REVISTA ELETRÔNICA DE JURISPRUDÊNCIA DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO

REVISTA OFICIAL DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

VOLUME 7 – ANO 2

JANEIRO E FEVEREIRO DE 2015

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 26

2- Jurisprudência Cível:

Seção de Direito Privado:

a) Ações Rescisórias 33
b) Agravos de Instrumento 47
c) Apelações 136
d) Cautelares Inominadas 361
e) Embargos de Declaração 364
f) Reexames Necessários 366

Seção de Direito Público

a) Agravos de Instrumento 371
b) Agravos Regimentais 407
c) Apelações 409
d) Apelações/Reexames Necessários 544
e) Conflitos de Competência 554
f) Reexames Necessários 557

3- Jurisprudência Criminal:

a) Agravos em Execução Penal 560
b) Apelações 569
c) Correições Parciais 652
d) *Habeas Corpus* 655
e) Mandados de Segurança 690
f) Recursos em Sentido Estrito 701
g) Revisões Criminais 703

4- Jurisprudência do Órgão Especial:

a) Ações Diretas de Inconstitucionalidade (Adin's) 713
b) Agravos Regimentais 786
c) Arguições de Inconstitucionalidade 806
d) Conflitos de Competência 820

5- Jurisprudência da Câmara Especial:

a) Agravos de Instrumento 849
b) Apelações 857
c) Apelações/Reexames Necessários 872
d) Conflitos de Competência 882
e) Conflitos de Jurisdição 898
f) *Habeas Corpus* 903

6- Conselho Superior da Magistratura **912**

7- Noticiário **920**

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 II, n. 7, jan./fev. 2015 - São Paulo: Tribunal de Justiça do Estado, 2015.

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
José Carlos Gonçalves XAVIER DE AQUINO
Hamilton ELLIOT AKEL
ANTONIO CARLOS MALHEIROS
MOACIR Andrade PERES
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 ROBERTO MAIA FILHO**
Desembargador WALTER ROCHA BARONE**
Desembargador MARCELO COUTINHO GORDO**
Desembargador CARLOS DIAS MOTTA**
Desembargador IASIN ISSA AHMED**

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 — (SALA DISPONÍVEL)

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 QUEIRÓZ**
Desembargador FABIO HENRIQUE PODESTÁ**

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 509)

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 407/425 — 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**
Desembargador GUILHERME FERREIRA DA CRUZ*

5º GRUPO DE CÂMARAS DE DIREITO PRIVADO — TERÇA-FEIRA — PJ — 2º ANDAR — (SALA 211/213)

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 CESAR CIAMPOLINI NETO
Desembargador CARLOS ALBERTO GARBI
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 MELO
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 (salas 621/623 — 4ª feira — 9:30 horas — PJ)

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**
Desembargadora CLAUDIA SARMENTO MONTELEONE*

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 EDISON VICENTINI BARROSO
Desembargador Antonio Mario de CASTRO FIGLIOLIA***I
Desembargador Luiz Antonio COELHO MENDES
Desembargador ACHILE Mario ALESINA Júnior
Desembargador AIRTON PINHEIRO DE CASTRO*
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

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 — (SALA 621/623)

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

Desembargador VANDERCI ÁLVARES***
Desembargador Vicente Antonio MARCONDES D'ANGELO
Desembargador HUGO CREPALDI NETO
Desembargador CLÁUDIO HAMILTON Barbosa
Desembargador EDGARD Silva ROSA

26ª Câmara de Direito Privado (sala 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*

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 DIMAS RUBENS FONSECA***
Desembargador GILSON DELGADO MIRANDA**
Desembargador MARIO CHIUVITE JÚNIOR*

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 (sala 211/213 — 5ª feira — 9:30 horas — PJ)

Desembargador RUY COPPOLA
Desembargador KIOITSI CHICUTA
Desembargador FRANCISCO OCCHIUTO JÚNIOR***
Desembargador Luis FERNANDO NISHI
Desembargador CAIO MARCELO MENDES DE OLIVEIRA

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

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

Desembargador EROS PICELI
Desembargador Carlos Alberto de SÁ DUARTE
Desembargador LUIZ EURICO Costa Ferrari***
Desembargador CARLOS NUNES Neto
Desembargador 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 509 — 3ª feira — quinzenal — 9:30 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 Luis 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*

CÂMARAS EXTRAORDINÁRIAS DE DIREITO PRIVADO
(Resolução nº 668/2014)

13ª Câmara Extraordinária de Direito Privado

Desembargador LUIZ Antonio AMBRA
Desembargador Paulo Roberto GRAVA BRAZIL
Desembargador Luiz Fernando SALLES ROSSI
Desembargador Mauro CONTI MACHADO
Desembargador MILTON PAULO DE CARVALHO FILHO**

14ª Câmara Extraordinária de Direito Privado

Desembargador PAULO ALCIDES Amaral Salles
Desembargador JAMES Alberto SIANO
Desembargador EDSON LUIZ DE QUEIRÓZ**
Desembargador FABIO HENRIQUE PODESTÁ**
Desembargador JOSÉ APARICIO COELHO PRADO NETO**

15ª Câmara Extraordinária de Direito Privado

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

16ª Câmara Extraordinária de Direito Privado

Desembargador HERALDO DE OLIVEIRA Silva
Desembargador José JACOB VALENTE
Desembargador SÉRGIO Seiji SHIMURA
Desembargador JOSÉ TARCISO BERALDO
Desembargador JOÃO PAZINE NETO

17ª Câmara Extraordinária de Direito Privado

Desembargador PAULO Celso AYROSA Monteiro de Andrade
Desembargador ANTONIO RIGOLIN
Desembargador ARMANDO Sérgio Prado de TOLEDO
Desembargador PEDRO Luiz BACCARAT da Silva
Desembargador Luis FERNANDO NISHI

18ª 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

19ª Câmara Extraordinária de Direito Privado

Desembargador Fernando MELO BUENO Filho
Desembargador Reinaldo FELIPE FERREIRA
Desembargador Vicente Antonio MARCONDES D'ANGELO
Desembargador FLÁVIO ABRAMOVICI
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 (sala 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**

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 (sala 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 (sala 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 SERGIO 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 MASCARETTI
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 (sala 217/219 — 4ª feira — 9:30 horas — PJ)

Desembargador DÉCIO de Moura NOTARANGELI
Desembargador OSWALDO LUIZ PALU
Desembargador JEFERSON MOREIRA DE CARVALHO
Desembargador CARLOS EDUARDO PACHI***
Desembargador João Batista Morato REBOUÇAS DE CARVALHO
Desembargador JOSÉ MARIA CÂMARA JÚNIOR**

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

10ª Câmara de Direito Público (sala 201/203 — 2ª feira — 9:30 horas — PJ)

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

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

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

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

12ª Câmara de Direito Público (sala 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 (sala 201/203 — 4ª feira — 9:30 horas — PJ)

Desembargador Sérgio Jacintho GUERRIERI REZENDE
Desembargador Augusto Francisco Mota FERRAZ DE ARRUDA
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 ALOISIO SÉRGIO REZENDE SILVEIRA**
Desembargador JOSÉ HENRIQUE FORTES MUNIZ JÚNIOR**
Desembargador EURÍPEDES GOMES FAIM FILHO**

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

Desembargador WANDERLEY JOSÉ 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 (sala 201/203 — 3ª feira — 13:30 horas — PJ)

Desembargador LUIZ Alberto DE LORENZI
Desembargador CYRO Ricardo Saltini BONILHA
Desembargador JOÃO NEGRINI Filho
Desembargador VALDECIR JOSÉ DO NASCIMENTO***
Desembargador LUIZ FELIPE NOGUEIRA Júnior
Desembargador ANTONIO TADEU OTTONI**
Desembargadora FLORA MARIA NESI TOSSI SILVA**
Desembargador NAZIR DAVID MILANO FILHO**
Desembargador MARCOS DE LIMA PORTA*
Desembargador LUÍS GUSTAVO DA SILVA PIRES*

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

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

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

1ª Câmara Reservada ao Meio Ambiente (sala 501 — 5ª feira — 9:30 horas — PJ)

Desembargador Ricardo Cintra TORRES DE CARVALHO
Desembargador RUY ALBERTO LEME CAVALHEIRO
Desembargador João Francisco MOREIRA VIEGAS***
Desembargador DIMAS RUBENS FONSECA

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

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

COMPOSIÇÃO DE GRUPOS E CÂMARAS DE DIREITO CRIMINAL

1º GRUPO DE CÂMARAS DE DIREITO CRIMINAL — SEGUNDA-FEIRA — PJ — (SALA 217/219)

1ª Câmara de Direito Criminal (sala 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 (sala 217/219 — 2ª feira — 13:30 horas — PJ)

Desembargador IVAN MARQUES da Silva
Desembargador Antonio de ALMEIDA SAMPAIO
Desembargador JAIR MARTINS
Desembargador FRANCISCO ORLANDO de Souza
Desembargador ALEX Tadeu Monteiro ZILENOVSKI***
Desembargador DINIZ FERNANDO FERREIRA DA CRUZ**

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

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

Desembargador GERALDO 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 201/203)

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

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

6ª Câmara de Direito Criminal (salas 201/203 — 5ª feira — 13:30 horas — PJ)

Desembargador RICARDO Cardozo de Mello TUCUNDUVA
Desembargador ERICSON MARANHO
Desembargador Antonio Carlos MACHADO DE ANDRADE
Desembargador JOSÉ RAUL GAVIÃO DE ALMEIDA***
Desembargador MARCO ANTONIO Marques da Silva
Desembargador 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 ROBERTO Mário MORTARI
Desembargador AMARO José THOMÉ Filho***
Desembargador FERNANDO Geraldo SIMÃO
Desembargadora IVANA DAVID**
Desembargador SÉRGIO MAZINA MARTINS**

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

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) E/OU QUINTA-FEIRA — PJ (SALA 229)

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 ANTONIO TADEU OTTONI
Desembargadora CLAUDIA LUCIA FONSECA FANUCCHI**

16ª Câmara de Direito Criminal (salas 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 CRIMINAIS EXTRAORDINÁRIAS (Resolução nº 666/2014)

1ª Câmara Criminal Extraordinária (sala 218/220 — 5ª feira — 9:30 horas — PJ)

Desembargador MÁRCIO Orlando BARTOLI***
Desembargador MÁRIO DEVIENNE FERRAZ
Desembargador LUIS AUGUSTO DE SAMPAIO ARRUDA**
Desembargador NELSON FONSECA JÚNIOR**
Desembargador AIRTON VIEIRA**

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

Desembargador Roberto Galvão de FRANÇA CARVALHO
Desembargador Antonio Carlos TRISTÃO RIBEIRO
Desembargador AGUINALDO DE FREITAS FILHO**
Desembargador EDUARDO CRESCENTI ABDALLA**
Desembargador LAERTE MARRONE DE CASTRO SAMPAIO**

3ª Câmara Criminal Extraordinária (sala 232/236 — 6ª feira — 10:00 horas — PJ)

Desembargador Antonio de ALMEIDA SAMPAIO
Desembargador LUIS SOARES DE MELLO Neto***
Desembargador SILMAR FERNANDES**
Desembargador CASSIANO RICARDO ZORZI ROCHA**
Desembargador JULIO CAIO FARTO SALLES**

4ª Câmara Criminal Extraordinária (sala 504/506 — 4ª feira — 13:30 horas — PJ)

Desembargador GUILHERME GONÇALVES STRENGER***
Desembargador Nilson XAVIER DE SOUZA
Desembargador MAURÍCIO VALALA**
Desembargador ALEXANDRE CARVALHO E SILVA DE ALMEIDA**
Desembargador CÉSAR AUGUSTO ANDRADE DE CASTRO**

CÂMARAS CRIMINAIS EXTRAORDINÁRIAS
(Resolução nº 667/2014)

5ª Câmara Criminal Extraordinária (sala 404 — 6ª feira — 9:30 horas — PJ)

Desembargador CARLOS Augusto Lorenzetti BUENO***
Desembargador OTÁVIO Augusto DE ALMEIDA TOLEDO
Desembargador FRANCISCO José Galvão BRUNO
Desembargador Waldir Sebastião de NUEVO CAMPOS Júnior
Desembargador LUIZ ANTONIO CARDOSO

6ª Câmara Criminal Extraordinária (sala 232/236 — 5ª feira — 14:00 horas — PJ)

Desembargador José Orestes de SOUZA NERY***
Desembargador Antonio ROBERTO MIDOLLA
Desembargador OTÁVIO HENRIQUE de Sousa Lima
Desembargador José Antonio ENCINAS MANFRÉ
Desembargador ROBERTO Caruso Costabile e SOLIMENE

*** — 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
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

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
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

PREFERÊNCIA NO PAGAMENTO DE PRECATÓRIO ALIMENTAR NO REGIME ESPECIAL - EMENDA CONSTITUCIONAL Nº. 62/2009

PEDRO CAUBY PIRES DE ARAÚJO

Desembargador Coordenador da Diretoria de Execução de Precatórios e Cálculos do Tribunal de Justiça de São Paulo

A idéia, no sentido de que o precatório que tenha natureza alimentar deve possuir preferência sobre todos os demais precatórios independente do exercício anual, data máxima vênia é equivocada. Isso porque a preferência do precatório alimentar opera tão somente sobre os precatórios de outras espécies relativos apenas ao orçamento vigente e não em relação aos orçamentos anteriores.

