feitos, enquanto não instaladas as Varas de Juizado Especial da Fazenda Pública - Regra de competência funcional e, portanto, absoluta - Competência do Juízo Suscitante.* (TJSP Câmara Especial Conflito de Competência nº 0204920-82.2013.8.26.0000. Rel. Des. Artur Marques. J. 17/03/2014);

Acesso ao Sumário

Conflito de competência - Incumbência da apreciação de demandas fazendárias atribuída aos juizados especiais comuns, onde inexistentes varas e juizados específicos, em caráter exclusivo - Inteligência do artigo 2º, II do Provimento nº 1.768/10 do Conselho Superior da Magistratura - Causa que não versa sobre matéria fática complexa - Exame pericial, ademais, que, se necessário, não é inviável no âmbito do juizado especial - Competência do suscitante. (TJSP Câmara Especial Conflito de Competência nº 0204915-60.2013.8.26.0000 Rel. Des. Marcelo Gordo. J. 24/02/2014).

Ante o exposto, **julgo** o conflito de competência **procedente** e **declaro competente** para julgar a ação o **MM. Juiz de Direito da Vara do Juizado Especial Cível da comarca de Barretos**, ora **suscitante**.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Conflito de Competência nº 0040113-11.2014.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é suscitante MM. JUIZ DE DIREITO 5ª VARA CÍVEL DO FORO REGIONAL DE SANTO AMARO, é suscitado MM. JUIZ DE DIREITO 5ª VARA CÍVEL DA CAPITAL.

ACORDAM, em Câmara Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Julgaram procedente o conflito e declararam competente o Juízo suscitante, qual seja, a 5ª Vara Cível do Foro Regional de Santo Amaro. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 19.834)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores EROS PICELI Vice-Presidente (Presidente) e GUERRIERI REZENDE (Decano).

São Paulo, 27 de outubro de 2014.

RICARDO ANAFE, Relator e Presidente da Seção de Direito Público

Acesso ao Sumário

Ementa: Conflito Negativo de Competência.

Ação de declaratória de rescisão de contratos de sublocação e de prestação de serviços - Distribuição para uma das Varas Cíveis do Foro Central - Cláusula de eleição do "foro central" - Impossibilidade de eleição do juízo, mas tão somente da Comarca - Invalidade da eleição do foro central da Capital - Remessa dos autos ao Foro Regional de Santo Amaro, onde se situa a sede da empresa ré - Possibilidade - Valor da causa

que não excede o limite determinado pela Resolução nº 02/1976, modificada pela Resolução nº 148/2001 deste Egrégio Tribunal de Justiça - Competência funcional e absoluta, a afastar a *perpetuatio jurisdictionis* - Competência da 5ª Vara Cível do Foro Regional de Santo Amaro.

Conflito procedente - Competência do Juízo Suscitante.

VOTO

1. Trata-se de conflito negativo de competência suscitado pelo Juízo da 5ª Vara Cível do Foro Regional de Santo Amaro em face do Juízo da 5ª Vara Cível da Capital, nos autos da ação de rescisão de contratos de sublocação e de prestação de serviços, ajuizada por Kcel Motores e Fios Ltda. em face de HQ do Brasil Administração de Bens e Serviços Ltda. - Regus, sob o fundamento de que o juízo suscitado não poderia ter declinado da competência de ofício e encaminhado os autos para o foro do domicílio da ré, dada a perpetuação da jurisdição.

Foi designado o Juízo Suscitado para apreciação de eventuais medidas urgentes (fl. 234).

Ministério Público (fls. 238/239).

É o relatório.

2. O conflito negativo de competência está configurado, uma vez que ambos os Magistrados se consideram incompetentes para conhecer da lide (artigo 115, inciso II, do Código de Processo Civil), sendo, pois, procedente o conflito.

Não assiste razão ao MM. Juiz Suscitante.

In casu, trata-se de demanda de rito ordinário pleiteando a rescisão de contratos de sublocação e de prestação de serviços, livremente distribuída para a 5ª Vara Cível da Capital, em razão de cláusulas de foro de eleição, em ambos os contratos, elegendo "a jurisdição do Centro".

Ocorre que os foros regionais e o foro central são juízos da mesma comarca de São Paulo.

E às partes não é dada a eleição de juízo, mas tão somente da comarca, sendo nula, pois, a eleição do "foro central da capital".

Assim sendo, observada a Comarca eleita pelas partes, e afastada a escolha de determinado juízo, e em se tratando de ação de natureza pessoal, com valor da causa que não excede o limite determinado pela Resolução nº 02/1796, modificada pela Resolução nº 148/2001 deste Egrégio Tribunal de

Acesso ao Sumário

Justiça, competente é o Foro Regional em cuja área territorial se situa a sede da empresa requerida, ou seja, o Foro Regional de Santo Amaro.

Portanto, independentemente do estágio em que se encontra a demanda, agiu corretamente o juízo suscitado, pois se trata de competência absoluta, que não se prorroga pela perpetuação da jurisdição.

Com efeito, entre o foro central e os foros regionais a divisão de competência, ainda que tome em consideração o território ou o valor da causa, o faz como critério de racional distribuição do serviço, a levar em conta fatores como a conveniência da função jurisdicional e a facilitação do deslocamento das partes, não se podendo falar em competência territorial e de natureza relativa, mas sim em competência funcional, de juízo e de natureza absoluta, tudo conforme disciplina da Lei de Organização Judiciária local.

Nesse sentido a lição de Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery, *in* Código de Processo Civil Comentado e legislação extravagante, 13ª edição, editora Revista dos Tribunais, p. 417:

> ***"Juízos distritais e regionais. Há comarcas que têm juízos distritais ou regionais (v. g., São Paulo, Porto Alegre, Campinas, etc). Trata-se de competência de juízo, portanto, absoluta (funcional). Ainda que os motivos para divisão dos juízos seja o valor da causa e/ou o território, como ocorre na comarca de São Paulo, são, na verdade, subcritérios derivados do critério funcional. Este é o que prevalece na caracterização da espécie de competência. Assim, na comarca de São Paulo o juiz de vara central deve declarar-se de ofício incompetente, remetendo os autos ao juízo regional, e vice-versa, porque estará declinando de ofício incompetência absoluta, não incidindo a proibição do STJ 33".***

Assim vem decidindo a Colenda Câmara Especial:

> **CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA. Ação de reparação por danos morais. Relação de consumo. Demanda proposta perante o Foro Central da Capital. Declinação de ofício pelo Magistrado. Acerto da decisão. Repartição de competências entre os Foros Regionais e o Central da Comarca da Capital que se define pelo critério funcional, de natureza absoluta. Divisão de competências que atende às regras estabelecidas na Lei de Organização Judiciária. Precedentes desta C. Câmara Especial. Conflito julgado procedente, para declarar a competência do r. Juízo suscitante.** (Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, Câmara Especial, Conflito de Competência nº 0011259-07.2014.8.26.0000, Relator Des. Carlos Dias Motta, j. 11/08/2014).

3. Ante o exposto, julga-se procedente o conflito e declara-se competente o Juízo suscitante, qual seja, a 5ª Vara Cível do Foro Regional de Santo Amaro.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Conflito de Competência nº 0062961-89.2014.8.26.0000, da Comarca de São Bernardo do Campo, em que é suscitante MM. JUIZ DE DIREITO DA 2ª VARA CÍVEL DE SÃO BERNARDO DO CAMPO, é suscitado MM. JUIZ DE DIREITO DA 7ª VARA CÍVEL DA CAPITAL.

ACORDAM, em Câmara Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "JULGARAM PROCEDENTE o presente conflito para declarar competente para conhecer e julgar os pedidos o MM. Juízo de Direito da 2ª Vara Cível de São Bernardo do Campo, ora suscitante, V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 9955)**

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, 13 de novembro de 2014.

CAMARGO ARANHA FILHO, Relator

Ementa: CONFLITO DE COMPETÊNCIA. Ação revisional de contrato e ação de busca e apreensão. Prevenção do Juízo que primeiro despachou. Inteligência dos artigos 103 e 106, ambos do Código de Processo Civil. Conflito julgado procedente. Competência do MM. Juízo suscitante.

VOTO

Trata-se de conflito negativo de competência suscitado pelo MM. Juízo de Direito da 2ª Vara Cível de São Bernardo do Campo em face do MM. Juiz de Direito da 7ª Vara Cível Central da Capital, nos autos da ação revisional de cláusula contratual cumulada com pedido de consignação em pagamento, ajuizada por João Batista Freitas Ruas contra o Banco Pecúnia S/A.

Distribuída a ação perante a 7ª Vara Cível do Foro Central da Comarca da Capital, foi determinada a remessa dos autos ao Juízo da 2ª Vara Cível de São Bernardo do Campo, local em que tramita a ação de busca e apreensão de veículo entre as mesmas partes.

O Juízo da 2ª Vara Cível de São Bernardo do Campo suscitou o incidente sustentando não existir conexão entre a lide revisional e a ação de busca e

Acesso ao Sumário

apreensão.

Designado o MM. Juízo suscitante para apreciar eventuais medidas urgentes (fl. 53).

A Douta Procuradoria Geral de Justiça opinou pela procedência do conflito, declarando-se competente o MM. Juízo suscitante.

É o relatório.

Configurado está o conflito negativo de competência, nos termos do artigo 115, inciso II, do Código de Processo Civil.

Ressalvado entendimento em contrário, razão assiste ao Juízo suscitado.

Nesse sentido, resta inequívoco que a ação de busca e apreensão foi distribuída em data anterior à propositura da ação de revisão de contrato (fls. 47).

Desta feita, tornou-se prevento o Juízo que primeiro conheceu a matéria, anotando-se haver identidade de partes e causa de pedir remota – o contrato de alienação fiduciária do veículo – nos termos dos artigos 103 e 106, ambos do Código de Processo Civil:

> *Art. 103. Reputam-se conexas duas ou mais ações, quando lhes for comum o objeto ou a causa de pedir.*
>
> *Art. 106. Correndo em separado ações conexas perante juízes que têm a mesma competência territorial, considera-se prevento aquele que despachou em primeiro lugar.*

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. Conexão entre busca e apreensão e revisional de cláusulas contratuais. Alienação fiduciária entre as mesmas partes. Incidência do art. 106 do CPC. Competência do MM. Juiz suscitante. (Conflito de Competência nº 0158760-33.2012.8.26.0000, Rel. Roberto Solimene, j. 10/12/2012).