Essa preferência é relativa e não absoluta. Trata-se de um direito de ser preferido mas sem aniquilar o mesmo direito dos credores de precatórios de outras espécies. Não se pode esquecer que há um regime de pagamento, em que o art. 100 da Constituição Federal determina: "Os pagamentos devidos pelas Fazendas Públicas Federal, Estaduais, Distrital e Municipais, em virtude de sentença judiciária, far-se-ão exclusivamente na ordem cronológica de apresentação dos precatórios e à conta dos créditos respectivos, proibida a designação de casos ou de pessoas nas dotações orçamentárias e nos créditos adicionais abertos para este fim. (Redação dada pela EC 62/09).

§ 1º Os débitos de natureza alimentícia compreendem aqueles decorrentes de salários, vencimentos, proventos, pensões e suas complementações, benefícios previdenciários e indenizações por morte ou por invalidez, fundadas em responsabilidade civil, em virtude de sentença judicial transitada em julgado, e serão pagos com preferência sobre todos os demais débitos, exceto sobre aqueles referidos no § 2º deste artigo."

Nota-se que estes dispositivos constitucionais estão situados na parte que cuida do sistema ordinário ou geral de pagamento de precatórios, logo a preferência se dá no exercício orçamentário, e não se pode estendê-la ao sistema especial (por abranger todos os exercícios). Essa conclusão se extrai do §5º do art. 100, que determina que "É obrigatória a inclusão, no orçamento das entidades de Direito Público, de verbas necessárias

Acesso ao Sumário

ao pagamento de seus débitos, oriundos de sentenças transitadas em julgado, constantes de precatórios judiciários apresentados até 1º de julho, fazendo-se o pagamento até o final do exercício seguinte, quando terão seus atualizados monetariamente" (Redação dada pela EC nº. 62/2009), seguido do § 6º do citado artigo, que determina:

"As dotações orçamentárias e os créditos abertos serão consignados diretamente ao Poder Judiciário, cabendo ao presidente do Tribunal que proferir a decisão exequenda determinar o pagamento integral e autorizar, a requerimento do credor e exclusivamente para os casos de preterimento de seu direito de precedência ou de não alocação orçamentária do valor necessário à satisfação do seu débito, o sequestro da quantia respectiva." (Redação dada pela EC nº. 62/09)

De outro lado, o Art. 97 do ADCT dispõe que: "Até que seja editada a lei complementar de que trata o § 15 do art. 100 da Constituição Federal, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios que, na data de publicação desta Emenda Constitucional, estejam em mora na quitação de precatórios vencidos, relativos às suas administrações direta e indireta, inclusive os emitidos durante o período de vigência do regime especial instituído por este artigo, farão esses pagamentos de acordo com as normas a seguir estabelecidas, sendo inaplicável o disposto no art. 100 desta Constituição Federal, exceto em seus §§ 2º, 3º, 9º, 10, 11, 12, 13 e 14, e sem prejuízo dos acordos de juízos conciliatórios já formalizados na data de promulgação desta Emenda Constitucional."

Nota-se, portanto, que o art. 97 do ADCT, no que tange ao regime especial de pagamento, deixa claro que ao §1º (débitos de natureza alimentícia) não se aplica o art. 100, eis que não contempla o citado parágrafo nas exceções nele citadas.

E mais, reafirma a natureza relativa do crédito alimentar do §1º do art. 100 quando em seu § 6º disciplina que: "Pelo menos 50% (cinquenta por cento) dos recursos de que tratam os §§ 1º e 2º deste artigo serão utilizados para pagamento de precatórios em ordem cronológica de apresentação, respeitadas as preferências definidas no § 1º, para os requisitórios do mesmo ano e no § 2º do art. 100, para requisitórios de todos os anos."

Outrossim, por ausência da edição de Lei Complementar que discorra sobre regime especial de pagamento de precatório, é que o DEPRE deste Tribunal editou a Ordem de Serviço nº. 03/2010, para regular o sistema especial de pagamento de precatório, determinando no item 10.4: A preferência dos créditos alimentares junto aos precatórios do mesmo exercício anual, ao passo que a preferência dos idosos e dos portadores de doenças graves envolve o período integral da mora."[1]

Daí o porquê considerar relativo o direito de preferência dos

1 Ordem de Serviço 03/2010 do DEPRE - item 10.4, alterada pela Ordem de Serviço nº. 01/2013

Acesso ao Sumário

precatórios alimentares sobre os demais créditos no regime especial, dada a sistemática do pagamento. Fosse considerar o crédito alimentar como direito absoluto no regime especial, os demais precatórios de espécies diferentes, dificilmente seriam pagos, o que acarretaria enorme distorção no sistema de pagamento dos mesmos.

Assim, em respeito à ordem cronológica e, ainda que haja crédito alimentar de exercícios posteriores, dada a característica do sistema especial de pagamento (que não se pode confundir com regime ordinário de pagamento de precatório), inexiste norma convencional ou legal que disponha sobre a preferência absoluta dos créditos alimentares sobre os demais créditos fora do exercício de pagamento.

Por fim, a "super preferência" instituída no §2º (idoso e doença grave) não é afetada pelo art. 97 do ADCT, uma vez que incluída na exceção do citado artigo. Essa "super preferência" ratifica, outrossim, a natureza relativa da preferência do crédito alimentar inclusive no regime ordinário de pagamento de precatórios, eis que o §2º prevalece sobre o §1º, conforme expresso no próprio parágrafo.

Conclui-se por fim, que a preferência alimentar ocorre dentro do mesmo exercício orçamentário de apresentação do requisitório, conforme preceitua o art. 100, §5º e 6º da Constituição Federal. Ocorre que no regime especial de pagamento, dada a especificidade, por já tratar de entes que se encontram em mora, não se aplica o §1º do art. 100, em expressa disposição ao art. 97 do ADCT, de forma que, ante a ausência legislativa, a preferência se dá de conformidade com o item 10.4 da OS nº. 03/2010, ou seja, "A preferência dos créditos alimentares junto aos precatórios do mesmo exercício anual, ao passo que a preferência dos idosos e dos portadores de doenças graves envolve o período integral da mora."[2]

São Paulo, 16 de dezembro de 2014.

Acesso ao Sumário

2 Ordem de Serviço 03/2010 do DEPRE - item 10.4, alterada pela Ordem de Serviço nº. 01/2013

HUMANISMO INTEGRAL

JOSÉ ROBERTO LINO MACHADO
Desembargador do Tribunal de Justiça de São Paulo
Doutor em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo
Mestre em Filosofia pela Faculdade de São Bento
Doutorando em Filosofia pela Pontifícia Universidade Católica

Relembrando Maritain, o homem integral.

SUMÁRIO

Este texto procura ser um lembrete de tópicos importantes da filosofia política de Jacques Maritain, filósofo católico, nascido em Paris, que teve grande prestígio internacional na primeira metade do século XX.

1) *Ciência. Filosofia. Teologia.* Na primeira metade do século XX, Jacques Maritain, declaradamente um filósofo católico, tinha a coragem de afirmar, em plena hegemonia do racionalismo mecanicista, a *primazia do espiritual*, quer no campo do conhecimento quer no campo da moral, o que implica *submissão* das ciências à orientação crítica da filosofia e à *submissão* da filosofia à orientação critica da teologia. Isso não significa que o cientista perca sua independência intelectual e sua competência para sustentar o acerto de suas conclusões. Tampouco significa que o filósofo tenha de ser cientista com atuação abrangente de todas as áreas do conhecimento humano. É certo, porém, que o filósofo há de ser suficientemente conhecedor da ciência que pretende criticar, sem o quê poderá sofrer o vexame de evidenciar que sua crítica decorre de não ter compreendido a questão posta em debate.

Mais problemático talvez seja o relacionamento das ciências e da filosofia com a teologia, tendo-se em conta as vertiginosas descobertas científicas, especialmente nas áreas das ciências biológicas e da computação (basta pensar na possibilidade teórica da criação de seres humanos com a finalidade de servirem à doação de órgãos, bem como na eventualidade de sucesso na criação de máquina pensante com consciência equiparável à dos seres humanos; tendo morrido em 28 de

Acesso ao Sumário

abril de 1973, Maritain provavelmente não vivenciou tais discussões).

2) *Nação. Sociedade Política. Estado. Soberania*. Nação, para Maritain, não se confunde com a sociedade política: a primeira se constitui ao longo de um curso histórico, com formação inconsciente de laços afetivos, os quais se mantêm com suporte em símbolos naturais e artificiais significativos, tais como a música, a dança, a literatura, a língua; a segunda (sociedade politica) é criada e mantida racionalmente, tem governo constituído, uma ou mais nações podem fazer parte dela. A nação não visa ao bem comum do grupo comunitário que a compõe. A sociedade política tem por objetivo a consecução do bem comum, para o que se organiza politicamente. O Estado é o conjunto de pessoas e bens que a sociedade política mantém para o seu governo. O Estado é parte da sociedade civil a cujo serviço está destinado. Não há bem comum do Estado. O bem comum, para cuja consecução o Estado existe, é da sociedade política, o que significa dizer que o bem comum visado é do povo, das pessoas humanas componentes da sociedade política.

3) *Bem Comum. Indivíduo. Pessoa.* O bem comum não se confunde, pura e simplesmente, com o bem-estar de cada pessoa constituinte da sociedade política, a qual pode ser rica, mas ter sua riqueza distribuída tão desigualmente que isso evidencie mau funcionamento do Estado, o que é dizer o mau funcionamento da sociedade política, pois o bem comum significa a existência de uma situação política e social que permita a todos os componentes da sociedade politica, na medida das possibilidades desta, o mínimo indispensável à sua subsistência e ao seu acesso aos bens culturais disponíveis.

Enquanto *indivíduo*, o componente da sociedade política é *parte* dela, da qual depende, desde sua concepção no seio materno, e dependerá, até o momento da sua morte. Por isso, está sujeito às normas jurídicas impostas pela sociedade política, por meio do Estado (pagamento de tributos, prestação de serviço militar, regras de trânsito, etc.). Porém, o ser humano não é apenas um número, um contribuinte para a manutenção. É também uma *pessoa*, centro de imputação de direitos e obrigações, nó de relações em vários sentidos, as quais supõem inteligência e *vontade*, assim como abertura à transcendência divina. Como pessoa, o ser humano transcende a sociedade política, da qual não é parte: a pessoa é um *todo, um microcosmo* dentro do macrocosmo. Por isso, a pessoa tem direitos fundamentais contra o Estado e, indiretamente, contra a sociedade política, como o de respeito à sua dignidade e dos que são corolários desse princípio, como o direito ao devido processo legal, acesso ao Poder Judiciário e outros mais previstos na Constituição brasileira de 5 de outubro de 1988, e na Declaração Universal dos Direitos do Homem, da Assembleia Geral das Nações Unidas, documento que contou com

Acesso ao Sumário

ativa participação de Maritain. O Estado não é soberano, assim como não são soberanos a sociedade política ou o povo. Isso fica claro mesmo diante da definição de *democracia* atribuída a Abraham Lincoln e da qual gostava Maritain: *governo do povo, para o povo, pelo povo*. Em rigor, a palavra *soberano*, considerando-se o seu significado historicamente estabelecido, e o poder *incontrastável* de alguém. Maritain a considera causa de maiores discórdias, à vista do temor dos mais fracos e da ganância dos mais fortes. Em vez de soberania dos povos prefere ele que se fale em *autodeterminação dos povos*.

Embora os Estados sejam sociedades perfeitas do ponto de vista formal, a realidade política, histórica e social os coloca em situação de interdependência, que sugere, ao menos a longo prazo, a criçao de um Estado globalizado com poderes de constrangimento dos Estados membros a cumprirem as ordens e as normas dele (Estado central) emanadas.

5) *A Igreja e o Estado.* Tais entes são sociedades perfeitas, isto é, reciprocamente independentes, bem como independentes de qualquer outro grupo social, Baseado na resposta de Jesus aos fariseus que lhe perguntaram se era lícito pagar impostos a César, retorquiu perguntando de quem era a efígie existente na moeda em curso nas relações entre judeus e romanos naquela região. Tendo a resposta dito que a efígie era de César, o nazareno encerrou a conversa: *Dai a César o que é de César e a Deus o que é de Deus*.

A Igreja tem um objetivo religioso: a salvação das almas, ou seja, prepará-las para a vida eterna no Corpo místico de Cristo, em comunhão com Deus uno e trino. A sociedade política tem por fim a perseguição do seu bem comum. Ambas (Igreja e sociedade politica) devem ajudar-se mutuamente para que alcance cada qual o seu objetivo próprio.

6) *Humanismo integral*. Maritain pregava um humanismo que não fosse antropocêntrico, que não tivesse como lema as palavras de Protágoras*: o homem é a medida de todas as coisas*, o que levou o racionalismo mecanicista a provocar o afastamento de Deus do trato das coisas humanas, fator de desagregação e injustiça social, que deu origem ao capitalismo individualista e, em contraposição, ao socialismo marxista. Em substituição ao *humanismo antropocêntrico* propunha ele um *humanismo teocêntrico,* que levasse em conta a parte de Deus nos negócios humanos e consagrasse *a primazia do espiritual*. Não era ele homem apenas de palavras, pois viveu uma vida plena de espiritualidade em companhia de sua mulher Raïssa e de Vera, irmã de Raïssa.

Espero que o lembrete que esbocei acima sobre alguns aspectos do pensamento do filósofo francês sirva para despertar em algum jovem estudioso interesse por sua obra. Em rápidas pinceladas, eis Jacques Maritain, o homem integral.

Acesso ao Sumário

Referências bibliográficas

1) A Igreja de Cristo: a Pessoa da Igreja e seu Pessoal, tradução da Abadia de Nossa Senhhora das Graças, Rio de Janeiro, Livraria Agir Editora, 1972. Abreviatura: IC.

2) A Pessoa e o Bem Comum, Jacques Maritain, tradução de Vasco Miranda, Lisboa; Maria Morais Editora, 1962: Abreviatura: PBC.

3) As Grandes Amizades, Raïssa Maritain, Tradução de Josélia Marques de Oliveira: 7ª ed., Rio de Janeiro: Livaria Agir Editora, 1970. Abreviatura: GA.

4) Cristianismo e Democracia, tradutor Alceu Amoroso Lima, 1945, Livraria Agir Editora. Abreviatura: CD.

5) Diário de Raïssa, Raïssa Maritain, tradução de M. Cecília M. Duprat, Rio de Janeiro: Livraria Agir Editora, 1966. Abreviatura: DR.

6) La Loi Naturelle ou Loi non Écrite, in Jacques et Raïssa Maritain: Oeuvres ComplPetes, vol. XVI, édition publié par le Cercle d'Études Jacques et Raïssa Maritain, Éditions Universitaires Fribourg Suisse, Éditions Saint-Paul Paris, 1999. Abreviatura: LN.

7) Natural Law: Reflections on Theory and Practice, editado e introduzido por William Sweet, St. Augustine's Press, South Bend, Indiana, 2001. Abreviatura: NLRTP.

8) O camponês do Garona: Um velho leigo no Concílio, Lisboa, União Gráfica. Abreviatura: CG.

9) O Homem e o Estado, tradução de Alceu Amoroso Lima, Livraria Agir Editora, Rio de Janeiro, 4ª ed., 1966. Abreviatura: HE.

10) Os Direitos do Homem - A Lei Natural, tradução de Afrânio Coutinho, Livraria José Olympio Editora, Rio de Janeiro, 3ª ed., novembro de 1967. Abreviatura: DHLN.

11) Elementos de Filosofia: Introdução Geral à Filosofia, tradução de Ilza das Neves e Heloisa de Oliveira Penteado; revista por Irineu da Cruz Guimarães; 16ª Edição, Rio de Janeiro: Livraria Agir Editora, 1989. Abreviatura: IGF.

12) Humanismo Integral: Uma Visão Nova da Ordem Cristã, tradução de Afrânio Coutinho, São Paulo - Rio de Janeiro - Recife - Porto Alegre: Companhia Editora Nacional, 1942. Abreviatura: HI.

Acesso ao Sumário

SEÇÃO DE DIREITO PRIVADO

Ações Rescisórias

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Ação Rescisória nº 2035462-96.2014.8.26.0000, da Comarca de Bauru, em que é autor DEPARTAMENTO DE ÁGUA E ESGOTO DE BAURU, é réu CONDOMÍNIO BAURU SHOPPING CENTER.

ACORDAM, em 13º Grupo de Câmaras de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Julgaram improcedente a ação rescisória. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 12.705)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores FELIPE FERREIRA (Presidente), VANDERCI ÁLVARES, MARCONDES D'ANGELO, HUGO CREPALDI, RENATO SARTORELLI e VIANNA COTRIM.

São Paulo, 22 de setembro de 2014.

EDGARD ROSA, Relator

Ementa: AÇÃO RESCISÓRIA DE ACÓRDÃO - JULGADO QUE ADMITIU REPETIÇÃO DE INDÉBITO DE TARIFAS DE ESGOTO PAGAS POR *SHOPPING CENTER* QUE POSSUÍA SUPRIMENTO PRÓPRIO DE ÁGUA - PRETENSÃO RESCISÓRIA FUNDADA NAS HIPÓTESES DOS INCISOS V E IX DO ART. 485 DO CPC - INEXISTÊNCIA DE VIOLAÇÃO A DISPOSIÇÃO LITERAL DE LEI - ACÓRDÃO QUE DEU APLICAÇÃO CORRETA À LEI MUNICIPAL Nº 1.636/72 NA REDAÇÃO VIGENTE À ÉPOCA DOS FATOS - IMÓVEIS COM SUPRIMENTO PRÓPRIO DE ÁGUA EXPRESSAMENTE EXCEPCIONADOS DA REGRA GERAL DE CÁLCULO DAS TARIFAS DE ESGOTO - LACUNA

Acesso ao Sumário

DA LEI A RESPEITO DA POSSIBILIDADE DE COBRANÇA DAS TARIFAS - COBRANÇA QUE PODERIA SE AMPARAR APENAS EM DECRETO MUNICIPAL, INVOCADO NA RESCISÓRIA, MAS OMITIDO DURANTE TODO O TRÂMITE DA AÇÃO ORIGINÁRIA - PARTE INTERESSADA QUE NÃO SE DESINCUMBIU DO ÔNUS DE COMPROVAR OU MESMO INDICAR O DIREITO MUNICIPAL QUE LHE SERIA FAVORÁVEL - ART. 337 DO CPC - INEXISTÊNCIA DE ERRO DE FATO - TURMA JULGADORA QUE NÃO INCORREU EM EQUÍVOCO, BASEANDO-SE NA LEGISLAÇÃO MUNICIPAL SUSCITADA PELAS PARTES - ALEGAÇÃO DO AUTOR QUE FAZ ALUSÃO A EVENTUAL ERRO NO ENQUADRAMENTO LEGAL, E NÃO RELATIVO ÀS CIRCUNSTÂNCIAS FÁTICAS EM EXAME, QUE SE MOSTRAM INCONTROVERSAS.

- Ação rescisória improcedente.

VOTO

Trata-se de ação rescisória ajuizada pelo **DEPARTAMENTO DE ÁGUA E ESGOTO DE BAURU** em face do **CONDOMÍNIO BAURU SHOPPING CENTER** com o escopo de obter a rescisão de v. Acórdão proferido pela 25ª Câmara de Direito Privado deste Egrégio Tribunal de Justiça, no julgamento da Apelação n° 9121665-15.2009.8.26.0000, posteriormente integrado pelos Embargos de Declaração n° 9121665-15.2009.8.26.0000/50000, fundada na alegação de ter incorrido em violação literal de lei e erro de fato (artigo 485, incisos V e IX, do Código de Processo Civil).

Alega o autor, em resumo, que o acórdão rescindendo teria deixado de observar o disposto no art. 4º, *caput*, da Lei Municipal nº 1.636/72, que constitui base legal de incidência da tarifa para o serviço de coleta de águas residuais e servidas, sendo que o próprio réu admitiu na inicial da ação originária que utiliza a rede para lançamento de seus dejetos, havendo, assim, clara violação a dispositivo literal de lei municipal. O autor alega, ademais, que o julgado teria incorrido em erro de fato, que engloba também o equívoco de hermenêutica, pois não se discutia a hipótese de incidência para a cobrança de tarifa, mas apenas a forma de tarifação, porquanto quem possui suprimento próprio de água não pagará o equivalente a 60% do fornecimento de água, mas certamente deveria pagar outro percentual definido no regulamento, em conformidade com

o estabelecido no art. 5º, parágrafo único, do Decreto Municipal nº 1.865/72. Segundo argumenta a autarquia autora, sua insurgência já teria sido veiculada em embargos declaratórios.

Dispensada a autora do depósito prévio de que trata o artigo 488, II, do Código de Processo Civil, por se tratar de autarquia municipal criada por lei, foi indeferido o pedido de tutela antecipada.

A parte contrária apresentou resposta a fls. 970/981, sob o argumento de que a discussão introduzida pela autarquia nesta ação rescisória já teria sido objeto de controvérsia, pois tinha à sua disposição todos os meios processuais e recursos cabíveis para invocar legislação contemporânea aos fatos examinados na ação originária, o que se verificou especificamente em contrarrazões de apelação e nos posteriores embargos de declaração, inclusive no âmbito de Recurso Especial perante o STJ, de modo que esta ação rescisória seria simples repetição do que já foi alegado e decidido com caráter de imutabilidade após o trânsito em julgado do v. acórdão rescindendo. Destarte, não houve violação literal de lei municipal, mas quando muito, erro de interpretação, que não autoriza o manejo da ação rescisória, inexistindo, tampouco, erro de fato, já que a discussão se estabelece em torno de disposição de lei.

É o relatório.

A ação rescisória é improcedente.

A demanda originária (autos nº 8.589/05 perante a 1ª Vara da Fazenda Pública da Comarca de Bauru - SP) foi ajuizada por *Shopping Center* em face do Departamento de Água e Esgoto (DAE) de Bauru e versava sobre declaração de inexigibilidade de tarifas de esgoto cobradas no período de 1989 a março de 2003, com pedidos de repetição de indébito e de tutela cominatória para impedir o réu de efetuar o lançamento das tarifas, mesmo no período subsequente a 2003, e de não obstar o uso do poço tubular pelo autor, por meio do qual tem captado as águas subterrâneas desde o ano de 1989 (fls. 28/94).

Regularmente processada a ação, sobreveio a r. sentença de 1º grau de jurisdição, que julgava parcialmente procedente a ação apenas para assegurar ao *shopping center* a preservação de sua licença de uso das águas subterrâneas (fls. 702/716). Em grau de apelação (Apelação nº 9121665-15.2009.8.26.0000, julgada pela 25ª Câmara deste E. Tribunal de Justiça, sob a relatoria do Des. Marcondes D'Angelo), no entanto, a mencionada sentença foi reformada em parte, com provimento parcial ao recurso do *shopping center* autor, apenas para o fim de declarar a ilegalidade da cobrança até o advento da Lei Municipal nº 4.826/02, condenando o réu à repetição de indébito até então, quando passou a ser exigível a cobrança da tarifa pelo DAE de Bauru. Opostos embargos de declaração, foram afastados, rejeitando-se a prejudicial de prescrição.

Posteriormente ao trânsito em julgado do v. acórdão do recurso de

Acesso ao Sumário

apelação, o réu DAE de Bauru ajuizou a presente ação rescisória no prazo legal de dois anos, fundada nas hipóteses de violação, pelo aresto, a literal disposição de lei (inciso IV do art. 485 do CPC) e de erro de fato (inciso IX do art. 485 do CPC).

Em que pese à argumentação despendida pelo autor DAE de Bauru nesta ação rescisória, não se constata a alegada violação a "*literal disposição de lei*".

Na demanda originária restou incontroverso que desde o ano de 1989 o *Shopping Center* autor, ora réu desta rescisória, dispunha de suprimento próprio de água (poço artesiano), utilizando apenas a rede municipal coletora de esgoto, serviço público facultativo prestado pelo DAE de Bauru e remunerado por tarifa, cobrada exclusivamente em função desse serviço, e não pela distribuição de água. O que se discutia na ação originariamente intentada pelo *shopping center* dizia respeito à constitucionalidade e validade da cobrança no período discriminado na inicial, tendo o acórdão rescindendo reconhecido a ilegalidade da cobrança no período compreendido entre 1989 e o advento da Lei Municipal n. 4.826/02.

Tal discussão introduzida pelo *shopping center* passava pelo exame da legislação municipal aplicável à espécie, a saber, a Lei Municipal nº 1.636/72, vigente à época e invocada por ambas as partes, que no seu art. 4º, parágrafo único, dispunha o seguinte:

> "*Art. 4º - A tarifa de esgoto é devida pela coleta de águas residuárias ou servidas, pelos coletores ou emissários de esgoto.*
>
> *Parágrafo único - O montante mensal da tarifa de esgoto será fixada em 60% (sessenta por cento) ao que for cobrado pelo fornecimento de água, durante o mesmo período, exceto nos casos em que o imóvel disponha de suprimento próprio de água.*"

A partir da leitura do dispositivo, poderia se depreender que quem consumisse água e utilizasse a rede coletora de esgotos, pagava as tarifas de água e de esgoto, e quem possuísse suprimento próprio de água e utilizasse apenas a rede de esgotos, como era o caso do *shopping center* então autor da demanda, deveria pagar somente por este último serviço correspondente.

Acesso ao Sumário

Ocorre que, ao disciplinar a forma de cálculo das tarifas de esgoto, isoladas das tarifas de água, referido dispositivo de lei a atrelou a percentual (60%) do que fosse cobrado pelo fornecimento de água, critério este que vinha sendo indiscriminadamente adotado pela autarquia de Bauru no cálculo das tarifas de esgoto cobradas do *shopping center*, tal como consignado no acórdão rescindendo. A cobrança do referido valor a título de tarifa, contudo, era manifestamente indevida, uma vez evidenciado nos autos que o *shopping center* em questão dispunha de poços artesianos para fornecimento de água, ilegalidade que foi devidamente reconhecida pelo aresto rescindendo, tendo em vista a clara

exceção à cobrança prevista no parágrafo único supra transcrito: "*...exceto nos casos em que o imóvel dispunha de suprimento próprio de água*".

Destarte, independentemente da interpretação adotada, resta claro que a forma de cobrança perpetrada pelo DAE de Bauru, ao calcular a tarifa de esgoto em função do volume de água extraído pelo consumidor de seu próprio poço artesiano, não estava respaldada em qualquer norma legal. Daí inexistirem dúvidas do acerto do v. acórdão rescindendo em relação à ilegalidade da cobrança, que passou a ser possível somente com autorização expressa a partir do advento da Lei Municipal n. 4.826/02, que alterou a redação do mencionado art. 4º, *in verbis*:

> "*§ 1º - O montante mensal da tarifa de esgoto será fixada em 60% (sessenta por cento) ao que for cobrado pelo fornecimento de água, durante o mesmo período, inclusive nos casos em que o imóvel disponha de suprimento próprio de água.*"

Assim, em relação ao período reconhecido pelo acórdão rescindendo, de 1989 até a entrada em vigor da Lei Municipal nº 4.826/02, em 10.05.2002, revela-se perfeita a conclusão de que não foi demonstrada nos autos eventual autorização para a cobrança perpetrada em face do *shopping center*, que se reputa ilegítima, ante a lacuna legislativa. O art. 4º, parágrafo único, da Lei Municipal nº 1.636/72, em sua redação original, excepcionou da cobrança da tarifa de esgoto os casos em que o imóvel disponha de suprimento próprio de água, circunstância fática que não se discute no caso em exame e que em razão da lacuna da lei parece não possuir hipótese de incidência.