Ante o exposto, **JULGO PROCEDENTE** o presente conflito para declarar competente para conhecer e julgar os pedidos o **MM. Juízo de Direito da 2ª Vara Cível de São Bernardo do Campo, ora suscitante**.

Acesso ao Sumário

CONSELHO SUPERIOR DA MAGISTRATURA

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0004463-48.2013.8.26.0642, da Comarca de Ubatuba, em que é apelante MARCOS ANTONIO TEIXEIRA BARROS, é apelado OFICIAL DE REGISTRO DE IMÓVEIS, TÍTULOS E DOCUMENTOS E CIVIL DE PESSOA JURÍDICA DA COMARCA DE UBATUBA.

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 34.105)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores JOSÉ RENATO NALINI (Presidente), EROS PICELI, GUERRIERI REZENDE, ARTUR MARQUES, PINHEIRO FRANCO e RICARDO ANAFE.

São Paulo, 30 de outubro de 2014.

ELLIOT AKEL, Relator e Corregedor Geral da Justiça

Ementa: REGISTRO DE IMÓVEIS – ESCRITURA DE VENDA E COMPRA – OUTORGANTES VENDEDORAS NÃO INSCRITAS NO CADASTRO DE PESSOAS FÍSICAS DO MINISTÉRIO DA FAZENDA – INEXISTÊNCIA DE ÓBICE JUSTIFICÁVEL PARA A OBTENÇÃO DA INSCRIÇÃO, AINDA QUE RESIDENTES NO EXTERIOR – CORRETA EXIGÊNCIA DO REGISTRADOR – RECURSO NÃO PROVIDO.

Acesso ao Sumário

VOTO

Cuida-se de apelação contra a sentença de fls. 90/91, que reconheceu a impossibilidade de registro de escritura de venda e compra, por não constar no título o número do CPF/MF das vendedoras.

Sustenta-se, em suma, que as vendedoras estão suficientemente qualificadas e identificadas, não possuindo inscrição no Cadastro de Pessoas Físicas do Ministério da Fazenda porque são italianas e não residem no Brasil, e que a Instrução Normativa nº 70/2000 da SRF permite que se faça a inscrição no CPF por determinação judicial, de ofício (fls. 99/105).

A Douta Procuradoria Geral de Justiça opinou pelo não provimento do recurso (fls. 121/122).

É o relatório.

A exigência do número de inscrição das vendedoras no Cadastro de Pessoas Físicas do Ministério da Fazenda deve ser mantida.

De acordo com o § 1º do art. 33 do Decreto nº 3.000/1999, com a redação dada pelo Decreto nº 4.166/2002, é obrigatória a inscrição no CPF de pessoas físicas residentes no exterior e que possuam bens no Brasil.

A Instrução Normativa RFB nº 864/2008 estabelece que devem ser inscritos no Cadastro de Pessoas Físicas os participantes de operações imobiliárias e os residentes no exterior que aqui possuam bens (art. 3º, incisos VI e XII).

Por fim, o item 63.3 do Capítulo XX das NSCGJ reitera tais disposições e especifica a obrigatoriedade inclusive para o estrangeiro.

O presente caso difere de outros nos quais este E. Conselho já relativizou a exigência de CPF de alguma das partes em razão da impossibilidade de obtenção da inscrição (morte do outorgante, por exemplo).

Ao que consta dos autos, as outorgantes vendedoras são maiores e capazes, podendo, portanto, ainda que residentes no exterior, providenciar sua inscrição no Cadastro de Pessoas Físicas do Ministério da Fazenda.

Por esses motivos, e em se tratando de direitos disponíveis, também não se aplica a hipótese de determinação judicial da inscrição das outorgantes, conforme requerido pelo apelante. Ainda mais em sede administrativa.

Ante o exposto, nego provimento ao recurso.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0025959-80.2012.8.26.0477, da Comarca de Praia Grande, em que é apelante VANDERLEY PIRES, é apelado OFICIAL DE REGISTRO DE IMÓVEIS E ANEXOS DA COMARCA DE PRAIA GRANDE.

ACORDAM, em Conselho Superior da Magistratura do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "DERAM PROVIMENTO AO RECURSO PARA DETERMINAR O INGRESSO DA ESCRITURA NO FÓLIO REAL REGISTRANDO-SE, EM SEQUÊNCIA, A TRANSMISSÃO DO IMÓVEL DO FALECIDO À VIÚVA E DEMAIS HERDEIROS, NOS PERCENTUAIS CORRESPONDENTES AOS QUINHÕES INDICADOS NO ITEM I DO INVENTÁRIO, E DEPOIS A ADJUDICAÇÃO DO BEM A VANDERLEY PIRES, V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que

Acesso ao Sumário

integra este acórdão. **(Voto nº 34.107)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores JOSÉ RENATO NALINI (Presidente), EROS PICELI, GUERRIERI REZENDE, ARTUR MARQUES, PINHEIRO FRANCO e RICARDO ANAFE.

São Paulo, 30 de outubro de 2014.

ELLIOT AKEL, Relator e Corregedor Geral da Justiça

Ementa: REGISTRO DE IMÓVEIS – ESCRITURA DE CESSÃO DE DIREITOS HEREDITÁRIOS E INVENTÁRIO EXTRAJUDICIAL – MONTE MOR COMPOSTO POR UM ÚNICO IMÓVEL – ITCMD e ITBI DEVIDAMENTE RECOLHIDOS – POSSIBILIDADE DE INGRESSO NO FÓLIO REAL, REGISTRANDO-SE PRIMEIRAMENTE A TRANSFERÊNCIA AOS HERDEIROS, CONFORME PARTILHA QUE SE EXTRAI DA ESCRITURA, E DEPOIS A ADJUDICAÇÃO AO CESSIONÁRIO – RECURSO PROVIDO.

VOTO

Cuida-se de apelação interposta contra a decisão de fls. 83/84, que julgou procedente a dúvida e manteve a recusa do Oficial de Registro de Imóveis de Praia Grande de registrar escritura pública de cessão de direitos hereditários e de meação, inventário e adjudicação referente ao imóvel de matrícula nº 29.167, em razão de ofensa ao princípio da continuidade.

Alega, o recorrente, que na condição de cessionário tem legitimidade para proceder ao inventário e que não faz sentido possuir essa legitimidade e não poder adjudicar o respectivo quinhão (fls. 92/96).

A Procuradoria Geral de Justiça opinou pelo não provimento (fls. 114/115).

É o relatório.

O imóvel está registrado na matrícula em nome de Alberto Sanoani casado com Odete Bernardo Sanoani, conforme R.04/29.167 (fl. 63).

Com o falecimento do proprietário Alberto, os herdeiros e a viúva cederam seus direitos hereditários e de meação ao apelante Vanderley Pires, pela escritura pública cujo registro foi negado.

Pela mesma escritura foi promovido o inventário extrajudicial, pelo qual os herdeiros receberam o bem, então adjudicado ao cessionário.

Para que se observe o princípio da continuidade, é preciso que na matrícula se reflita, antes do registro da adjudicação, a transferência do imóvel

Acesso ao Sumário

para a viúva e demais herdeiros, por conta do chamado *droit de saisine*.

Apenas com esse registro, em homenagem à continuidade, poderá ser registrada a adjudicação do bem a Vanderley Pires, mantendo-se, assim, uma cadeia lógica de sucessões na matrícula do imóvel.

Não se vê óbice a que os dois registros sejam feitos a partir da mesma escritura, justamente a de fls. 21/23.

Nela se constata que foi recolhido tanto o ITCMD referente à transferência do falecido aos herdeiros, quanto o ITBI referente à transferência dos herdeiros a Vanderley Pires.

Trata-se de um único imóvel que compõe o espólio, de forma que, no caso concreto, se verifica com a segurança necessária que o bem foi partilhado entre viúva e herdeiros nas proporções dos quinhões indicadas no item I do inventário (fls. 22 verso/23) e, depois, adjudicado inteiramente ao cessionário.

Ante o exposto, dou provimento ao recurso para determinar o ingresso da escritura no fólio real registrando-se, em sequência, a transmissão do imóvel do falecido à viúva e demais herdeiros, nos percentuais correspondentes aos quinhões indicados no item I do inventário, e depois a adjudicação do bem a Vanderley Pires.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0045455-54.2011.8.26.0114, da Comarca de Campinas, em que é apelante ESPÓLIO DE FRANCISCO PIGNATARI, é apelado 3º OFICIAL DE REGISTRO DE IMÓVEIS DA COMARCA DE CAMPINAS.

ACORDAM, em Conselho Superior da Magistratura do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "DERAM POR PREJUDICADA A DÚVIDA E NÃO CONHECERAM DO RECURSO, V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 34.110)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores JOSÉ RENATO NALINI (Presidente), EROS PICELI, GUERRIERI REZENDE, ARTUR MARQUES, PINHEIRO FRANCO e RICARDO ANAFE.

São Paulo, 30 de outubro de 2014.

ELLIOT AKEL, Relator e Corregedor Geral da Justiça

Ementa: REGISTRO DE IMÓVEIS – DÚVIDA JULGADA PROCEDENTE – RECUSA DE INGRESSO DE MANDADO JUDICIAL NO

Acesso ao Sumário

REGISTRO IMOBILIÁRIO – IRRESIGNAÇÃO PARCIAL QUE TORNA PREJUDICADA A DÚVIDA – RECURSO NÃO CONHECIDO.

VOTO

Trata-se de recurso de apelação interposto contra a sentença do MM. Juiz Corregedor Permanente do 3º Oficial de Registro de Imóveis da Comarca de Campinas, que julgou procedente a dúvida suscitada e manteve parte das exigências decorrentes do exame do mandado expedido pelo Juízo da 9ª Vara da Família e das Sucessões da Comarca da Capital, pelo qual foi determinada a averbação na matrícula nº 40.004, para constar que em decorrência da dissolução da empresa Exit Importação e Exportação S.A., a titularidade do imóvel passou a pertencer ao Espólio de Francisco Pignatari.

O apelante afirma que em razão do alvará judicial expedido pelo juízo do inventário, que autorizou o espólio a adquirir as cotas dos demais sócios e dissolver a empresa da qual o falecido era sócio majoritário, foi firmado entre o inventariante Júlio Pignatari e demais sócios "Instrumento Particular de Alteração Social e de Distrato por Dissolução e Liquidação da Sociedade", arquivado na Junta Comercial do Estado de São Paulo em 15/4/86, ocasião na qual o espólio assumiu todo o ativo e passivo, incluído o imóvel objeto da dúvida, e no mesmo ato a empresa foi dissolvida, com a respectiva baixa junto à Receita Federal em 2/6/86. Informa que a exigência constante da letra "d" da nota devolutiva do Oficial foi suprida, com a juntada da certidão negativa de débitos federais e previdenciários a fls. 34/35, situação omitida na sentença recorrida, a qual apesar de afastar boa parte das exigências, contraditoriamente julgou a dúvida procedente.

Aduz que tem sido admitida a aquisição de bens pelo espólio em situações excepcionais, e menciona precedente referente a caso análogo, que se aplicaria ao presente. Diz que o espólio, apesar de judicialmente autorizado, não possui legitimidade para requerer qualquer documento relacionado à empresa, especialmente declarações de CCIR e ITR exigidas pelo registrador, e, que, para cumprir as exigências consideradas corretas pela sentença, caso esta não venha a ser reformada, necessita do prévio registro do título, sem o qual não será possível atendêlas.

A Procuradoria Geral de Justiça opinou pelo não provimento do recurso.

É o relatório.

A dúvida está prejudicada.

O interessado apresentou no curso do procedimento as certidões negativas de débito federal e previdenciário, e mencionou haver cumprido a exigência correspondente ao item "e" da nota devolutiva, o que configura irresignação

parcial.

O inconformismo parcial prejudica a dúvida, pois não há possibilidade de sanar a falta no curso do procedimento, uma vez que se isso fosse permitido haveria ilegal prorrogação do prazo da prenotação e permissão de dilações e complementações em detrimento de direitos posicionais que acaso pudessem existir em contraposição ao do suscitado.

Além do mais, o apelante mencionou nas razões do recurso que na hipótese de afastamento de apenas parte das exigências, será necessário o prévio registro do título, com a transferência da titularidade do domínio do imóvel ao espólio, para que aquelas decididas como corretas pelo MM. Juiz Corregedor Permanente possam ser cumpridas.

No procedimento de dúvida, contudo, ou as exigências são indevidas e o título ingressa no fólio real, ou são devidas e devem ser cumpridas para possibilitar o registro. Entendimento diverso importaria em decisão condicional, o que é inadmissível. Neste sentido foi decidido na Apelação Cível nº 93.875-0/8, j. 06.09.2002, relator Desembargador Luiz Tâmbara:

> "*A posição do Egrégio Conselho Superior da Magistratura, como bem ressaltado pelo digno Procurador de Justiça, é tranquila no sentido de se ter como prejudicada a dúvida, em casos como o que se examina, em que admitida como correta uma das exigências, não sendo a outra cumprida, posto que permanece a impossibilidade de acesso do título ao fólio. Nesse sentido os julgados das Apelações Cíveis números 54.073-0/3, 60.046-0/9, 61.845-0/2 e 35.020-0/2.*
>
> *Posicionar se de maneira diversa importaria admitir uma decisão condicional pois, somente se atendida efetivamente a exigência tida como correta é que a decisão proferida na dúvida, eventualmente afastando o óbice discutido, é que seria possível o registro do título.*
>
> *A discussão parcial dos óbices, por outro lado, sem cumprimento daqueles admitidos como corretos, possibilitaria a prorrogação indevida do prazo de prenotação, com consequências nos efeitos jurídicos desta decorrentes, tal como alteração do prazo para cumprimento das exigências ou a prorrogação da prioridade do título em relação a outro a ele contraditório.*"

O Conselho Superior da Magistratura assim decidiu, dentre vários outros julgados, nas Apelações Cíveis nºs 71.127-0/4, 241-6/1, 15.351-0/6, 30.736-0/6, 31.007-0/4 e 59.191-0/7.

Logo, configurada a irresignação parcial, deve-se ter como prejudicada a dúvida, a qual não comporta parcial provimento, e, uma vez prejudicada, o recurso não é conhecido pela ausência de interesse, porque não será possível alcançar a finalidade prática pretendida, que é o registro do título.

Acesso ao Sumário

Caso a dúvida não estivesse prejudicada, o registro, de qualquer modo, não seria possível.

É pacífico o entendimento de que título judicial também é suscetível de qualificação registrária (Normas de Serviço da Corregedoria Geral da Justiça, Capítulo XX, item 119).

A atividade do oficial registrador, contudo, não implica no reexame do mérito da decisão jurisdicional, mas apenas aferição das formalidades extrínsecas da ordem e da conexão de seus dados com o registro público, conforme jurisprudência do Conselho Superior da Magistratura (Apelação nº 801-6/8, Rel. Des. Gilberto Passos de Freitas, j. 14.12.07; Apelação nº 22.417-0/4, Rel. Des. Antonio Carlos Alves Braga, j. 31.8.95). O exame da legalidade consiste na aceitação para registro somente do título que estiver de acordo com a lei.

O título apresentado para registro consiste em mandado de "averbação", para constar na matrícula do imóvel que "*em decorrência da dissolução da empresa EXIT IMPORTAÇÃO E EXPORTAÇÃO S/A, a titularidade do referido imóvel passou a pertencer ao ESPÓLIO DE FRANCISCO PIGNATARI*" (fls.18).

É sabido que, como regra, o Espólio não pode adquirir bens porque não possui personalidade jurídica, mas excepcionalmente, nas hipóteses de sub-rogação, isso é possível. No caso vertente, Francisco Pignatari era titular das cotas da empresa "Exit Importação e Exportação Ltda." e, após o seu falecimento, e em razão do alvará expedido pelo juízo do inventário de seus bens, houve cessão ao espólio das cotas dos demais sócios, de modo a torná-lo sócio remanescente e adquirente do ativo e passivo, seguida da liquidação e dissolução da empresa.

A sub-rogação configura substituição de uma coisa por outra ou de um direito por outro, sem que haja acréscimo. Ao tempo da abertura da sucessão, o "de cujus" era titular de parte ideal do imóvel na proporção de suas cotas, e, a partir da cessão das cotas pelos demais sócios minoritários, passou a ser titular da totalidade do bem imóvel. O ato foi praticado mediante autorização do juízo do inventário e está consolidado, o que impede nesta esfera administrativa questioná-lo, de modo que deve ser considerada a hipótese verificada como sub-rogação objetiva.

Conquanto se admita a aquisição excepcional, nos termos expostos, o imóvel integra os bens deixados pelo "de cujus" e, como tal, deve ser inventariado e partilhado aos herdeiros, para o ingresso deste título no registro imobiliário, ou, caso haja alvará para a venda do imóvel pelo espólio a terceiro, por meio de escritura pública a ser lavrada e apresentada para tal finalidade.

Em razão da sub-rogação operada, não há de se falar em recolhimento do ITBI e, por fim, a exigência de apresentação da "CCIR" dos anos de 2006 a 2009 e do ITR recolhido nos últimos cinco anos decorre de expressa disposição

Acesso ao Sumário

legal e se esses documentos não estão em poder do apelante, que era sócio remanescente da empresa liquidada e extinta, e para quem o imóvel foi atribuído, deverá providenciá-los, sem que haja possibilidade de dispensa por parte do registrador, seja por qual motivo for, em observância ao princípio da legalidade.

À vista do exposto, dou por prejudicada a dúvida e não conheço do recurso.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 3001483-59.2013.8.26.0648, da Comarca de Urupês, em que é apelante DARCY DOS SANTOS, é apelado OFICIAL DE REGISTRO DE IMÓVEIS, TÍTULOS E DOCUMENTOS E CIVIL DE PESSOA JURÍDICA DA COMARCA DE URUPÊS.

ACORDAM, em Conselho Superior da Magistratura do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "DERAM PROVIMENTO AO RECURSO PARA DETERMINAR O REGISTRO DO TÍTULO. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 34.111)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores JOSÉ RENATO NALINI (Presidente), EROS PICELI, GUERRIERI REZENDE, ARTUR MARQUES, PINHEIRO FRANCO e RICARDO ANAFE.

São Paulo, 30 de outubro de 2014.

ELLIOT AKEL, Relator e Corregedor Geral da Justiça

Ementa: REGISTRO DE IMÓVEIS. DÚVIDA. ESCRITURA DE VENDA E COMPRA. SUFICIÊNCIA DA DESCRIÇÃO DO IMÓVEL. OBSERVÂNCIA DA ESPECIALIDADE OBJETIVA. MENÇÃO A PARTES IDEAIS DO IMÓVEL QUE NÃO AFASTA A CERTEZA QUANTO À DESCRIÇÃO DA TOTALIDADE DO IMÓVEL COMO OBJETO DA VENDA E COMPRA. ÓBICE AFASTADO. RECURSO PROVIDO.

Acesso ao Sumário

VOTO

Darcy dos Santos interpôs apelação contra a sentença da fl. 41, que julgou procedente a dúvida suscitada pelo Oficial de Registro de Imóveis da Comarca de Urupês, mantendo a recusa de registro da escritura de venda e compra, por

não preencher os requisitos necessários, especificamente por ter constado a seguinte expressão: "possuindo as partes ideais do imóvel", sem que houvesse qualquer especificação ou esclarecimento a respeito.

O apelante sustenta que o óbice não deve prevalecer, pois não resta dúvida que a venda e compra teve por objeto a totalidade do imóvel. Além disso, subsidiariamente, alega que o artigo 112 do Código Civil dispõe que nas declarações de vontade se atenderá mais à intenção nelas consubstanciada do que o sentido literal da linguagem, de modo que menção às "partes ideais" não gera qualquer dúvida sobre a intenção de vender a totalidade do imóvel (fls. 49/53).