Eis precedente, a respeito, emanado da Colenda 32ª Câmara de Direito Privado deste Tribunal:

> "Prestação de serviços. Ação declaratória julgada procedente em 1º grau para desconstituir a cobrança indicada na inicial relativa a serviço de esgoto. Lei Municipal que dispõe sobre a matéria estabelecendo o fornecimento de água como base de cálculo, excepcionando os casos de imóvel que dispõe de suprimento próprio de água. Omissão quanto a base de cálculo para a hipótese que excepciona. Imóvel da autora que conta com suprimento próprio de água, enquadrando-se na exceção legal. Matéria adstrita a diplomas municipais. Exege do art. 337 do Código de Processo Civil. Autarquia/ré que em sede de defesa deixa de apresentar a base legal para a cobrança efetuada, invocando-a em sede de recurso. Momento processual inadequado. Lide decidida à luz dos elementos trazidos aos autos pela parte. Recurso improvido." (Apelação nº 934316-0/4, Bauru, Rel. Des. Ruy Coppola).

Assim, contrariamente ao que tenta fazer crer o autor desta presente ação rescisória, o julgado que se pretende rescindir, ao reconhecer a ilegitimidade da cobrança, deu aplicação a disposição expressa e literal de lei, que não permitia a adoção do critério de cálculo da tarifa de esgoto tal como utilizado pela autarquia

Acesso ao Sumário

municipal.

Por outro lado, somente nesta ação rescisória o autor logrou esclarecer que à época existia um critério substitutivo para cálculo da tarifa de esgoto nos casos de suprimento próprio de água, nos quais era inviável o cálculo em função de inexistente volume de água fornecido. Nesta oportunidade, o DAE de Bauru vem esclarecer que tal critério para cálculo, aplicável ao caso do *shopping center* em questão, encontra-se previsto no Decreto Municipal nº 1.865/72, que regulamentou a Lei Municipal nº 1.636/72 e assim dispôs no seu art. 5º, parágrafo único:

"Para os prédios dotados apenas de ligação de esgoto, a tarifa será calculada com base em um volume de água consumida por mês, equivalente a 15m³".

Assim, especificamente diante do disposto no decreto, procederia o inconformismo do autor desta rescisória contra a repetição de indébito autorizada pelo acórdão rescindendo.

Sucede, no entanto, que para tentar desconstituir o julgado proferido pela Colenda 25ª Câmara de Direito Privado deste E. Tribunal o autor invoca em seu favor disposições de diplomas municipais, particularmente o Decreto Municipal nº 1.865/72.

Não merece prevalecer a pretensão rescisória, contudo, pois não é possível reconhecer eventual violação ao referido decreto municipal, que sequer foi invocado na ação anterior.

Afinal, apesar da irresignação do autor DAE de Bauru, o que se percebe a partir das peças da ação original, que instruem esta ação rescisória, é que em nenhum momento da tramitação da demanda de origem, nem mesmo em sede de contrarrazões de apelo ou dos embargos declaratórios opostos em Segundo Grau de jurisdição, o autor chegou a fazer alguma referência ao Decreto Municipal nº 1.965/72, que poderia hipoteticamente conduzir a desfecho diverso na pretensão de repetição de indébito.

Acesso ao Sumário

Naquela demanda o ora autor limitou-se a invocar em sua defesa face ao *shopping center* apenas as disposições da Lei Municipal nº 1.636/72, e alterações supervenientes introduzidas pela Lei Municipal nº 4.826/02, padecendo aquela lei municipal, contudo, de omissão em relação a cálculo da tarifa de esgoto nos casos de suprimento próprio de água.

Sendo esse o contexto, cabia ao réu da ação originária, o DAE de Bauru, demonstrar ou ao menos indicar base legal para manter a cobrança de tarifa de esgoto em face do consumidor. Sendo ilegítima a forma de cálculo realizada com base no art. 4º, parágrafo único, da Lei Municipal nº 1.636/72, que partia de volume de água que não era distribuído ao *shopping*, deveria ter ao menos indicado de que modo poderiam ser calculadas as tarifas de esgoto, as únicas

devidas na hipótese em comento. No entanto, na falta de qualquer indicação ou demonstração por parte da prestadora dos serviços, tanto na contestação à demanda originária, quanto nas manifestações processuais subsequentes, reputa-se perfeito o acórdão rescindendo ao reconhecer que nesse caso prevalece a ilegitimidade da cobrança até então perpetrada em face do *shopping center*.

Com efeito, não se deve cogitar de violação de literal dispositivo nem sequer invocado pelo autor desta rescisória, sendo certo que a rigor o dispositivo nem se encontra em texto de lei, mas em decreto municipal, inexistindo fundamento para a rescisão de julgado levado a efeito em observância aos princípios e garantias constitucionais e processuais, representando título judicial dotado de higidez.

Frise-se que o dispositivo que ampara a possibilidade de cobrança da tarifa pelo autor não foi por ele invocado no processo originário e em relação ao direito municipal, excepcionalmente, o ônus de sua comprovação incumbe à parte que o alegar (art. 337 do CPC). Assim, sendo interesse do DAE de Bauru amparar e legitimar a cobrança das tarifas de esgoto, cabia- lhe ao menos indicar o fundamento em relação aos imóveis com suprimento próprio de água, que foram excepcionados da regra geral estabelecida na Lei Municipal nº 1.636/72, e apresentar qual o critério específico e correspondente para o cálculo.

Porém, não o fazendo, deve prevalecer a conclusão do v. acórdão rescindendo no sentido de que a legislação municipal até então apresentada entre as partes evidentemente não permitia a cobrança tal como vinha sendo perpetrada em face do *shopping center*. Não pairam dúvidas sobre a aplicação feita em relação à Lei Municipal nº 1.636/72 e suas alterações posteriores, que passaram a permitir de forma expressa a cobrança apenas a partir de maio de 2002, tal como já ressalvado no aresto.

Caso se entenda de modo diverso, acolhendo-se a pretensão inicial, na realidade a rescisória estaria a vingar por suposta violação de *decreto municipal* - sequer invocado no tempo próprio pela parte -, o que não se pode admitir.

Por fim, além de inexistir a propalada violação a dispositivo de lei, tampouco se vislumbra na espécie o alegado erro *de fato*, capaz de conduzir à rescisão do julgado com fundamento no art. 485, inciso IX, do CPC. Afinal, inexiste equívoco na aplicação adequadamente feita e restrita à legislação (municipal) posta a debate pelas partes, e no caso em exame o autor da rescisória não discute o contexto fático objeto de enquadramento legal, mas apenas o fundamento legal e a forma de tarifação aplicáveis ao caso de imóvel com suprimento próprio de água.

Uma vez impossibilitada a adoção do percentual de 60% do fornecimento de água, serviço inexistente na hipótese, não se exigia da Turma Julgadora a criação no caso concreto de outro critério que permitisse a tarifação, e tampouco

Acesso ao Sumário

o conhecimento da regra específica municipal estabelecida no art. 5º, parágrafo único, do Decreto Municipal nº 1.865/72.

Ante o exposto, julga-se improcedente a pretensão rescisória, com a extinção do processo, resolvido o mérito, nos termos do art. 269, inciso I, do Código de Processo Civil. A autarquia municipal fica dispensada das custas processuais, arcando com os honorários advocatícios do réu Condomínio Bauru Shopping Center, ora arbitrados em R$ 2.000,00 (dois mil reais), consoante os critérios das alíneas "a", "b" e "c" do § 3º do art. 20 do CPC.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Ação Rescisória nº 2097528-15.2014.8.26.0000, da Comarca de Sorocaba, em que são autores REGINA STECCA CHARTONE e MARCOS VINÍCIUS GOMES CHARTONE, é ré VALÉRIA VALENTE CHARTONE.

ACORDAM, em Grupo Reservado de Direito Empresarial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Indeferiram o pedido de adiamento do feito e julgaram improcedente a ação. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 29740)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores PEREIRA CALÇAS (Presidente), MAIA DA CUNHA, TEIXEIRA LEITE, ARALDO TELLES, JOSÉ REYNALDO e RICARDO NEGRÃO.

São Paulo, 8 de outubro de 2014.

ENIO ZULIANI, Relator

Ementa: Ação rescisória contra Acórdão da 1ª Câmara de Direito Empresarial que, ao examinar recurso tirado de sentença que extinguiu ação sem resolução de mérito (ilegitimidade ativa *ad causam*) aplicou o art. 515, § 3º, do CPC, para julgar improcedente a ação.

Vencidos que não se conformam e sem fatos novos procuram desestruturar a lógica do julgamento, suscitando questões processuais infundadas (incompetência e inobservância de litisconsórcio passivo necessário). Esses vícios, como os demais suscitados, não existiram e não há mácula que comprometa a eficácia do julgado. Questão envolvendo

Acesso ao Sumário

suposta responsabilidade de sócia que cede suas quotas quando o contrato não prevê assunção por dívidas anteriores, o que animou a Turma Julgadora concluir que no preço do negócio estava embutido o passivo assumido.

A ação rescisória não é instrumento para discutir eventual injustiça e deverá ser rejeitada de plano quando utilizada com o propósito de prolongar o desfecho da lide.

Ação que se rejeita pelos improcedentes motivos, indeferido o pedido de adiamento do julgamento.

VOTO

Vistos.

Essa ação rescisória surgiu devido ao julgamento da 1ª Câmara Reservada de Direito Empresarial, na sessão do dia 5.12.2013, quando a Turma Julgadora (relator Desembargador Francisco Loureiro, revisor o Desembargador Fortes Barbosa e terceiro o Desembargador Alexandre Marcondes) ao negar provimento ao recurso, aplicou o art. 515, § 3º, do CPC para julgar improcedente uma ação indenizatória (Ap. nº 0036718-87.2010.8.26.0602).

Os vencidos não se conformam com o resultado e convém esclarecer qual era o objetivo da ação desacolhida pelo Acórdão. Os autores são sócios de uma sociedade e consideram que uma ex-sócia (Valéria Valente Chartone) responde, na proporção do capital social que detinha (50%), pelas dívidas da empresa cujas quotas foram cedidas (Nacional Equipamentos e Soldas Ltda. ME).

O primeiro fundamento da rescisória envolve aspecto relacionado com a competência (art. 485, II, do CPC), conforme exposto no item VII da inicial. Isso porque haveria competência firmada pela prevenção (Sétima Vara Cível de Sorocaba) devido ao ajuizamento precedente de uma execução (dos cheques que foram passados para pagamento do preço da cessão) por Júlio Cesar Gomes Chartone (marido de Valéria) contra a autora Regina.

O outro fundamento se insere nos incisos V e IX, do CPC, diz respeito a não observância de litisconsórcio obrigatório (art. 47, do CPC). Os autores entendem que não seria possível ultimar o veredicto sem a presença do marido da ré (Júlio Cesar), que cedeu as quotas da sociedade Nacional Armazéns Gerais.

O último fundamento é o mais amplo e envolve questões relacionadas com a impossibilidade jurídica de ser emitido julgamento de mérito (art. 515, § 3º, do CPC), sem pedido das partes e julgamento fora do pedido (não teria examinado os fatos relacionados com os prejuízos que a ré concretizou depois da cessão), invocando os artigos 128 e 460, do CPC, para encerrar com ênfase

Acesso ao Sumário

para o art. 320, do CC. Os autores se sentem vítimas do famigerado fenômeno *reformatio in pejus*.

Esse é o relatório que precede apresentação dos motivos da decisão em tópicos para facilitar a compreensão dos exames.

I - Sustentação oral e adiamento.

Apregoada a rescisória, surgiu questão de ordem diante de requerimento subscrito por Advogado despido de procuração e sem qualquer documento. Tratava-se de pedido de adiamento para sustentação oral e o subscritor estava presente e indagado se pretendia sustentar, respondeu negativamente. Indagado se possuía procuração, disse não possuir e não protestou pela juntada de substabelecimento, esclarecendo que o advogado da autora não chegou na Corte por ter sofrido "mal súbito", o que causou perplexidade diante do fato de não ter sido alegado nada a respeito de eventual impossibilidade de comparecimento ou justificado o adiamento pelo motivo suscitado. Ademais e nos dias anteriores os gabinetes dos Desembargadores receberam memoriais, o que confirmava a plena atividade dos advogados. Colocada em votação e com exceção do voto do Desembargador José Reynaldo, foi deliberado indeferir o pedido para que prosseguisse o julgamento em homenagem ao princípio da duração razoável do processo (art. 5º, LXXVIII, da Constituição Federal).

II - Necessidade de rejeição de plano da inicial que traduz uma pretensão manifestamente infundada.

As ações rescisórias são excepcionais e merecem interpretação diferenciada. São ações comparadas ao rescaldo que ameaça reacender o conflito encerrado pela jurisdição, porque o seu objetivo prolonga a litigiosidade e impede que a coisa julgada se concretize com o poder garantido pela Constituição Federal (art. 5º, XXXVI, da Constituição Federal). Embora a ação rescisória coloque em perigo o fator segurança jurídica que se busca alcançar com a pacificação definitiva, o seu aspecto positivo está em eliminar vícios do julgamento, até porque justiça orgulhosa de seu nome não se faz com veredictos capengas e com interrogações pontuadas por erros, conluios, provas falsas e outros itens elencados como fundamentais para admissibilidade da ação (art. 485, do CPC).