A Procuradoria Geral de Justiça opinou pelo não provimento do recurso (fls. 78/79).

É o relatório.

O Oficial apresentou óbice ao registro da escritura de venda e compra por entender que, no caso, houve imprecisão e incerteza do objeto, por ter constado de forma expressa e objetiva tratar-se de "compra e venda de partes ideais do imóvel nela descrito (imóvel objeto da matrícula n. 7.262 desta Serventia), entretanto, não as identificam ou quantificam".

Respeitada a prudência do registrador, no caso não há dúvida acerca da venda da totalidade do imóvel por seus proprietários.

A matrícula nº 7.262, copiada na fl. 31, descreve como proprietários Santo Marmirolli e Merope Ferrari Marmirolli, casados sob o regime da comunhão universal de bens, enquanto a escritura pública de venda e compra da fl. 11 descreve o imóvel objeto da matrícula mencionada, que é vendido pelos proprietários ao apelante Darcy dos Santos.

Ainda que se possa observar certa imprecisão terminológica ao mencionar que os proprietários "possuindo as partes ideais do imóvel descrito livre e desembaraçado de quaisquer ônus, estão justos e contratados para vendê-lo à outorgada compradora", sem mencionar a fração do imóvel de cada um, o certo é que o próprio regime de bens do casamento e o fato do imóvel ter sido adquirido pelos vendedores na constância do casamento não deixa dúvida de que a venda abrange a totalidade do imóvel.

Finalmente, destaco que não há afronta ao princípio da especialidade objetiva, porque a descrição do imóvel no título é idêntica àquela constante da matrícula, permitindo sua exata localização e individualização, garantindo a segurança do ato registral.

Posto isso, dou provimento ao recurso para determinar o registro do título.

Acesso ao Sumário

NOTICIÁRIO

HENRIQUE ALVES CORREA IATAROLA (Juiz da Vara Única de Cordeirópolis)

Discurso por ocasião da Solenidade "Dia do Patrono", do Fórum da Comarca de Cordeirópolis (Cerimônia realizada em 30.10.14)

Quis Deus, reservar para o meu último dia na Comarca de Cordeirópolis este evento de tamanha magnitude, uma homenagem ao Desembargador Djalma Negreiros Penteado.

Não sei se estou à altura dessa responsabilidade, mas me sinto honrado de poder participar de um acontecimento tão significativo, já que não encerra apenas uma justa e merecida homenagem a este insigne jurista, que tanto dignificou a Magistratura Bandeirante.

Este evento, o dia do Patrono, é mais do que isso, é um verdadeiro resgate da memória do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, através do reconhecimento àqueles que, como o Desembargador Djalma Negreiros Penteado, doaram sua energia para construir uma instituição tão honrada, respeitada e fundamental para o Estado Democrático de Direito, da qual tenho o orgulho de pertencer.

E não para por aí, pois esta solenidade mostra a todos os componentes deste Tribunal, que nossa instituição nos enxerga, nos valoriza e reconhece nossos esforços.

Acesso ao Sumário

Por isso, peço licença senhor Presidente, para repetir uma frase dita por Vossa Excelência, em seu relatório de gestão, citando José Antonio Marina Torres, filósofo e pedagogo espanhol:

A memória não é um "armazém do passado mas um limiar do porvir... Não se ocupa de restos, mas de sementes".

É exatamente assim que esta homenagem deve ser encarada, é exatamente assim que o Desembargador Djalma Negreiros Penteado deve ser lembrado, isto é, como fonte de inspiração para aqueles que hoje continuam a construir o

Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

Se eu fosse ler o currículo do Desembargador Djalma Negreiros Penteado na íntegra esta solenidade certamente se estenderia muito, pois, para os senhores terem uma idéia, ele publicou 57 trabalhos, recebeu o "Colar do Mérito Judiciário", dentre diversas outras homenagens e honrarias.

Aliás, seu notório saber jurídico e sua conduta ilibada são reconhecidos constitucionalmente, pois estes são os requisitos por nossa Carta Magna exigidos, para que membros do Ministério Público e da Advocacia ocupem cadeira no Tribunal de Justiça, pela regra do quinto constitucional.

E o Desembargador Djalma Negreiros Penteado conseguiu se destacar entre notáveis, assim entendidos os membros do Ministério Público, pois, após ingressar naquela instituição, no ano de 1952, chegou ao cargo de Procurador de Justiça, no qual permaneceu até ser nomeado, pelo critério do quinto constitucional, em 1980, ao cargo de Juiz do Tribunal de Alçada Criminal do Estado de São Paulo, permanecendo no Tribunal de Justiça, no cargo de Desembargador, até sua aposentadoria, que se deu em 1986.

Agora, merecidamente, o Desembargador Djalma Negreiros Penteado, que nos deixou em 21 de fevereiro de 1994, está imortalizado nesta Comarca, terra de grandes empresas cerâmicas, berço de João Pacífico, de Leo Batista e de tantos outros que fazem de seu povo o seu maior patrimônio.

Peço licença neste momento, Senhor Presidente, mas eu não poderia deixar de consignar, nesta oportunidade em que me despeço da Comarca, o meu muito obrigado ao Ministério Público, aos Advogados de Cordeirópolis e, especialmente, aos funcionários do Poder Judiciário, que, desde o meu primeiro momento nesta cidade, me abraçaram e permitiram que, apesar das várias acumulações de cargos durante os oito meses em que aqui estive - cheguei a acumular cinco cargos durante alguns períodos de minha designação - com o seu empenho, dedicação, amor ao trabalho e sobretudo ao próximo, fosse desenvolvido um trabalho digno, dirigido a esta Cidade que me encantou.

O mínimo que eu posso fazer para retribuir todo esse apoio, dedicação e carinho a mim dedicados é tecer, em público, perante a comunidade e ao Presidente do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, um elogio a todos e dizer que saio de Cordeirópolis hoje, mas esta cidade e os senhores não sairão

do meu coração jamais.

Muito obrigado.

NELSON GOMES AFFONSECA JUNIOR (Oficial de Justiça da Comarca de Cordeirópolis)

Discurso por ocasião da Solenidade "Dia do Patrono", do Fórum da Comarca de Cordeirópolis (Cerimônia realizada em 30.10.14)

HOMENAGEM AO PATRONO DA COMARCA DE CORDEIRÓPOLIS

A notícia de que a nossa Comarca de Cordeirópolis tinha enfim um patrono Desembargador Negreiros Penteado, foi motivo de grande alegria a seus servidores e tornou-se motivo de júbilo genuíno ao saber de quem se tratava e motivou a todos, indistintamente, patrocinar aos quatro cantos de nossa Cidade a boa nova. Natural de Rio Claro, na bela Cidade Azul, forjou sua personalidade desde a tenra idade com os traços característicos dos paulistas interioranos vivenciados plenamente por seus familiares: trabalho, disciplina e seriedade. Sua exitosa carreira jurídica teve a marca que Platão considerava essencial para o bom juiz: ter vivido o suficiente para aprender tarde o que •qué a inustiça, sem tê-la sentido como experiência pessoal e ínsita na sua alma; mas por tê-la estudado, como uma qualidade alheia, nas almas alheias. Debutou no Ministério Público recém-formado pela Academia de Direito do Largo de São Francisco e já demonstrava as grandes potencialidades que plenamente amadurecidas foram ao cabo reconhecidas por toda Justiça do Estado de São Paulo. No exercício de seu mister de Promotor Público em Comarcas do Interior foi amealhando respeito e consideração das pessoas de bem, a afamada personalidade de intransigente integridade e justo temor dos malfeitores que ousaram delinquir em sua jurisdição. Ao longo de sua militância nos rincões paulista onde lapidou seus notórios talentos jurídicos e pessoais ao ponto de ser reconhecido e nomeado como Juiz de Alçada Criminal do Estado de São Paulo exerceu o que considerava fundamental: a nomeação não para fazer favores com a Justiça, mas julgar segundo as leis. Atribui-se a ele por seus contemporâneos no

Acesso ao Sumário

exercício do Tribunal de Justiça quatro raras características bastante evidentes e que foram notabilizadas por Sócrates como o ápice de um Magistrado: escutava com cortesia, respondia sabiamente, ponderava com prudência e decidia imparcialmente. Discreto e bastante produtivo teve uma vida talhada pelo que Bertolt Brecht, mistura de teatrólogo e de poeta, escreveu que: "na vida há os que lutam por Justiça por um dia e são bons; há outros que lutam por um ano e são excelentes; há os que lutam muitos anos e são melhores; há, porém, os que lutam por toda a vida, estes são imprescindíveis".

FLÁVIO LUIZ RENDA DE OLIVEIRA (Prefeito da Cidade de Três Fronteiras)

Discurso por ocasião da Instalação da Unidade Avançada de Atendimento Judiciário – UAAJ da Comarca de Três Fronteiras (Cerimônia realizada em 14.11.14)

DISCURSO CERIMONIA DE INAUGURAÇÃO DA UNIDADE AVANÇADA DE ATENDIMENTO JUDICIÁRIO

Senhoras e senhores, público presente,

É com muita alegria que estamos agraciados nesta noite festiva, vivenciando mais um fato histórico da nossa querida Três Fronteiras.

Há muitos anos nossa cidade foi fundada e desbravada pelo meu saudoso avô Miguel Renda e outros batalhadores que sonhavam plantar neste chão o progresso e o desenvolvimento que faria com que Três Fronteiras pudesse se destacar no cenário regional e estadual.

O destino me proporcionou que eu fosse o instrumento para escrever esta bela página na história do nosso município, no dia de hoje.

Porém não uma simples página, mas um verdadeiro marco para a história de nosso povo.

Acesso ao Sumário

Está aqui presente aquele que representa o maior tribunal de Justiça do mundo, nosso querido desembargador José Renato Nalini que pela primeira vez traz de fato o Tribunal de Justiça em nosso meio.

Não posso esquecer-me de outro grande guerreiro que colaborou para a consagração deste momento que é o juiz de direito de Santa Fé do Sul, Dr. José Gilberto Alves Braga Junior, a quem devemos enorme gratidão e respeito pelo apoio a esta causa.

Agradeço ainda a todos os deputados que batalharam no sentido de apoiar o projeto da implantação da Justiça no território de Três Fronteiras.

Há mais de 25 anos nossa cidade viu a necessidade de que tivéssemos a prestação jurisdicional mais perto da população, facilitando assim o acesso principalmente dos mais necessitados e que muitas vezes não conseguem chegar próximo à Justiça.

No ano de 2000 tivemos a conquista da criação do foro distrital em lei, e a partir deste fato Três Fronteiras assumiu a luta para a instalação da vara distrital.

Este ano sendo recebido por Vossa Excelência em seu gabinete no Tribunal de Justiça, assumimos o compromisso de oferecer todas as condições necessárias para o bom funcionamento desta unidade.

Confesso Excelência que para um município de quase 10 mil habitantes foi um grande sacrifício e como administrador fiquei apreensivo, porém, Vossa Excelência lançou a nós este desafio e hoje mais do que entregar este prédio reformado e mobiliado, nós trifronteiranos estamos honrados com esta inauguração que certamente proporcionará maior facilidade a todos os cidadãos que necessitam de Justiça.

Peço a proteção de Deus que abençoe esta casa da Justiça, e na qualidade de Prefeito Municipal agradeço em nome da população de Três Fronteiras Vossa Excelência por esta confiança depositada em nossa cidade e prometemos dar continuidade rumo a conquista da Comarca de Três Fronteiras, já com o fórum denominado DESEMBARGADOR PAULO VITOR PINOTTI MENEZES, conforme projeto de autoria de Vossa Excelência.

Agradeço a presença de todos, em especial aos Vereadores e funcionários

municipais que trabalharam para a realização deste evento, agradeço também a presença da imprensa falada e escrita, que proporcionaram divulgação e o brilho desta inauguração e convido a todos para a segunda parte deste evento que se realizará na Câmara Municipal.

Muito obrigado, um forte abraço a todos.

GILBERTO ANTONIO LUIZ (Advogado na Cidade de Três Fronteiras)
Discurso por ocasião da Instalação da Unidade Avançada de Atendimento Judiciário – UAAJ da Comarca de Três Fronteiras (Cerimônia realizada em 14.11.14)

UNIDADE DO JUDICIÁRIO EM TRÊS FRONTEIRAS, A MATURIDADE

Quando dessa cidade saí, com 17 anos, fui para São Paulo, com um sonho, ser bacharel em Direito. Daqui saí indo de trem, descendo a Estação da Luz. Lá chegando, por orientação do meu amigo Mikio Takayama, fiz inscrição para vestibular, na Universidade de Mogi das Cruzes.

Naquela instituição de ensino conheci uma das pessoas mais queridas de minha vida o Dr. Lair Loureiro, que mais tarde, eleito vice-presidente do Tribunal de Justiça, foi quem inseriu Três Fronteiras na lei específica sobre unidade do Judiciário.

O tempo passa e nós passamos juntos. Há mais de 20 anos, juntamente com o Prefeito Cidinho Carrasco, o vice Flavinho, hoje Prefeito, lutamos por uma unidade do judiciário na cidade de Três Fronteiras.

No início, quando falei sobre esse tema sei que fui até zombado, desacreditado.

Mas hoje, sexta-feira, dia 14, parte desse sonho se concretiza. Senhor Presidente, hoje a compor a direção do TJ-SP está também e por coincidência benévola de Deus, o meu ex- professor daquela instituição o Dr. Eros Picelli, que oportunamente será homenageado.

Acesso ao Sumário

Tivesse eu escrito minha própria história, não teria sido autor tão excelente como as linhas traçadas por Deus que, em sua infinita bondade, escreve a história da gente, melhor do que se a gente mesmo escrevesse.

Quando menino caminhando descalço pelas ruas de Três Fronteiras, jamais imaginei que participaria de uma das mais belas páginas de nossa história: a instalação da Unidade do Judiciário. E aqui cresci, fui adolescente e como tal fiz um verso, demonstrando meu amor por essa cidade que aqui repito: cada rua dessa cidade é veia a correr pelo meu corpo; adoro cismar por vossa madrugada aluada e cantar meu verso no seio de vossa noite; oh Três Fronteiras, meu poente azul!

Mas, agora, já homem maduro, com relação a unidade do judiciário, depois de idas e vindas, cheguei a pensar que esse dia não aconteceria... e que eu iria partir desse mundo sem ver e viver um dia como o de hoje.

Isto porque, foram mais de 20 anos de batalhas, desde o pedido de criação ao Desembargador Lair Loureiro, até a data de hoje com a presença em minha querida cidade do ilustre Desembargador, Renato Nalini, Presidente do egrégio Tribunal de Justiça de São Paulo.

Insondáveis os desígnios de Deus: a sua pena determinou que exatamente o neto do primeiro prefeito, o saudoso Miguel Renda, efetivasse a instalação da primeira unidade do Judiciário de Três Fronteiras.

Em sua pena Deus designou que exatamente esse Prefeito, o Flavinho, filho do advogado Antonio Flávio, o nosso anticandidato, que possibilitou a instalação da Subseção de Santa Fé do Sul e foi aquele que escreveu a primeira ata da nossa Subseção, conquistasse esse sonho de mais de 20 anos.

Além de ter sido eleito Presidente da Subseção, por duas vezes, como presente de Deus nesse chão também fui vereador e hoje posso testemunhar a justa homenagem que o povo, através da Câmara Municipal, presta ao ilustre Juiz Dr. José Gilberto Alves Braga Júnior e ao Desembargador Presidente do Tribunal de Justiça Dr. Renato Nalini.

É preciso ser dito a verdade: a instalação dessa unidade do Judiciário só foi possível, porque o Dr. Braga, no momento em que estávamos na sala do ilustre

Presidente também homenageado garantiu: Vossa Excelência pode instalar que eu, na qualidade de juiz, assumo aquela unidade judiciária. Não fosse esse desprendimento e nós não estaríamos aqui a comemorar essa conquista.

Sei que isso vai custar prejuízos próprios ao Dr. Braga, sacrifícios individuais e familiares, mas sei também que o nome de sua Excelência - além do justo título de cidadania - estará cravado no seio afável do povo trifronteirano.

Vossa Excelência, Dr. Nalini, por sua vez, na qualidade de Presidente do maior Tribunal do Mundo, para nossa honra será um dos nossos e mesmo na simplicidade de nossa querida terra fará efetivamente parte do cotiano das conversas informais de nossa gente, e também passará a fazer parte das orações de nossa gente, suplicando a Deus que ilumine a Vossa Excelência e sua família e tenho fé e certeza que Deus acolhe as orações dos humildes.

E exatamente nesse momento, em nome de minha família e especialmente de minha mãe, pelo ano passamento de meu tio, o Senhor Pedro Lacerda, que não está mais presente entre nós, que aqui viveu 94 anos servindo a povo em sua inabalável fé... suplico a ele que lá do alto peça aos anjos e arcanjos que derramem uma gota da fagulha do criador sobre todos nós, para nos aproximar do bem e o bem maior é o perdão entre os homens.

Três Fronteiras nunca recebeu em seu solo um Presidente do Poder que tenha por função entregar a prestação jurisdicional, mas agora, o recebe com carinho, na certeza de que hoje Três Fronteiras que fora batizada há 62 anos, quando da instalação do Município hoje é crismada pelas mãos de Vossa Excelência ao instalar essa unidade do Judiciário.

Poderíamos fazer uma analogia, como fonte integrativa, que nascemos com nossa fundação e é como se fosse nosso batistério.

Pois bem, se nascemos com a fundação é pela instalação da unidade do Judiciário que somos crismados e é pela crisma que crescemos na vida da graça.

Enfim, ilustres homenageados e meu querido povo de Três Fronteiras, é a maturidade, ou seja, é a força para viver que Três Fronteiras tanto precisava.

E assim sou feliz por poder testemunhar essas merecidas homenagens e por poder participar desses atos, tão emblemáticos e significativos para o nosso povo

Acesso ao Sumário

que só nos resta agradecer a Deus, aos homenageados, ao Prefeito Flavinho e registrar que a luta continua, porque Três Fronteiras quer crescer mais e mais e o Poder Judiciário agora é um dos nossos parceiros para avançar nessa luta! Ninguém vai nos separar.

E, por fim, para os jovens aqui presentes que participarão do futuro dessa Terra, deixo uma mensagem de Martin Luther King:

'É melhor tentar e falhar, que preocupar-se e ver a vida passar...

É melhor tentar, ainda que em vão que sentar-se, fazendo nada até o final, Eu prefiro na chuva caminhar, que em dias frios em casa se esconder..." Vamos TODOS unidos nos preparar para novas batalhas, novos desafios.

Então não quero deixar uma despedida, porém um até breve... para novas conquistas!!! Com o mais importante do sacramento - o casamento de Três Fronteiras e o Poder Judiciário, a criação e instalação da Comarca de Três Fronteiras.

Obrigado, meu Deus!

FLÁVIO LUIZ RENDA DE OLIVEIRA (Prefeito da Cidade de Três Fronteiras)

Discurso por ocasião de entrega do Título de Cidadãos Trifronteiranos (Cerimônia realizada em 14.11.14)

Acesso ao Sumário

DISCURSO CERIMONIA DE ENTREGA DE TÍTULOS DE CIDADÃOS

Senhoras e senhores, público presente,

A pouco Três Fronteiras inaugurou com certeza a maior conquista desta década que foi implantação da unidade de Justiça em nossa cidade.

Este fato nos proporcionará a curto prazo pleitearmos a Comarca de

Três Fronteiras, tendo a partir daí vida própria juntamente com nossas cidades vizinhas, Santana da Ponte Pensa e Santa Rita D´Oeste.

Tudo isto devemos aos ilustres homenageados, Desembargador José Renato Nalini e Dr. José Gilberto Alves Braga Junior.

Estes homens são merecedores de todo o crédito de nossa cidade, pois possuem visão de futuro onde almejam oferecer dias melhores a todos os cidadãos de nossa terra.