Acesso ao Sumário

O insuperável RUY BARBOSA assinou memoriais em conjunto com Clóvis Bevilaqua e Bulhões Carvalho no caso Cia. Agrícola e Comercial do Brazil, quando escreveu o seguinte (*Nullidade e Rescisão de Sentenças*, RJ, Imprensa Nacional, 1912, p. 12):

"*Essas decisões foram proferidas tantas vezes contra direito expresso e terminante disposição de lei que, se uma hipótese tal não é da retractatio sententiae, a do judicium rescindens admitida no direito pátrio sob o nome de ação rescisória, não sei onde se logrará caber, contra o erro e o arbítrio dos*

tribunais, esse remédio supremo, consagrado no reg. N. 737, de 1850, art. 681, § 4º, como meio de anular as sentenças".

Não é o caso e prosseguindo nesse introito, convém registrar que exatamente pela excepcionalidade dessa ação cuja tipicidade é restrita, fica o Tribunal autorizado a examinar com lupa de lentes grossas a admissibilidade de uma inicial protocolizada para prolongar o desfecho do litígio, sem o que não se breca a sequência de uma provocação sem chance alguma de construir algo útil para o sentido da efetividade da jurisdição. A solução de processos depende de julgamentos legais e que se realizem em tempo razoável (arts. 5º, XXXV e LXXVIII, da Constituição Federal), o que transforma em dever o trabalho de filtrar as ações viáveis. Nesse contexto e baseado no princípio da perfeita adequação dos pressupostos processuais, é de rigor reconhecer a manifesta improcedência da ação e logo extinguir a lide, tal como preconiza o STJ (AR 4621/SP, DJ de 13.10.2011 e AgRg no REsp. nº 1.354.845 RN, DJ de 11.6.2014).

III - A inexistência do afirmado vício da incompetência.

Os autores iniciam o libelo invocando o art. 485, II, do CPC e lembram, também, do art. 106, do CPC. Não havia incompetência do Juízo da Terceira Vara de Sorocaba (que julgou extinta a ação por ilegitimidade ativa *ad causam*), como competente é a 1ª Câmara Reservada de Direito Empresarial para o reexame, por uma simples e indestrutível razão: as ações são diferentes e não guardam conexão ou continência (arts. 103 e 104, do CPC). Os autores não pretenderam rescindir o contrato, mas, sim, exigir indenização de um dos cedentes, sendo que a execução é de cedente diverso, porque as quotas que foram por ele cedidas são de outra sociedade jurídica. Portanto, não inexiste identidade das partes e o conteúdo da ação ordinária não repercute na exigibilidade dos cheques. Assim, poderia o juiz reunir as ações por conveniência e não por obrigatoriedade (art. 106, do CPC), de modo que ganha relevo, agora, a não provocação do fato *opportuno tempore*, o que é decisivo para rechaçar a pretensão dos autores.

Ora, se os autores não peticionaram no sentido de alertar o Juízo sobre a existência de ações paralelas e sequer comunicou o Tribunal, não poderia explorar esse fundamento quando o resultado desfavorável foi anunciado, porque isso representa um argumento que traduz uma inutilidade, em virtude da autonomia das ações referidas. A execução promovida pelo marido da autora não sofre reveses com o questionamento que se fez na ação solucionada pelo Acórdão relatado pelo Desembargador Francisco Loureiro, o que autoriza concluir que se esse argumento for aceito como premissa de abertura da ação rescisória, estaria o Tribunal admitindo a vulnerabilidade de sentenças passadas em julgado por teses infundadas e importunas, o que é um absurdo para o regime de estabilidade jurídica. Urge desde logo por cobro a tais insinuações.

Acesso ao Sumário

IV - Os limites subjetivos da lide e o inconsistente argumento de litisconsórcio passivo obrigatório não respeitado (art. 47, do CPC).

Conforme observado das peças oferecidas para exame, o marido da ré (Júlio Cesar). A ré está sendo acionada para indenizar supostos prejuízos que deu causa na empresa denominada Nacional Equipamentos e Soldas Ltda. ME., enquanto que Júlio Cesar cedeu as quotas da Nacional Armazéns Gerais (item 48 da inicial da rescisória). Júlio Cesar executa os cheques do negócio jurídico que celebrou e diante da desigualdade do objeto dos contratos e da personalidade jurídica distintas das sociedades cujas quotas foram negociadas, não há como cogitar da repercussão da sentença na esfera patrimonial de Júlio. A ação rejeitada pelo Acórdão da Câmara Empresarial não modifica a relação jurídica de Júlio e sequer é capaz de sugerir uma suposta compensação, o que permite reconhecer que Júlio deve permanecer distante do presente processo, o que coincide com o entendimento dos autores.

Os autores que agora querem obter a nulidade do processo que perderam por falta de intervenção de Júlio foram os primeiros que entenderam não existir lugar para ele no expediente, tanto que não o incluíram no polo passivo. Não teria sentido aceitar a tese de um inexistente litisconsórcio para retroceder o trabalho jurisdicional e permitir o caminhar da presente ação rescisória. Não seria jurídico que, de ofício, fosse determinada a citação de Júlio como litisconsorte, porque ele não é sujeito da relação jurídica produtora da ação que terminou com a decisão rescindenda, de sorte que não há erro algum (art. 485, IX), como ofensa a literal dispositivo de lei (art. 485, V, do CPC).

V - Justiça da decisão de improcedência e obrigatoriedade de um ponto final.

Os Desembargadores interpretaram o contrato e concluíram que as partes celebraram a cessão das quotas da sociedade Nacional Equipamentos e Soldas Ltda., sem introduzir cláusula dispondo sobre a responsabilidade da cedente pelas dívidas da sociedade até o momento da transferência, de modo que não caberia entender que uma regra que foi lançada no contrato social (que o sócio retirante fica livre somente após quitar todas as suas obrigações com a pessoa jurídica) incide para justificar o pagamento de dívidas que a sociedade contraiu com terceiros. O Acórdão é transparente ao anotar que o sentido da regra do estatuto diz respeito ao dever de integralizar o capital social e não responder por dívidas da sociedade para com terceiros. Partindo desse raciocínio e considerando que não seria jurídico invocar o art. 1032, do CC, a Turma julgou a ação improcedente.

O art. 1032, do CC, estabelece que o sócio que se retira ficará responsável para com terceiros (e não para a sociedade ou novos sócios) até dois anos contados da averbação, o que corresponde ao entendimento doutrinário citado

Acesso ao Sumário

no voto condutor. Assim e se a requerida (cedente) não se obrigou pelo contrato e sequer legalmente vinculada está nas obrigações mencionadas, não teria propósito constituir sentença condenatórias de dívidas sobre as quais não possui responsabilidade.

Cabe inicialmente enfatizar que o Tribunal não depende de provocação formal para fazer incidir o art. 515, § 3º, do CPC, porquanto a única condição a ser observada é aquela da causa madura, ou seja, se o processo que chega a Corte com sentença de extinção sem resolução de mérito estiver recheado de provas e elementos que permitam solução de fundo, cabe apresentá-la. Foi o que a Turma Julgadora fez e de forma escorreita, com argumentos sólidos e jurídicos que, em nenhum instante, foram abalados. Os autores citam o art. 320, do CC e pretendem fazer crer que quando estabeleceram que a compensação dos cheques representativos do preço dependia de cumprimento das obrigações dos cedentes, foi inserida, implicitamente, a responsabilidade pelas dívidas da sociedade.

Não há como transferir ao instrumento de quitação a prova de uma cláusula digna de uma redação precisa e objetiva. A quitação prova o pagamento e mais nada e salvo quando o documento contiver outro sentido, se poderá substituir a cláusula inexistente pelo conteúdo redigido. Não há absolutamente nada indicando a assunção de obrigações por dívidas anteriores e para com terceiros, sendo inarredável a certeza de que o negócio teve como base objetiva o passivo conhecido e assumido pelos cessionários.

Não ocorreu o famigerado fenômeno conhecido como *reformatio in pejus*. O ilustre EDUARDO ARRUDA ALVIM exaltou que o Tribunal pode agir oficiosamente e aplicar o dispositivo (art. 515, § 3º) da forma que lhe pareça mais adequada e não incidirá na proibição da reforma para pior ("Anotações sobre o novo § 3º, do art. 515, do CPC", in *Linhas Mestras do Processo Civil*, coordenação de Hélio Rubens Batista Ribeiro Costa, José Horácio Halfed Rezende Ribeiro e Pedro da Silva Dinamarco, Atlas, 2004, p. 195).

O Tribunal examinou uma sentença de extinção, por ilegitimidade ativa e, ao analisar os fatos e fundamentos jurídicos, declarou o equívoco da extinção, sem resolução de mérito, apontando que o correto seria anunciar a improcedência. Todos os litigantes que desafiam uma sentença de extinção, sem resolução de mérito, estão expostos ao comando do art. 515, § 3º, do CPC e isso passou a ser um desmembramento natural do que se chama princípio da devolutividade plena. O Tribunal quando aplica o art. 515, § 3º, do CPC, não fica preso ao aspecto titularidade do recurso e poderá julgar de acordo com a convicção de seus integrantes, como, aliás, defendeu com propriedade o eminente Magistrado FERNÃO BORBA FRANCO ("Vicissitudes do duplo grau de jurisdição: o art. 515, § 3º, do CPC", in *Os poderes do juiz e o controle das decisões judiciais - estudos em homenagem à Professora Teresa Arruda*

Acesso ao Sumário

Alvim Wambier, coordenação de José Miguel Garcia Medina, Luana Pedrosa de Figueiredo Cruz, Luis Otávio Siqueira de Cerqueira e Luiz Manoel Gomes Júnior, RT, 2008, p. 699):

"*Por esses motivos, é desnecessário pedido formulado pelo recorrente, no sentido de que o Tribunal ad quem passe ao julgamento do mérito da demanda, não conhecida ainda pelo juízo de primeiro grau. Aliás, ainda que formule pedido expresso para que o Tribunal ad quem julgue apenas a primeira das pretensões bifrontes e devolva ao conhecimento do juízo a quo, deverá o Tribunal, se possível, conhecer do mérito da demanda, julgando ambas as pretensões do autor. Afinal, a tutela jurisdicional deve ser prestada da forma mais eficaz e rápida possível, tanto em benefício das partes, como do próprio Estado, obrigado a tanto*".

A improcedência da ação salta aos olhos e aos sentidos de quem lê as peças e a presente ação rescisória constitui uma tentativa de evitar que esse resultado se perpetue como expressão da justiça. A requerida não responde pelas dívidas e quando o Tribunal julgou improcedente o fez pela causa e pelo pedido, lembrando que o pedido expresso foi de condenação da ré em R$ 123.370,00 "que corresponde à 50% de todos os débitos arcados pelos autores e contraídos pela sociedade quando da gestão da ré até a data de sua saída" (rodapé de fls. 13). Ora, não há como incluir, nesse momento, alegações de que o pedido abarcaria práticas ou condutas da ré mesmo depois de ter saído da sociedade, porque o pedido não foi finalizado com essa exposição, mas, sim, pela responsabilidade de dívidas até a data da sua saída. O Acórdão seguiu os limites objetivos da lide e não cometeu falhas de invasão ou julgamento fora do pedido (arts. 128 e 460, do CPC).

Examinados todos os argumentos, vê-se que não há a menor probabilidade de se desconstituir o julgado, que adotou a interpretação razoável e fruto do convencimento e competiria acrescentar, ainda, que a autora, como sócia, seria a primeira a exigir uma cláusula de responsabilidade pelas dívidas de gestão, até porque ele administrava a sociedade. Então, não há motivo para prosseguir com a ação rescisória, sendo contraproducente e antieconômico determinar a citação para que, no futuro, tenha ou não resposta, lavre a Corte Acórdão rejeitando a rescisória. Melhor que se imponha o resultado agora.

VI - Dispositivo.

Pelo exposto e por absoluta falta de pressuposto para tipificar os itens da ação rescisória e pelos infundados motivos, julga-se improcedente a ação, autorizando os autores ao saque do depósito realizado.

Acesso ao Sumário

Agravos de Instrumento

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2178646-13.2014.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é agravante SERVIMED COMERCIAL LTDA., é agravado RED FARMA DISTRIBUIDORA LTDA..

ACORDAM, em 19ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 27.795)**

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

São Paulo, 10 de novembro de 2014.

RICARDO NEGRÃO, Relator

Ementa: DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA - Requisitos - Aplicação da teoria com fundamento na dissolução irregular da empresa, e na insuficiência de bens penhoráveis - Improcedência - Hipótese em que toda falência ou insolvência civil de sociedades exigiria a arrecadação dos bens pessoais dos sócios - Necessidade de prova da confusão patrimonial ou do desvio da finalidade social descrita no estatuto constitutivo, com intuito fraudatório (teoria maior) - Manutenção da decisão combatida - Agravo de instrumento não provido.

Dispositivo: Negam provimento ao recurso.

Acesso ao Sumário

VOTO

Agravo de instrumento interposto por Servimed Comercial Ltda. dirigido à 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 que promove

contra Red Farma Distribuidora Ltda..

A nobre Magistrada indeferiu a desconsideração da personalidade jurídica. Ponderou que a dissolução irregular e a insolvência da pessoa jurídica, por si só, não dão azo ao deferimento, bem como necessária a comprovação de fraude, abuso de direito, desvio de finalidade ou confusão patrimonial. Determinou a manifestação do exequente para o regular andamento do feito (fls. 20-21).

Inconformada, a empresa recorrente interpôs o presente agravo de instrumento sustentando que a empresa agravada encerrou irregularmente suas atividades, e que na tentativa de se esquivar de suas obrigações, permanece com situação cadastral de ativa, e que as diligência na busca de bens em nome da suplicada, restaram infrutíferas, inclusive em relação ao veículo apontado.