Vimos no senhor, Presidente Nalini, um presidente diferente dos demais que conhecemos.

Quando o senhor disse que iria vir à Três Fronteiras, assumiu para si a responsabilidade de implantar este projeto tão almejado por todos nós e deu-nos um curto prazo para as adequações necessárias.

Este desafio foi vencido e hoje temos a grata satisfação ter a tão importante presença em nosso meio.

Por outra via, sem a preciosa conjuntura do nosso homenageado Dr. Braga jamais seria possível nos adequarmos diante das exigências estabelecidas para o bom funcionamento da unidade da Justiça.

Dr. Braga, o senhor assumiu o compromisso de nos ajudar cumulando a 1ª Vara em Santa Fé do Sul e toda a administração desta unidade em Três Fronteiras.

Vemos o desprendimento de sua pessoa, que não mediu esforços para a realização e sucesso desse projeto.

Este título de cidadão dado a cada um dos senhores representa o carinho que este povo nutre por Vossas Excelências.

Agradeço a Câmara Municipal de Vereadores de Três Fronteiras pela iniciativa brilhante em homenagear dois homens de notável saber jurídico e que foram pioneiros em acreditar que Três

Fronteiras tem condições de se transformar em Comarca em curto prazo

Acesso ao Sumário

de tempo.

Desejo aos homenageados que a partir desta data se sintam filhos desta terra e protetores de seu povo.

Parabéns aos senhores. Muito obrigado.

JOSÉ RENATO NALINI (Presidente do Tribunal de Justiça de São Paulo)

Discurso proferido por ocasião do recebimento do Título de Cidadão Trifronteirano (Cerimônia realizada em 14.11.14)

DISCURSO POR OCASIÃO DO TÍTULO DE CIDADANIA DE TRÊS FRONTEIRAS

Três Fronteiras é conhecida como Cidade de Belezas Naturais. A principal beleza deste município é a manifestação generosa de seu povo. É uma cidade mais jovem do que eu, nascido em 1945. Ela surgiu em 12.10.1947, dia de nossa Padroeira, dia da descoberta da América e dia da criança. Já o Decreto-Lei 233, data de 24.12.1948, exato dia em que eu completava três anos.

É o ponto de convergência para três das unidades mais desenvolvidas da Federação: Minas Gerais, Mato Grosso e nosso querido São Paulo. Possui a maior riqueza de nossos dias: água doce, a propiciar vida. E vida agradável, em que têm lugar o lazer, a pesca, os esportes náuticos e a desejável e tão rara harmonia no convívio entre homem e natureza.

O Parque Turístico da Areia Branca é um polo atrativo que se tornará cada vez mais procurado, diante da escassez do líquido mais essencial à vida, muito mais valioso do que o petróleo. Os advogados paulistas se aperceberam disso e aqui construíram sua Colônia de Férias.

Esta cidade hospitaleira, que me honrou com o maior galardão que um município pode homenagear um ser humano: concedeu-me a cidadania trifronteirana. Nada fiz para merecê-la, mas não posso deixar de manifestar

minha alegria, orgulho e satisfação. Vejo-me aceito pelos cidadãos, mediante a atuação bondosa do Vereador LINDOMAR MANOEL JOAQUIM, Presidente da Câmara Municipal, acompanhado de todos os nobres edis, cujos nomes faço questão de declinar: BRUNO NILSEN COSTA, EUVÉCIO SIMÃO DE BRITO, LUCIMARA APARECIDA MARSOLA SIQUEIRA, MEIRE APARECIDA LOURENÇO SORATO, MIKIO TAKAYAMA, RODEBERTO FERNANDES MARCONCINI, VALÉRIA RANIERI QUINELATO e WASHINGTON ROBERTO AZEVEDO.

O Prefeito FLÁVIO LUIZ RENDA DE OLIVEIRA, o Flavinho, nasceu no dia em que minha cidade, Jundiaí, comemora sua fundação: 14 de dezembro. É ligado à Justiça, não só porque filho do advogado Antonio Flávio Rocha de Oliveira e de D. Jacira Delourdes Parreira Renda de Oliveira, mas também porque estudou direito pela FUNEC de Santa Fé. Conhece história e faz história, neto do primeiro prefeito de Três Fronteiras. Sensibilizou-me com o decreto de hóspede oficial do município neste memorável 14 de novembro de 2014.

Três Fronteiras passa a contar com uma Unidade Avançada de Atendimento Judiciário, presença efetiva do Poder Judiciário mais próximo à população. Exorto o juiz JOSÉ GILBERTO ALVES BRAGA JÚNIOR, que me desvanece a partilhar comigo o privilégio da cidadania, a disseminar a cultura da pacificação, pois não terá futuro harmônico uma República de 202 milhões de habitantes e 100 milhões de processos.

A Justiça deve ser feita por iniciativa direta dos interessados, se possível acompanhados de orientação jurídica a cargo de advogados ou dos demais profissionais do direito. O juiz é, antes de tudo, um solucionador de problemas. Exerce uma função pedagógica, ao sinalizar à cidade qual o sentido da normatividade, o que a Constituição da República Federativa do Brasil pretende fazer deste nosso querido Brasil: uma pátria fraterna, justa e solidária.

Sou profundamente grato a quantos tornaram possível esta celebração. A partir de hoje, guardarei com orgulho emocionado o título de cidadão trifronteirano. Aceito esta láurea em nome do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, que é o maior tribunal do mundo, atento às necessidades do povo paulista, que é o destinatário de nossos préstimos.

Deus lhes pague a todos!

Acesso ao Sumário

ELLIOT AKEL (Corregedor Geral do Tribunal de Justiça de São Paulo)

Discurso proferido em nome do Tribunal de Justiça por ocasião da Inauguração da Primeira Unidade de Processamento Judicial – Cartório do Futuro (Cerimônia realizada em 17.11.14)

Programa Novo Primeiro Grau

O Tribunal de Justiça de São Paulo, em sintonia com o almejado também pelo Conselho Nacional de Justiça, estabeleceu um programa destinado a implantação de um novo primeiro grau de jurisdição, dentre as prioridades da atual gestão, tanto da sua Presidência quanto da sua Corregedoria.

Atualmente o segundo grau no TJSP está bem estruturado, tendo cada desembargador seu próprio gabinete de trabalho, com boa equipe de escreventes e assistentes jurídicos, que lhe permite realizar o trabalho diário em ambiente adequado e ter boa produção jurisdicional.

O primeiro grau, no entanto, ainda adota uma antiquada e superada estrutura de trabalho, consistente em cartório e sala de audiência, e em muitas comarcas a quantidade de funcionários e o espaço físico para isso já se mostra insuficiente, superado e inadequado.

Não bastasse isso, com a evolução do processo digital, já implantado em quase todo o Estado, ocorreu grande mudança na dinâmica do processo, que ganhou velocidade e está a impor ao magistrado maior carga de trabalho, aliviando o cartório de boa parte das atividades que até então lhe eram próprias.

Acesso ao Sumário

Diante de tal quadro, e buscando por meio do mencionado programa Novo Primeiro Grau uma nova realidade de trabalho para funcionários e juízes de primeiro grau - até porque a atividade judiciária é nitidamente uma atividade de pessoas - foram feitos estudos que permitiram a realização do que popularmente se chamou de cartório do futuro, e que se denomina (até mesmo para que nova nomenclatura indique a modernidade buscada) UPJ - Unidade de Processamento Judicial.

Ainda a compor tal programa tem-se também a URPJ - Unidade Remota de Processamento Judicial, e a UDAAD - Unidade Digital de Atendimento

Judiciário. Além disso, tem-se também o sistema de Home Office e as URCD - Unidades Remotas de Contadoria Digital.

A Unidade de Processamento Judicial que ora se inaugura atenderá cinco varas cíveis (2 Magistrados por vara, num total de 10), e estará dividida em quatro equipes (a) de atendimento; (b) de movimentação; (c) de cumprimento e (d) de administração, todas coordenadas pelo escrivão geral da unidade.

Cada um desses dez juízes terá seu próprio gabinete (fato novo no TJSP}, integrado inicialmente por um assistente e três escreventes (a idéia é de que futuramente, a curto ou médio prazo, isso se inverta - três assistentes e um escrevente) e mais até dois estagiários do CIEE, que estejam cursando a faculdade de Direito.

Anote-se que com o processo digital grande parte do trabalho está a cargo do magistrado, que então terá em seu gabinete uma equipe bem estruturada para a realização de estudos, de pesquisas e de minutas, que permitirão a ele realizar com mais dedicação, rapidez e eficiência sua tarefa de decidir.

A Corregedoria Permanente da UPJ estará a cargo de um único magistrado (escolhido consensualmente, sendo a antiguidade o critério para desempate).

Essa nova unidade trará inúmeras vantagens, na medida em que o trabalho do cartório será controlado por um único magistrado, e essa unidade dedicar-se-á exclusivamente a atividades específicas acima mencionadas, e o magistrado propriamente dito poderá dedicar-se à sua tarefa própria: decidir. Além disso, com o tempo ela demandará menor espaço físico e menor número de funcionários, que por sua vez terão maiores possibilidades em sua carreira, não só para cargos de gestão como para cargos de gabinete.

A taxa de congestionamento indica o percentual de processos em tramitação que não foram encerrados no mesmo ano. É um índice que corresponde à divisão dos casos não baixados (baixado é o processo remetido a outros órgãos judiciais; remetidos a instâncias superiores; arquivados definitivamente; em que há sentença transitada em julgado e iniciou-se a liquidação, cumprimento ou execução) pela soma dos casos novos e dos casos pendentes de baixa.

Com a nova Unidade de Processamento Judicial, e os gabinetes destinados aos magistrados, teremos uma otimização da mão de obra disponível, reduzindo

Acesso ao Sumário

naturalmente os custos e aumentando muito a velocidade processual, com a consequente redução da taxa de congestionamento.

Observe-se que o gabinete conta com equipe que permite uma boa gestão de tempo, padronização, objetividade e celeridade na tomada de decisões.

Além disso, o próprio processo judicial eletrônico já permite uma celeridade média estimada de 50%. Claro, portanto, que o resultado haverá de ser uma grande redução na taxa de congestionamento do primeiro grau, graças a aceleração permitida pelo processo eletrônico; pela melhor e mais moderna organização do trabalho dos funcionários; pela existência de estrutura de apoio ao magistrado em gabinete.

Haverá ainda a URPJ, que sendo unidade remota permitirá que uma grande equipe trabalhe a distância tirando o atraso de qualquer unidade do Estado, sem custos para o Tribunal, que atualmente para esse tipo de tarefa conta com equipes que precisam se locomover centenas de quilômetros, muitas vezes consumindo nisso dois dias úteis (um para ida e outro para volta), além de despesas com diárias, com transporte, etc.

Enfim, tudo contribuirá para a relevante redução da taxa de congestionamento.

É o futuro que chega. O Tribunal de Justiça de São Paulo sente-se orgulhoso por mais este passo em direção a uma prestação jurisdicional mais célere e eficiente. Estamos todos de parabéns.

Acesso ao Sumário

MANUEL JUSTINO BEZERRA FILHO (Desembargador do Tribunal de Justiça de São Paulo)

Discurso proferido como Orador do Tribunal de Justiça por ocasião da Cerimônia Solene de Posse dos Desembargadores Daise Fajardo Nogueira Jacot e Flávio Abramovici. (Solenidade realizada em 17.11.14)

Exmo. Sr. Dr. Desembargador José Renato Nalini, M. D. Presidente do sempre grandioso Tribunal de Justiça de São Paulo, em nome de quem peço

licença para cumprimentar todos os demais colegas, todas as autoridades presentes, parentes e amigos dos homenageados, senhoras e senhores, todos os presentes neste dia festivo para todos nós.

Meus amigos e colegas de magistratura, DESEMBARGADORA DAISE FAJARDO NOGUEIRA JACOT e DESEMBARGADOR FLÁVIO ABRAMOVICI, que hoje alcançam, de forma solene, o mais alto degrau da Magistratura Paulista, a quem desde já peço licença para chamá-los de Daíse e Flávio.

Minha primeira e emocionada palavra é de gratidão pela homenagem tocante e inesperada que estes meus velhos e queridos amigos, a DAÍSE e o FLÁVIO, estão prestando a mim. Já com um pé fora da minha querida Magistratura - em dois meses completo 70 e caio na aposentadoria compulsória -, sou objeto desta distinção ímpar, ser chamado para falar em momento, se não o mais importante, certamente dos mais importantes da carreira de cada um de nós. Obrigado, muito obrigado pela afetuosa lembrança com este velho colega em forçado fim de carreira. Guardarei no coração este momento, para sempre.

Mas não vim aqui para falar de mim, vim aqui para falar destes brilhantes magistrados que hoje recebem a mais alta honraria do glorioso Judiciário Paulista, que atingem o ponto culminante deste encantado e espinhoso caminho pelo qual optamos deste trabalho diuturno que se resume em uma única obrigação: a terrível obrigação de julgar. A nós não se aplica a milenar advertência bíblica: "não julgueis para que não sejais julgados". Ao contrário, o nosso trabalho é julgar.

Julgar, isto fizeram durante toda sua vida funcional, que começou há 26 anos, a DAÍSE e o FLÁVIO; e julgaram com a perfeição de que o ser humano é capaz; e julgaram com a certeza de que tudo aquilo que merece ser feito merece ser bem feito; e julgaram com a paixão e o encantamento inicial que até hoje guiam seus passos.

Ambos são pessoas admiráveis e especiais, que poderiam ter brilhado em qualquer caminho que escolhessem;

a DAÍSE já brilhante professora universitária quando adentrou a Magistratura, graduada em direito e administração, com mestrado pela Fundação Escola de Sociologia e Política de São Paulo;

Acesso ao Sumário

o FLÁVIO, graduado em direito e também em administração pela prestigiada Fundação Getúlio Vargas de São Paulo.

Os dois, antes de subirem ao Tribunal como desembargadores, passaram por diversas Comarcas e terminaram a Primeira Instância, temperados na mais dura forja de trabalho judicial que conhecemos, o Foro Central de São Paulo, que reúne as mais pesadas varas cíveis do País. Aí no Foro Central, no qual também fui juiz titular de Vara Cível, estreitei os laços de amizade com ambos, que já admirava à distância, admiração que a proximidade só fez aumentar.

São, e sempre foram, juízes de aguçada sensibilidade para o papel social de nossa atividade, juízes que sem embargo da carga desumana de processos, da quantidade infindável de trabalho, sempre mantiveram em seus espíritos o cuidado sagrado pelo ato de julgar que decidem sempre embebidos do sentimento de que processo não é papel, processo não é dígito cibernético, processo é drama humano, é dor que busca mitigação, é sede de justiça ante a humilhação, o desrespeito, ante perda indevida.

Sempre foram juízes bons pois sempre enxergaram em cada dobra de papel, em cada marca cibernética de um processo, sempre vislumbraram o sentimento escondido nas dobras abissais da alma humana. Sempre sofreram o drama kantiano da decisão, sabendo que a questão posta é infinita pelo simples fato de envolver um ser humano, infinito pela simples razão de que o homem é infinito em sua aparente finitude.

Mas, como sempre dialeticamente ocorre, nada é absoluto. À alegria do degrau ora galgado soma-se a pesada responsabilidade majorada, especialmente nestes tempos de crise, de adversidades, de corrupção que parece não ter fim. Se de um lado são tempos adversos, de outro lado a grandeza dos colegas ora promovidos faz lembrar que a história cria os personagens dos quais necessita.

Nestes tempos ominosos pelos quais passamos, com tentativas de interferência externa de toda ordem, com instituições que sempre miramos como sérias pretendendo ver no juiz um “tarefeiro” contratado para cumprir metas de produção, com os avanços indevidos do CNJ agora felizmente mais raros e menos espetaculosos do que já foram em corregedorias anteriores de triste memória, com a própria limitação a que o juiz é submetido por camisas de força tipo “recursos repetitivos”, entre outros,

Frente a tudo isto é reconfortante ver alçados ao Tribunal de Justiça de São Paulo, desembargadores com esta força moral da DAÍSE e do FLÁVIO, cuja história de vida é a garanti a de que sempre julgarão com a independência sacrossanta do magistrado, independência que mais que garantia do magistrado, é garantia da própria parte que, muitas vezes, como última alternativa de defesa de seu direito, tem a figura do juiz como porto de salvação.

Termino agora, lembrando que mais que engrandecimento para os homenageados, esta promoção para o posto máximo da magistratura paulista, é engrandecimento para o próprio Tribunal. Movidos pelo sonho de uma sociedade justa, com paixão obstinada pelo certo e pelo direito, visionários que mantém sempre os pés no chão da realidade sobre a qual precisam interferir constantemente com seus julgamentos, assim caminham nossos novos colegas, DESEMBARGADORA DAÍSE FAJARDO NOGUEIRA JACOT e DESEMBARGADOR FLÁVIO ABRAMOVICI.

E assim os recebemos, com nosso abraço carinhoso e fraternal, com alegria no coração e com o sentimento de que o nosso Tribunal de Justiça de São Paulo engrandeceu um pouco mais a partir deste momento.

FLÁVIO ABRAMOVICI (Desembargador do Tribunal de Justiça de São Paulo)

Discurso proferido por ocasião da Cerimônia Solene de sua Posse como Desembargador do Tribunal de Justiça (Solenidade realizada em 17.11.14)

Acesso ao Sumário

EXCELENTÍSSIMO SENHOR DESEMBARGADOR JOSÉ RENATO NALINI, DIGNÍSSIMO PRESIDENTE DESTA EGRÉGIA CORTE, PESSOA EM QUE CUMPRIMENTO TODAS AS AUTORIDADES PRESENTES, JÁ DECLINADAS PELO CERIMONIAL.

CAROS COLEGAS

MEMBROS DO MINISTÉRIO PÚBLICO ADVOGADOS

SERVIDORES

MEUS QUERIDOS FAMILIARES E AMIGOS SENHORAS E

SENHORES

Pretendo ser breve, como exige a solenidade, mas quero prestar, ao início, os meus agradecimentos a todos que, nas mais variadas formas, colaboraram para que este momento chegasse.

Primeiramente, aos Des. Nigro Conceição, Oliveira Santos e José Tarciso Beraldo, pelo incentivo dado para o ingresso na Magistratura.

A seguir, aos integrantes da Banca do 155º (Centésimo Quinquagésimo Quinto) Concurso, realizado em 1988, e com a posse em 02 de janeiro de 1989 (há quase vinte e seis anos).

Após o ingresso na Magistratura, aos inúmeros colegas que me orientaram e mostraram o que é ser um bom juiz (o que tento aprender até hoje).

O primeiro deles, Des. Ricardo Anafe, em Mogi das Cruzes.

Ao depois, Des. Álvaro Passos (em Ferraz de Vasconcelos), e a seguir, no Foro Regional do Jabaquara, os Des. Ubiratã de Arruda, roberto Mário Mortari, Augusto Amaral Melo, Orlando Pistoresi, Egídio Giacóia, Felipe Ferreira, Clóvis Castelo, Morais Pucci, Antonio Maria Lopes, Teodoro Cambrea, e o saudoso Antonio José Sady.

Na chegada ao Tribunal, como Juiz Substituto em Segundo Grau (em maio de 2011), aos Des. Renato Sartorelli, Artur Marques, José Maria Mendes Gomes, Fernando Melo Bueno Filho, Francisco Thomaz, Manoel Justino (sempre generoso), Eros Piceli, Ruy Coppola, Francisco Occhiuto, Andrade Neto, Gomes Varjão, Maria Cristina Zucchi, Carlos Alberto Garbi, Alexandre Lazzarini, Roberto Solimene, Neves Amorim, Ferreira Alves, José Joaquim dos Santos, Fábio Tabosa, e o saudoso Palma Bisson.