Diz que abusa da personalidade jurídica por manter o endereço desatualizado perante órgãos do Poder Executivo, sendo flagrante a utilização de meio fraudulento para se furtar ao pagamento de credores, assim como inexistentes bens em seu nome que garantam a execução, e, portanto, a decisão deve ser reformada (fls. 1-9).

Preparo em fls. 71-72.

É o relatório.

O recurso é tempestivo. A decisão combatida foi disponibilizada no Diário da Justiça eletrônico aos 26 de setembro de 2014 (sexta-feira, fl. 22), e considerada publicada no dia útil seguinte (29/9/2014). Por sua vez, conforme consulta ao sistema interno deste E. Tribunal, a via digital do agravo de instrumento foi recebida aos 9 de outubro de 2014, último dia inserido no decêndio legal.

O recurso não comporta provimento.

Nas palavras de Roberto Senise Lisboa, desconsideração da personalidade jurídica é "instituto que permite a responsabilidade do administrador, gerente ou representante legal da pessoa jurídica, que, ao agir em seu nome, pratica ato lesivo aos interesses de terceiro, em abuso de poder ou desvio de finalidade da sociedade" (Manual Elementar de Direito Civil, vol. 1, 2ª ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 2002, p. 247).

É indispensável, em todos os casos, provar que a pessoa jurídica, da qual faz parte a pessoa natural atingida pela desconsideração, pratica, por atos inequívocos de seus sócios, abusos caracterizados por desvio de finalidade na constituição da sociedade ou pela confusão patrimonial.

Constatado o abuso da personalidade jurídica (art. 50 do CC/02) a autonomia patrimonial da sociedade é inoponível temporariamente ao credor prejudicado, permitindo-se a responsabilização patrimonial dos sócios.

A turma julgadora entende aplicável, portanto, somente a teoria maior

Acesso ao Sumário

da desconsideração que exige a prova da confusão patrimonial ou do desvio da finalidade social descrita no estatuto constitutivo, com intuito fraudatório.

Sobre a caracterização do abuso da personalidade jurídica leciona Fábio Ulhoa Coelho que "Se a autonomia da sociedade não impede a imputação de responsabilidade ao sócio ou administrador, não existe nenhuma desconsideração. Em outros termos, cabe invocar a teoria quando a consideração da sociedade empresária implica a licitude dos atos praticados, exsurgindo a ilicitude apenas em seguida à desconsideração da personalidade jurídica dela. Somente nesse caso se opera a ocultação da fraude e, portanto, justifica-se afastar a autonomia patrimonial, exatamente para revelar o oculto por trás do véu da pessoa jurídica."

"Em outros termos, enquanto o ato é imputável à sociedade, ele é lícito. Torna-se ilícito apenas quando se o imputa ao sócio, ou administrador. A desconsideração da personalidade jurídica é a operação prévia a essa mudança na imputação. A sociedade empresária deve ser considerada exatamente se for obstáculo à imputação do ato a outra pessoa. Assim, se o ilícito, desde logo, pode ser identificado como ato de sócio ou administrador, não é caso de desconsideração." (Curso de Direito Comercial, vol. 2, 5ª ed., São Paulo, Saraiva, 2002, p. 42).

Feitas essas observações, consigna-se que justamente porque extraordinário o superamento da personalidade jurídica, o ônus da prova do abuso da personalidade jurídica é do credor prejudicado.

No entendimento da agravante, a responsabilidade deve recair sobre o patrimônio dos sócios, pois a conduta da recorrida denota indícios de fraude e resistência injustificada no cumprimento da obrigação assumida. Afirma estar comprovado - principalmente pela dissolução irregular da empresa, mas também pela impossibilidade de localização de bens pertencentes a ela - o abuso efetuado pela pessoa jurídica agravada, pois se encontra em endereço incerto e não sabido.

Embora tais fatos, em tese, possam caracterizar a existência de abuso por parte dos sócios e, em consequência, a aplicação da Disregard Doctrine, deve-se atentar que nem sempre levará à desconstituição da personalidade jurídica, devendo-se distinguir hipóteses em que há infelicidade negocial de outras, nas quais se evidencia a intenção dolosa. Carlos Celso Orcesi da Costa, com acentuada clareza escreve sobre o que se deve entender pelas expressões atos ilegais ou atos de violação do contrato social: "aqueles dolosamente praticados e dirigidos para deliberadamente prejudicar terceiros. Assim, não pagar um fornecedor é ato ilegal; constitui uma falta. Mas para os fins dos princípios da responsabilidade o não pagar pode configurar ou não uma violação da lei ou do contrato social. Se a sociedade não paga por estar impossibilitada, por motivo justo, o credor pode cobrar da empresa, mas não há infração dolosa, nem

Acesso ao Sumário

responsabilidade contingente. Se a sociedade desvia o numerário, e não paga ou se em estado pré-falimentar, sai por aí comprando sem lastro, evidencia-se o dolo, e, conseqüentemente, haveria responsabilidade" (Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro Ano XXIII, Nova Série, nº 56, out/dez 1984, citado em Manual de Direito Comercial, Ricardo Negrão, 2ª ed., Bookseller, 2000, p. 316).

Este Relator teve a oportunidade de escrever: "não-satisfação dos credores não é, por si só, caracterizadora da fraude exigida para aplicação do superamento da personalidade jurídica. Se assim fosse, toda falência ou insolvência civil de sociedade exigiria a arrecadação dos bens sociais dos sócios. A lei exige mais: o uso abusivo da personalidade jurídica, cuja caracterização deve ser objeto de apreciação judicial, caso a caso. Na questão patrimonial, as perdas havidas durante a vida da sociedade devem estar suficientemente demonstradas por uma escrituração regular e precisa que ampare a tese da infelicidade nos negócios. Entretanto, se o desaparecimento de bens do patrimônio não puder ser justificado, e os sócios não indicarem claramente seu destino, a fraude está evidenciada. Ficará patente a confusão patrimonial entre as pessoas dos sócios e a pessoa jurídica por eles constituída" (Manual de Direito Comercial e de Empresa, v.1, 3ª ed., 2003, Saraiva, p. 261).

Nesse sentido:

SOCIEDADE COMERCIAL - RESPONSABILIDADE LIMITADA - Estado de insolvência da empresa e encerramento irregular de suas atividades comerciais não constitui pressuposto bastante para a decretação da desconsideração da personalidade jurídica da empresa - Inteligência do artigo 50, do CC/02 - e indispensável a prova robusta de abuso da personalidade jurídica da empresa caracterizada pelo desvio da finalidade ou pela confusão patrimonial - Inadmissibilidade de incidência de penhora sobre seus bens pessoais - Recurso provido (Agravo de Instrumento nº 7295850800, Relator(a): Paulo Hatanaka, 19ª Câmara de Direito Privado, julgado em 26/01/2009, registrado em 19/02/2009)

DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA - Ausência de indícios de prática de ilícito contratual ou de abuso da personalidade jurídica - "Inexistência de bens penhoráveis - Fato que, por si só, não autoriza a aplicação da disregard doctrine medida excepcional - Recurso manifestamente improcedente, ao qual se nega seguimento (Recurso nº 7328122200, Relator(a): Pedro Ablas, 14ª Câmara de Direito Privado, registro em 05/02/2009)

Como afirmado, a mera infelicidade nos negócios não é suficiente para aplicação do art. 50 do Código Civil, mostrando-se necessário ainda que o decréscimo patrimonial não esteja justificado.

Acesso ao Sumário

Assim, visto que a matéria suscitada pela empresa agravante está a exigir prova que indique a existência de fraude, por ato próprio da recorrida, visando prejudicar credores, bem como em razão de os critérios objetivos do dispositivo mencionado não terem sido evidenciados no caso concreto, andou certo a i. Julgadora monocrática Dra. Caren Cristina Fernandes de Oliveira ao concluir inexistir prova da ocorrência das hipóteses autorizadoras da desconsideração da personalidade jurídica.

Em razão do exposto, nega-se provimento ao recurso.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2100182-72.2014.8.26.0000, da Comarca de Campinas, em que é agravante QUALITY BANK COBRANÇAS LTDA., são agravados WILSON DE ALMEIDA PASSOS e WALTER DE ALMEIDA PASSOS.

ACORDAM, em 20ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 29008)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores ÁLVARO TORRES JÚNIOR (Presidente), CORREIA LIMA e LUIS CARLOS DE BARROS.

São Paulo, 10 de novembro de 2014.

ÁLVARO TORRES JÚNIOR, Relator

Ementa: EXECUÇÃO DE TÍTULO EXTRAJUDICIAL - Desconsideração inversa da personalidade jurídica de empresa individual - Desnecessidade - Sendo o empresário individual, ou integrante de firma individual, a própria pessoa física se confunde com a jurídica, não havendo diferenciação, pois a pessoa jurídica distinta é mera ficção tributária para o fim exclusivo de tratamento fiscal - Cabimento (em execução movida contra a pessoa física) de penhora "on line" sobre eventuais contas mantidas pela empresa individual, conforme o número de cadastro da pessoa jurídica - Recurso provido.

Acesso ao Sumário

VOTO

1. Agravo de instrumento contra a decisão proferida em execução de título extrajudicial e que indeferiu os pedidos formulados pelo exequente-agravante, o de ser declarada a responsabilidade patrimonial solidária e ilimitada do empresário em relação à dívida excutida, bem como deferir a desconsideração inversa da personalidade jurídica da empresa individual do coexecutado, Wilson de Almeida Passos.

Recurso processado sem efeito ativo, sem resposta dos agravados, sendo dispensada a requisição de informações ao juiz da causa.

2. Pelo que se infere dos autos, a execução foi proposta pela agravante contra Wilson de Almeida Passos e Walter de Almeida Passos, mas não foram localizados bens dos devedores que pudessem ser penhorados, sendo infrutífera a tentativa de bloqueio *on line* de valores (cf. fls. 27-29 e 38).

Pediu o agravante a desconsideração inversa da personalidade jurídica da empresa "Clicheria Promocort Ltda.", ao fundamento de que as quotas pertencentes a ambos os sócios (os executados Wilson e Walter) foram transferidas a terceiro (cf. fls. 39-40), sendo tal pretensão rechaçada a fls. 41-42, por falta dos seus requisitos legais.

Foi deferida depois a penhora das quotas sociais dos executados naquela empresa (cf. fl. 44), medida que não foi cumprida porque o oficial de justiça não localizou tanto a empresa, como os seus sócios (os executados), como se vê a fls. 46-47.

Houve nova determinação de bloqueio *on line* de valores (cf. fl. 50), que restou infrutífera, sobrevindo novo pedido do exequente-agravante, **agora o de bloqueio de valores da firma individual de Wilson**, que é um dos executados (cf. fl. 63), o que foi **indeferido porque tal pessoa jurídica não participa da relação processual** (cf. fl. 69); *in verbis*:

"'*Vistos. Fls. 315: Indefiro, eis que a pessoa jurídica ora aludida não pertine à relação processual desta demanda' Reporto-me à decisão de fls. 265, que mantenho por seus próprios fundamentos. Int.*"

Essa decisão foi objeto de embargos de declaração (cf. fls. 70) e, em tal oportunidade, a exequente insistiu na constrição requerida, **sustentando que a firma individual é uma ficção jurídica e responde com o seu patrimônio pela dívida excutida**, ou, então, para que se reconheça a desconsideração inversa da personalidade jurídica, sendo novamente indeferida tal pretensão (cf. fl. 72):

"*Conheço dos presentes Embargos Declaratórios, posto que tempestivos. Quanto ao mérito REJEITO-OS. Observo que, em razão do princípio da separação do patrimônio da sociedade em relação ao do sócio, não há respaldo legal para proceder com a desconsideração da personalidade jurídica*

Acesso ao Sumário

requerida. Mantenho intacta, pois, a decisão de fls. 321. Intime-se".

Não há necessidade de se reconhecer a desconsideração inversa da personalidade jurídica para se atingir patrimônio de empresa individual como pretende a recorrente.

"*A desconsideração inversa da personalidade jurídica caracteriza-se pelo afastamento da autonomia patrimonial da sociedade, para, contrariamente do que ocorre na desconsideração da personalidade propriamente dita, atingir o ente coletivo e seu patrimônio social, de modo a responsabilizar a pessoa jurídica por obrigações do sócio controlador. Considerando-se que a finalidade da 'disregard doctrine' é combater a utilização indevida do ente societário por seus sócios, o que pode ocorrer também nos casos em que o sócio controlador esvazia o seu patrimônio pessoal e o integraliza na pessoa jurídica, conclui-se, de uma interpretação teleológica do art. 50 do CC/02, ser possível a desconsideração inversa da personalidade jurídica, de modo a atingir bens da sociedade em razão de dívidas contraídas pelo sócio controlador, conquanto preenchidos os requisitos previstos na norma.*" [cf. REsp. nº 948.117-MS (1007/0045262-5), rel. Min. NANCY ANDRIGHI, j. em 22-6-2010].

A execução foi ajuizada contra duas pessoas físicas, Wilson Almeida Passos (CPF/MF nº 341.603.108-34) e Walter de Almeida Passos (cf. fls. 10-12). E consta dos autos que o primeiro coexecutado - Wilson Almeida Passos - **está inscrito no Cadastro Nacional de Pessoa Jurídica como empresário individual**, como se verifica da certidão da Receita Federal (cf. fl. 66).

Ocorre que **o empresário individual confunde-se com sua pessoa jurídica**. Logo, sendo ambas a mesma pessoa, uma responde pelo patrimônio da outra, assim também como a outra se beneficia do patrimônio daquela.

A jurisprudência pacífica é no sentido de que, sendo o empresário individual, ou integrante de firma individual, a própria pessoa física já se confunde com a jurídica, não fazendo nenhum sentido diferenciá-las, pois, no caso, a pessoa jurídica distinta é mera ficção tributária para o fim exclusivo de tratamento fiscal.