Acesso ao Sumário

Agradecimento também aos Servidores dos vários Ofícios Judiciais: Mogi das Cruzes, Ferraz de Vasconcelos, Osasco, Carapicuíba, Cotia, Queluz, Bananal, Capão Bonito, Foros Regionais de Pinheiros, penha de França e Jabaquara, Fazenda Pública e Acidentes do Trabalho, Foro Criminal Central, 20º Ofício do Foro Cível Central (pelo período mais extenso de judicatura – oito anos e cinco meses), Ofício da 2ª Câmara da Seção de Direito Privado, e aqueles que atuaram e atuam em meu gabinete, destacando o assistente Marcus Vale

Euclydes (jovem inteligente, brilhante e dedicado, que faleceu recentemente).

O trabalho de todos eles, com capacidade e afinco, contribuiu para esta trajetória, com a obtenção dos resultados almejados.

Agora, a família

Minha mãe Anita, pela educação.

Meus Irmãos Sulim e Ida, pelo constante incentivo.

Minha esposa Marlene, pela colaboração, pelo incentivo, pela compreensão e pelo companheirismo.

Meus filhos Eduardo (casado com a querida Carina) e Marina (que se casará com o querido Fábio), pela existência, pelo incentivo e pela compreensão.

Feitos os necessários e indispensáveis agradecimentos, expresso a grande emoção de alcançar o cargo de Desembargador, neste Tribunal de Justiça.

Inegável que se trata do maior Tribunal do mundo – são mais de vinte e um milhão de processos, somos 441 Magistrados em Segundo Grau, somos 1944 Magistrados em Primeiro Grau (conforme consta artigo de Vossa Excelência, "Para Onde Vamos", publicado no Jornal O Estado de S. Paulo, em os de 05 de novembro de 2014), dezenas de milhares de servidores, distribuídos 383.000 processos em agosto deste ano, proferidas 340.000sentenças naquele mês, e proferidos 109.000 acórdãos e decisões monocráticas (em recurso) em outubro deste ano.

Porém, mais importante é a qualidade na prestação jurisdicional, com a demonstração da grande qualidade de todos os magistrados desta Corte.

Certo que há críticas – quanto à lentidão do Judiciário – e, ainda, recentemente, publicado o resultado da pesquisa que teria apurado que somente 32% das pessoas confiam na Justiça.

Desconheço os parâmetros utilizados para aa pesquisa, o universo pesquisado, e o conceito de "Justiça" que utilizaram.

Acesso ao Sumário

Mas sei que a pretensa falta de confiança na Justiça está contrariada pelo contínuo aumento do número de distribuição de ações, o que está a demonstrar que as pessoas confiam (e muito) no Poder Judiciário, aquele que procura assegurar a Justiça a todos, sem qualquer distinção.

Aliás, o grande número de demandas ajuizadas (superior às médias per capita encontradas nos demais países) é a causa originária para o congestionamento do Poder Judiciário, considerando a crônica carência de recursos financeiros, também relatados no mencionado artigo de Vossa Excelência.

Apesar das limitações orçamentárias, o Tribunal de Justiça, bem administrado por Vossa Excelência (que segue exemplo daqueles que o antecederam), vem adotando, há anos, alterações das rotinas administrativas e inovações, tudo visando a melhoria na prestação jurisdicional.

Destacamos, por exemplo, a crescente informatização dos ofícios judiciais e dos departamentos, a melhoria na qualificação dos servidores (notadamente a instalação da Escola de Servidores), o pagamento parcial dos valores das indenizações devidas aos Magistrados e Servidores, a melhoria das instalações físicas e dos equipamentos, o aprimoramento dos dados estatísticos, o planejamento estratégico, a alteração do número de entrâncias, a instalação de novos foros, a passagem dos processos em papel (físico) para os processos digitais (com a diminuição dos custos e dos espaços físicos utilizados para o armazenamento dos processos), a criação das centrais de mandado, a criação de ofício judicial unificado (hoje instalado, experimentalmente, o Ofício Unificado de cinco varas do Fórum João Mendes Júnior), e a criação de Câmaras Extraordinárias para o julgamento dos recursos mais antigos.

Acesso ao Sumário

A tarefa é imensa, mas as necessidades da sociedade maiores ainda – o Conselho Nacional de Justiça estima que, em 2020, o país terá 114 milhões de processos judiciais em tramitação – tornando-se urgente o maior aprofundamento da discussão acerca dos meios necessários para que ocorra a adequada prestação jurisdicional da forma mais célere possível, o que passa obrigatoriamente pela discussão acerca da efetiva autonomia financeira do Poder Judiciário.

Por fim, rogo poder continuar a atuar com a mesma energia que até hoje tive, para tentar distribuir a Justiça a todos, com imparcialidade, no exercício de nossa nobre função.

Muito obrigado.

DAISE FAJARDO NOGUEIRA JACOT (Desembargador do Tribunal de Justiça de São Paulo)

Discurso proferido por ocasião da Cerimônia Solene de sua Posse como Desembargadora do Tribunal de Justiça (Solenidade realizada em 17.11.14)

Excelentíssimo Senhor Desembargador José Renato Nalini, Presidente do Egrégio Tribunal de Justiça deste Estado, saúdo, na pessoa de vossa Excelência, todas as autoridades aqui presentes,

Queridos Colegas Juízes e Desembargadores, Integrantes do Ministério Público, Advogados, Professores e Funcionários Servidores do Judiciário,

Queridos Amigos,

Queridos Familiares,

Hoje é dia de festa, de alegria, de reencontro, de renovação, de compromisso, nessa etapa tão significativa para a minha carreira na Magistratura Paulista.

Ingressei no cargo de Magistrada pelo Concurso nº 155, passando a compor o Poder Judiciário deste Estado a partir de 22 de dezembro de 1988. Iniciei a carreira como Juíza Substituta na Comarca de Moji das Cruzes, onde fui recebida por Colegas especialmente queridos, entre os quais destaco os Ilustres Desembargadores Ricardo Mair Anafe e Teodosio de Souza Lopes. Fui promovida para o cargo de Juíza de Direito Titular da Vara Única da Comarca de Jacupiranga em 06 de setembro de 1989 e para o cargo de Juíza Titular da 1ª Vara da Comarca de Araras em 21 de outubro de 1989. Voltei para esta Comarca da Capital em 21 de fevereiro de 1991, onde exerci o cargo de Juíza de Direito Auxiliar da Capital, inicialmente no DIPO e,

após, em Varas Cíveis do Foro Central, tendo permanecido no Fórum João Mendes Júnior por mais de dez (10) anos como Juíza Auxiliar da 36ª Vara Cível, onde muito aprendi durante o convívio com os Ilustres Desembargadores Ivan Ricardo Garísio Sartori e Newton de Oliveira Neves, e por mais quase doze (12) anos como Juíza Titular da 15ª Vara Cível, onde trabalhei em conjunto com a Ilustre Magistrada Celina Dietrich Trigueiros Teixeira Pinto e também com os caríssimos Servidores lotados no Cartório do mesmo Oficio, dirigido por quase todo esse período com muita dedicação pelo então Diretor Plácido Tadeu Chigliani, que foi sucedido pela igualmente dedicada Diretora Irandir Nascimento Guedes de Faria.

Trabalhei com todo o empenho possível, intensamente, para vencer a demora na marcha de cada processo, que tanto preocupa a todos nós Juízes, na busca da celeridade com eficiência para dizer o Direito de cada jurisdicionado. Jamais me conformei com os entraves de toda sorte vivenciados nesses anos todos, que comprometem a duração razoável do processo.

Tenho mesmo muita esperança de que essa demora, que tanto incomoda a todos nós, será significativamente reduzida com o processo digital, que já vem dando mostras seguras dessa possibilidade.

Quero, aqui e agora, diante de todos, renovar o compromisso assumido em dezembro de 1988, quando iniciei a Carreira, de cumprir com todo o m.eu entendimento e com toda a minha dedicação, na função jurisdicional a mim confiada por essa promoção, invocando sempre a inspiração Divina.

Dias atrás fiquei sensibilizada com um poema escrito, na Escola, por Thatyana, minha filha, que na pureza sábia dos seus onze (11) anos, escreveu na últiina estrofe, após reflexão, sobre “a arte das palavras “:

“Com as palavras certas,
Consegui desbloquear o meu coração E com os passos certos
Consegui desbloquear a minha vida!”

E essas palavras me ocorrem agora, quando penso na fórmula possível para, com a conduta certa, conseguir desbloquear a morosidade do processo que tanto atormenta e compromete a prestação jurisdicional.

Eu desejo fazer o melhor e peço a Deus que me ilumine nessa tarefa que

tanto me fascina, para depois poder dizer lá em casa, como o Apóstolo Paulo, que: “combati o bom combate, terminei minha carreira e guardei a fé!”

Quero agradecer aos meus Colegas da 27ª Câmara de Direito Privado, Doutores Campos Petroni, Ana Catarina Strauch, Mourão Neto e Sérgio Leite Alfieri Filho e Flávio Abramovici, pelo carinho com que me receberam e também aos meus Assistentes, Thiago, Evander, Aline, Caio Augusto e Luiz Gustavo, jovens aspirantes à carreira da Magistratura, estudiosos e comprometidos com a busca de um futuro melhor para o Judiciário Paulista.

Quero homenagear nesta solenidade minha mãe querida, Dina Cândida Fajardo, a maior incentivadora e a mais amável das criaturas, que gostaria com certeza de estar aqui hoje, mas que foi impedida pela limitação natural da idade.

Quero ainda prestar homenagem pública ao meu querido pai, José Zorandir Nogueira e também aos meus queridos sogros, Pedro Dimitri Jacot e Joanna Sofia Jacot, todos eles pessoas honradas e maravilhosas, que deixaram uma saudade imensa.

Quero, por fim, agradecer a todos os meus familiares e, em particular, ao meu marido, Hércules Antonio Jacot, que há tantos anos me acompanha e me apoia, a minha filha, Thatyana Fajardo Nogueira Jacot, cujo dom para a música vem sendo evidenciado a cada dia e, ao meu enteado, Hércules Antonio Jacot Filho, brilhante estudioso do Direito, que muito provavelmente também integrará em futuro breve o Poder Judiciário Paulista.

Muito obrigada a todos!

Acesso ao Sumário