Neste sentido é o julgado do STJ:

"*Direito processual civil e comercial. Ação de cobrança de cheque, proposta, em nome próprio, pelo titular da empresa individual em favor de quem o cheque foi passado. Legitimidade. Prescrição. Ausência de impugnação específica de um dos argumentos utilizados pelo acórdão recorrido. Súmula 283/STF. Correção monetária. Honorários advocatícios. A jurisprudência do STJ já se posicionou no sentido de que a empresa individual é mera ficção jurídica, criada para habilitar a pessoa natural a praticar atos de comércio, com vantagens do ponto de vista fiscal. Assim, o patrimônio de uma empresa individual se confunde com o de seu sócio, de modo que não há ilegitimidade*

Acesso ao Sumário

ativa na cobrança, pela pessoa física, de dívida contraída por terceiro perante a pessoa jurídica. Precedente." (cf. REsp 487995/AP, rel. Min. Nancy Andrighi, DJ 22-5-2006).

Ao empresário individual não se pode atribuir personalidade jurídica diferente daquela que se reconhece à pessoa física, conforme decidiu o STJ, em acórdão da lavra do Min. Humberto Gomes de Barros:

"*PROCESSUAL - COMERCIANTE EMPRESA INDIVIDUAL - OUTORGA DE PROCURAÇÃO - DESNECESSIDADE. I - NÃO É CORRETO ATRIBUIR-SE AO COMERCIANTE INDIVIDUAL, PERSONALIDADE JURÍDICA DIFERENTE DAQUELA QUE SE RECONHECE À PESSOA FÍSICA. II - OS TERMOS 'PESSOA JURÍDICA', 'EMPRESA' E 'FIRMA' EXPRIMEM CONCEITOS QUE NÃO PODEM SER CONFUNDIDOS. III - SE O COMERCIANTE EM NOME INDIVIDUAL É ADVOGADO, NÃO NECESSITA DE PROCURAÇÃO, PARA DEFENDER EM JUÍZO OS INTERESSES DA EMPRESA, POIS ESTARÁ POSTULANDO EM CAUSA PRÓPRIA (CPC ART. 254, I). IV - SE O GERENTE DE SOCIEDADE É ADVOGADO, ELE NÃO NECESSITARÁ DE PROCURAÇÃO, PARA O PATROCÍNIO JUDICIAL DA PESSOA JURÍDICA. EM ESTANDO CREDENCIADO PARA O EXERCÍCIO DO 'JUS POSTULANDI', O GERENTE AGIRÁ COMO ÓRGÃO DA PESSOA JURÍDICA, EQUIPARANDO-SE AO ADVOGADO EM CAUSA PRÓPRIA.*" (cf. REsp. 102.539/SP).

A adoção de empresa individual não significa ter o empresário adotado outra personalidade. Ele adotou apenas uma designação, algo como se fosse, por exemplo, "nome artístico", ou "marca".

Rubens Requião observa que "*o comerciante singular, vale dizer, o empresário individual, é a própria pessoa física ou natural, respondendo os seus bens pelas obrigações que assumiu, quer sejam civis, quer comerciais. A transformação da firma individual em pessoa jurídica é uma ficção de direito tributário, somente para efeito de imposto de renda*" (cf. Curso de Direito Comercial, Saraiva, 1975, p. 55).

Acesso ao Sumário

No mesmo sentido é a doutrina Carvalho de Mendonça, para quem a firma individual é uma mera ficção jurídica, "*com fito de habilitar a pessoa física a praticar atos de comércio, concedendo-lhe algumas vantagens de natureza fiscal. Por isso, não há bipartição entre a pessoa natural e a firma por ele constituída. Uma e outra fundem-se, para todos os fins de direito, em um todo único e indivisível. Uma está compreendida pela outra. Logo, quem contratar com uma está contratando com a outra e vice versa... A firma do comerciante singular gira em círculo mais estreito que o nome civil, pois designa simplesmente o sujeito que exerce a profissão mercantil. Existe essa separação abstrata, embora aos dois se aplique a mesma individualidade. Se*

em sentido particular uma é o desenvolvimento da outra, é, porém, o mesmo homem que vive ao mesmo tempo a vida civil e a vida comercial" (cf. Tratado de Direito Comercial Brasileiro, Ed. Freitas Bastos, Rio de Janeiro, 1957, 6ª edição, v. II, p. 166/167).

Logo, **sendo o empresário individual a própria pessoa física ou natural, responde os seus bens pelas obrigações que assumiu, quer civis quer comerciais**. É esse também o entendimento jurisprudencial reiterado: JTACSP, 126/100; JTACSP 135/79; JTACSP, 145/140; LEX - JTJ, 260/338. JTJ, 203/198. JTJ, 142/212.

Considerando que o patrimônio da empresa individual do coexecutado se confunde com o da pessoa física do seu titular, reforma-se a decisão recorrida para possibilitar **a penhora *on-line* sobre eventuais contas mantidas pela empresa individual, conforme o número de cadastro da pessoa jurídica**.

3. Deram provimento ao recurso.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2092041-64.2014.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é agravante ROSA TCHILIAN COSTA, são agravados COSAN LUBRIFICANTES E ESPECIALIDADES S/A e JAIRO DA COSTA COMBUSTIVEIS.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 17ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. Por maioria de votos. Vencida a Relatora, que declara. Acórdão com o terceiro juiz.", de conformidade com o voto do relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 26264)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores IRINEU FAVA, vencedor, CLAUDIA SARMENTO MONTELEONE, vencida, IRINEU FAVA (Presidente) e SOUZA LOPES.

São Paulo, 3 de novembro de 2014.

IRINEU FAVA, Relator Designado

Ementa: Agravo de instrumento - Execução - Venda Judicial de Imóvel - Intimação pessoal do cônjuge proprietário de parte ideal - Ausência - Agravante não requereu adjudicação antes da assinatura da carta - Artigo 1119 do CPC - Nulidade da venda - Procrastinação sem respaldo na legislação - Decisão

Acesso ao Sumário

confirmada - Recurso desprovido.

VOTO

Trata-se de agravo de instrumento, interposto contra decisão copiada a fls. 249, que indeferiu o pedido de preferência para arrematação do bem formulado pela agravante em ação executiva na qual seu cônjuge figura no polo passivo. Entendeu o Juízo *a quo* ter sido a agravante intimada por ocasião da penhora realizada sobre bem imóvel do qual possui parte ideal. Aduziu que a agravante tinha ciência da venda, encontrava-se devidamente representada nestes autos e nos embargos de terceiro, de modo que seus patronos foram intimados da decisão que determinou a realização das hastas e de suas datas (folhas 104/106 e 144, respectivamente).

Sustentou a agravante a irregularidade da representação processual da agravada Cosan. Negou ter sido intimada da venda do bem imóvel do qual possui parte ideal, sendo-lhe negado o direito de preferência. Pugnou pela nulidade da venda que culminou na arrematação. Requereu o provimento do recurso (folhas 01/18).

Dispensadas as informações pelo Juízo de 1º grau e recebido o recurso somente no efeito devolutivo (folhas 272).

Contraminuta às folhas 280/295.

É O RELATÓRIO.

DECIDO.

O recurso, apesar da aparente relevância dos argumentos, não merece provimento.

Inicialmente é de se questionar a incidência na hipótese da regra contida no art. 1118 do CPC, já que inserido no capítulo das alienações judiciais, mais especificamente quando ocorre a chamada dissolução de condomínio.

O caso vertente versa sobre a arrematação em execução, regida por regras específicas, conforme art. 683 e seguintes do diploma processual.

Entretanto, mesmo que se admita a possibilidade de preferência da agravante, não é caso de nulidade da venda pura e simplesmente.

Isto porque, segundo o art. 1119 do CPC, verificada a alienação de coisa comum sem observância das preferências legais, o condômino prejudicado poderá requerer, antes da assinatura da carta, o depósito do preço e a adjudicação da coisa.

Assim sendo, deveria a agravante, para exercício de sua preferência, ter depositado o preço da arrematação com a consequente adjudicação do bem.

A simples anulação e renovação do ato importaria em uma procrastinação do feito, além de não encontrar respaldo na legislação.

Acesso ao Sumário

Afora isso convém lembrar que a decisão hostilizada parte do pressuposto de que a agravante tinha ciência da venda do bem através da alienação judicial.

Nesse passo, tem-se que a decisão agravada se afigura correta, merecendo ser mantida por seus próprios fundamentos.

Ante o exposto, pelo meu voto, **NEGA-SE PROVIMENTO** do recurso.

DECLARAÇÃO DE VOTO

(Voto nº 1570)

Vistos.

Respeitosamente, ouso divergir do ilustre entendimento da Douta Maioria, para negar provimento ao recurso do autor e dava parcial provimento do recurso do réu.

O recurso interposto merece parcial acolhida.

Quanto à representação processual da agravada Cosan, os documentos de folhas 297/299 revelam sua regularidade.

Sobre a intimação pessoal da agravante quanto à venda judicial do imóvel cuja parte ideal lhe pertence, não há nos autos notícias de sua efetiva ocorrência.

A ciência da venda do bem penhorado não pode ser presumida.

Tratando-se de processo de execução com a alienação judicial de bem imóvel cabe não só ao credor, mas também ao juízo, a observação das cutelas necessárias para evitar nulidades no feito.

A agravante, na qualidade de coproprietária do imóvel, tem direito de preferência na aquisição da parte ideal colocada à venda, conforme dispõe - artigo 1118, do Código de Processo Civil.

Tal direito só pode ser exercido se a agravante tivesse ciência inequívoca da venda a ser realizada.

Por ciência inequívoca, entende-se a intimação pessoal, providência salutar que afasta a possível alegação posterior de nulidade da venda, como ocorre no presente caso.

Tal providência chegou até mesmo a ser determinada pelo Juízo *a quo* (folha 162), sem notícia de seu efetivo cumprimento.

Desnecessário lembrar às partes que só o que consta dos autos pode ser considerado para julgamento das pretensões deduzidas em juízo.

Nesse passo, o que se verifica no feito é que a agravante apenas ingressou nos autos da ação executiva, representada por advogado, na ocasião em que formulou ao juízo *a quo*, o pedido que ao ser indeferido, deu origem ao presente recurso.

Acesso ao Sumário

No mesmo sentido já decidiu essa C. Câmara, no julgamento da apelação nº 9218793-06.2007.8.26.0000, Rel. Des. Paulo Pastore Filho:

"...é possível verificar, pelos elementos constantes dos autos, inclusive por ausência de impugnação do apelado nesse sentido, que o apelante é casado pelo regime da comunhão de bens (fls. 09) e que sua mulher não foi intimada da designação das praças envolvendo o imóvel penhorado, de propriedade de ambos, o que não se pode admitir.

Consoante ensina Humberto Theodoro Junior: 'Para cumprir-se a garantia do devido processo legal - que não permite seja o titular privado de seus direitos sem participar de contraditório e sem oportunidade de defesa (CF, art. 5°, LIV e LV) - não são apenas as pessoas aludidas no art. 698 [do CPC] que haverão de ser intimadas antes da arrematação. Todo aquele que tiver algum direito real sobre o bem penhorado terá de ser previamente cientificado pelo juízo acerca do praceamento designado' (in Processo de execução e cumprimento da sentença. 25. ed. São Paulo: Leud, 2008, p. 345-346).

Daí se concluir que a intimação da mulher do executado - que possui direito real sobre o bem penhorado -, acerca da realização da praça, é requisito essencial para que seja válida a arrematação, sob pena de se ofender o devido processo legal.

Assim decidiu a 23ª Câmara deste Tribunal, em acórdão relatado pelo Des. J. B. Franco de Godói: 'ARREMATAÇÃO - Praça - Ausência de intimação da co-proprietária do imóvel - Pretensão de que seja declarada nulidade da arrematação - Admissibilidade - art. 1118, do CPC - Necessidade de intimação dos condôminos com direito de preferência - Recurso provido.' (Apelação n° 991.04.002687-6, Comarca de Bauru, j. 11/11/2008) (sem grifo no original).

Em vista dessas circunstâncias, a arrematação levada a efeito não pode mesmo subsistir, devendo ser declarada nula.

Por último, não se vê qualquer conduta do apelante que tenha extrapolado o limite do direito de defesa e, por isso, fica afastado o pedido de sua condenação por litigância de má-fé.

Ante o exposto, dá-se provimento ao recurso, acolhendo-se os presentes embargos, para o fim de se declarar a nulidade da arrematação do bem penhorado nos autos da execução, devido à ausência de intimação da mulher do apelante quanto à designação das praças...".

Logo, a venda judicial realizada deve ser anulada, repetindo-se o ato processual, com a estrita observação de intimação pessoal da agravante que poderá exercer o direito de preferência garantido no artigo 1118 do Código de Processo Civil.

Diante do exposto, pelo meu voto, DAVA PARCIAL PROVIMENTO ao recurso interposto para reformar a decisão agravada e anular a venda do imóvel penhorado.

Acesso ao Sumário

CLAUDIA SARMENTO MONTELEONE, Relatora

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2159026-15.2014.8.26.0000, da Comarca de Americana, em que é agravante VALÉRIA CRISTIANE GALVÃO VALLESQUINO, é agravado BANCO SANTANDER BRASIL S/A.

ACORDAM, em 18ª 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 29214)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores ROQUE ANTONIO MESQUITA DE OLIVEIRA (Presidente), WILLIAM MARINHO e HENRIQUE RODRIGUERO CLAVISIO.

São Paulo, 3 de dezembro de 2014.

ROQUE ANTONIO MESQUITA DE OLIVEIRA, Relator

Ementa: RECURSO – Agravo de instrumento – Ação de exibição de documentos com pedido de liminar – Insurgência contra a r. decisão que recebeu os embargos de declaração opostos, negando-lhes provimento, mantendo a decisão que deferiu o pedido liminar para determinar que o agravado apresente os extratos desde o início da formação do saldo devedor – Inadmissibilidade – O banco deve fornecer contratos e extratos aos seus clientes, quer seja em razão de lei, quer em decorrência dos serviços que presta – Extratos que devem ser apresentados, observado o limite temporal de 10 (dez) anos – Inteligência do artigo 4º, § 2º, da Resolução nº 913/84 do Banco Central do Brasil c.c. artigo 205, do Código Civil – Recurso improvido, com observação.

Acesso ao Sumário

VOTO

1) Cuida-se de agravo de instrumento tirado de "ação de exibição de documentos com pedido de liminar" (folhas 18/31), e voltado à reforma da r. decisão (folhas 45), que recebeu os embargos de declaração opostos, negando-

lhes provimento, mantendo a decisão que deferiu o pedido liminar para determinar que o agravado apresente os extratos desde o início da formação do saldo devedor, por entender desnecessária apresentação de extratos desde a abertura da conta há mais de 20 anos, para simples conferência.

Sinteticamente sustenta a recorrente nas razões de seu inconformismo (folhas 03/17), que o r. "*decisum*" merece reforma, sob o fundamento de que sua pretensão esta amparada nos artigos 6º, inciso VIII, do Código de Defesa do Consumidor e artigo 130, do Código Civil, e que a manutenção da decisão agravada afrontará o disposto no artigo 5º, incisos XXXV e LXXIV, da Constituição Federal.

Aponta que tem o direito líquido e certo de obter as informações a respeito de suas operações financeiras, amparado pelo artigo 358 do Código de Processo Civil. Colaciona precedentes jurisprudenciais em abono à sua tese.

Recurso regularmente processado e preparado (folhas 47).

O pedido de efeito ativo e deferimento da liminar foi indeferido (folhas 53).

É o relatório.

2) Considerando que a parte contrária ainda não integra a relação processual, é possível o imediato julgamento deste agravo de instrumento.

"*In casu*" o "*thema decidendum*" está limitado a discussão quanto ao limite temporal fixado para apresentação dos extratos bancários da agravante.

Primeiramente, é oportuno observar que dentre os direitos assegurados ao consumidor, a Lei nº 8.078/90 destaca em seu art. 6°, III, "a informação adequada e clara sobre os diferentes produtos e serviços", pelo que se pode entender que aquele que contrata com instituição financeira tem o direito de obter desta todas as informações necessárias para conhecer plenamente seus direitos e como exercê-los, valendo dizer que o fato de o banco ter entregado cópia do contrato firmado com a autora, não lhe exime de entregá-lo novamente.

Deste modo, se vê que a agravante tem o direito em requerer a exibição de documentos oriundos da relação jurídica firmada entre as partes.

Entretanto, o Banco agravado não é obrigado a manter todos os documentos relativos às contas bancárias e operações financeiras de seus clientes "*ad aeternum*", razão pela qual, a Resolução nº 913, de 05/04/1984, do Banco Central do Brasil, que trata sobre a microfilmagem de documentos de instituições financeiras e demais entidades sobre o controle do Banco Central do Brasil e da Comissão de Valores Mobiliários, em seu artigo 4º, § 2º, dispõe que:

"Art. 4º. Será obrigatória a produção de dois microfilmes, permanecendo um no arquivo comum e destinando-se o outro ao arquivo de segurança.

(...)

Acesso ao Sumário

§ 2º. Os microfilmes a que se refere o "caput" deste artigo serão colocados à disposição da fiscalização do Banco Central do Brasil e da Comissão de Valores Mobiliários pelos mesmos prazos prescricionais atinentes aos documentos neles contidos."

Dessa forma, o limite temporal a que se sujeita o dever de exibição é o mesmo do prazo prescricional previsto na regra geral do Código Civil.

Assim, considerando a redução dos prazos prescricionais desde a regra geral contida no artigo 177, do Código Civil de 1916, deve prevalecer o prazo previsto no artigo 205, do Código Civil de 2002, devendo ser fixado o lapso temporal de 10 (dez) anos, para exibição de documentos arquivados por Instituições Financeiras.

Nesse sentido é o entendimento do Colendo Superior Tribunal de Justiça:

"PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. EXIBIÇÃO DE DOCUMENTOS COMUNS ÀS PARTES. HONORÁRIOS DE SUCUMBÊNCIA. FALTA DE PREQUESTIONAMENTO. INTERESSE DE AGIR. CONFORMIDADE DA DECISÃO RECORRIDA COM A JURISPRUDÊNCIA DESTA CORTE. DECISÃO MANTIDA. 1. A simples indicação dos dispositivos legais tidos por violados, sem que o tema tenha sido enfrentado pelo acórdão recorrido, impede o conhecimento do recurso especial, por falta de prequestionamento, a teor das Súmulas nºs 282/STF e 211/STJ. 2. Nas ações de exibição de documento, a instituição financeira é condenada em honorários advocatícios quando houver pretensão resistida em fornecer os documentos pleiteados, aplicando-se os princípios da sucumbência e da causalidade. 3. A Segunda Seção do STJ, em julgamento submetido ao rito dos recursos repetitivos, pacificou o entendimento de que '**é cabível a inversão do ônus da prova em favor do consumidor para o fim de determinar às instituições financeiras a exibição de extratos bancários, enquanto não estiver prescrita a eventual ação sobre eles**, tratando-se de obrigação decorrente de lei e de integração contratual compulsória, não sujeita à recusa ou condicionantes, tais como o adiantamento dos custos da operação pelo correntista e a prévia recusa administrativa da instituição financeira em exibir os documentos.' (REsp n. 1.133.872/PB, Relator Ministro MASSAMI UYEDA, DJe 28/3/2012). 4. 'A entrega de extratos periódicos aos correntistas não implica, por si só, falta de interesse de agir para o ajuizamento de prestação de contas, uma vez que podem não ser suficientes para o esclarecimento de todos os lançamentos efetuados na conta-corrente' (REsp n. 1231027/PR, Relatora Ministra MARIA ISABEL GALLOTTI, SEGUNDA SEÇÃO, julgado em 12/12/2012, DJe 18/12/2012). 5. Agravo regimental a que se nega provimento." (AgRg no AREsp 359527/SP, Relator Ministro ANTONIO CARLOS FERREIRA, Órgão Julgador T4 - QUARTA TURMA STJ, J. 05/08/2014). (grifos do relator)

Acesso ao Sumário

"AGRAVO REGIMENTAL. AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. AÇÃO CAUTELAR DE EXIBIÇÃO DE DOCUMENTOS. INTERESSE DE AGIR. DEVER DE EXIBIÇÃO DE DOCUMENTOS CONFIGURADO. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. 1.- A jurisprudência do STJ orienta-se no sentido de que o correntista possui interesse de agir na propositura de ação de exibição de documentos, objetivando, em ação principal, discutir a relação jurídica deles originada, independentemente de prévia remessa dos extratos bancários ou solicitação no âmbito administrativo. 2.- Conforme assente jurisprudência desta Corte, **tratando-se de documento comum às partes, não se admite a recusa de exibi-lo, notadamente quando a instituição recorrente tem a obrigação de mantê-lo enquanto não prescrita eventual ação sobre ele.** 3.- O prequestionamento, entendido como a necessidade de o tema objeto do recurso haver sido examinado pela decisão atacada, constitui exigência inafastável da própria previsão constitucional, ao tratar do recurso especial, impondo-se como um dos principais requisitos ao seu conhecimento. Não examinada a matéria objeto do especial pela instância a quo, incidem os enunciados 282 e 356 da Súmula do Supremo Tribunal Federal. 4.- Agravo improvido." (AgRg no AREsp 471577 / RJ, Relator Ministro SIDNEI BENETI, Órgão Julgador T3 - TERCEIRA TURMA STJ, J. 27/03/2014). (grifos do relator)

Mediante tais considerações, mantém-se o respeitável "*decisum*" prolatado pela douta magistrada, Doutora Fabiana Calil Canfour de Almeida, devendo ser observado o limite temporal de 10 (dez) anos.

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

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2198325-96.2014.8.26.0000, da Comarca de Guarujá, em que é agravante ITAÚ UNIBANCO S/A, são agravadas FLAVIANA CRISTINA DA SILVA – ME e FLAVIANA CRISTINA DA SILVA.

ACORDAM, em 18ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Por maioria, deram provimento ao recurso, vencido o 2º Desembargador, que declara.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 9520)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores ROQUE ANTONIO MESQUITA DE OLIVEIRA (Presidente) e CARLOS ALBERTO LOPES.

São Paulo, 3 de dezembro de 2014.

Acesso ao Sumário

HELIO FARIA, Relator

Ementa: AGRAVO DE INSTRUMENTO. Suspensão da execução. Agravo contra decisão que deferiu a suspensão do feito pelo prazo de um ano - Lei que não limita prazo - Art. 791, III, CPC - Possibilidade de suspensão do feito por prazo indeterminado - Decisão agravada reformada - Recurso provido para determinar a suspensão do feito por prazo indeterminado, nos termos do art. 791, III, do CPC.

VOTO

Trata-se de agravo de instrumento tirado de decisão de fls. 170 que suspendeu o andamento do feito por um ano.

Insurge-se o agravante alegando que há necessidade de ganhar tempo para lograr êxito na localização das agravadas, para a posterior citação e satisfação da dívida.

Sustenta que o art. 791, III, do CPC, não limita o prazo de suspensão da execução, requerendo, assim, a suspensão do feito por prazo indeterminado.

Recurso tempestivo e preparado.

É o relatório.

A presente ação foi distribuída em 13.01.2012 à 3ª Vara Cível da Comarca do Guarujá por prevenção.

Todavia, sem obter sucesso tanto na citação quanto na tentativa de bloqueio de valores pelo sistema Bacen-Jud, requereu o agravante a suspensão do feito até a localização da ré ou de bens para a satisfação da execução.

O juízo de origem proferiu decisão nos seguintes termos: "*1-Fls. 155/156: suspendo o andamento do feito por 1(um) ano. 2- Ao cabo, requeira a parte exequente o que de direito, em cinco dias. 3-Na inércia, intime-a, pessoalmente, a dar andamento ao feito, em 48 (quarenta e oito) horas, sob pena de extinção. Int.*", fls. 170.

A irresignação do agravante colhe.

Sem a localização de bens para penhora e tampouco das rés para citação, outra medida não restava a não ser a suspensão do feito.

Contudo, a lei não limita o prazo a 6 meses ou a um ano, sendo possível aguardar-se por prazo indeterminado.

De acordo com Dinamarco: "*Não há no Código de Processo Civil um limite temporal de duração desse estado de estagnação, donde a possibilidade, pelo ponto-de-vista exclusivamente processual, de a execução ficar paralisada*

ad aeternum *sempre que não se encontrem bens.*". (Cândido Rangel Dinamarco. *Instituições de direito processual civil III*. 3ª ed. São Paulo: Malheiros. 2009. p. 924).

Neste sentido é o entendimento desta C. Câmara:

RECURSO - Agravo de instrumento - Ação de execução contra devedor solvente - Insurgência contra a r. decisão que deferiu o pedido de suspensão da execução, mas a limitou por 6 meses - Admissibilidade - Incidência do art. 791, III, do CPC - Ausência de previsão no citado artigo para a execução ficar suspensa - Suspensão *sine die* - Jurisprudência colacionada - Recurso provido. (Agravo de Instrumento nº 0300343-40.2011.8.26.0000, 18ª Câmara de Direito Privado, Rel. Des. Roque Antonio Mesquita de Oliveira, j. 18.04.2012).

Neste mesmo sentido citam-se ainda os julgados: TJ-SP - Agravo de Instrumento AI nº 00785392920138260000 SP 0078539-29.2013.8.26.0000 (TJ-SP), TJ-SP - Apelação APL nº 00082277220118260008 SP 0008227-72.2011.8.26.0008 (TJ-SP), TJ-SP - Apelação APL nº 00082277220118260008 SP 0008227-72.2011.8.26.0008 (TJ-SP), TJ-SP - Agravo de Instrumento AI nº 21519616620148260000SP2151961-66.2014.8.26.0000(TJ-SP),TJ-SP-Agravo de Instrumento AI nº 20718933220148260000 SP 2071893-32.2014.8.26.0000 (TJ-SP), TJ-SP - Agravo de Instrumento AI nº 20718933220148260000 SP 2071893-32.2014.8.26.0000 (TJ-SP), TJ-SP - Agravo de Instrumento AI nº 21751585020148260000 SP 2175158-50.2014.8.26.0000 (TJ-SP).

Com a vinda de informações quanto ao paradeiro das agravadas ou de bens passíveis de penhora, a execução poderá ser retomada.

Posto isso, dou provimento ao recurso para determinar a suspensão do feito por prazo indeterminado, nos termos do art. 791, III, do CPC.

DECLARAÇÃO DE VOTO VENCIDO

Inobstante o entendimento da douta maioria, de quem ouso divergir, meu voto é o seguinte:

Nos termos do inciso III, do artigo 791 do Código de Processo Civil:

"Art. 791. Suspende-se a execução:

(...)

III - quando o devedor não possuir bens penhoráveis."

Referido dispositivo legal não estabelece prazo determinado para que a execução fique suspensa, enquanto não forem encontrados bens do executado passíveis de penhora.

Todavia, não se pode admitir que o aludido sobrestamento perdure indefinitivamente, sob pena de violação dos princípios constitucionais da

Acesso ao Sumário

razoável duração do processo e da proibição da existência de sanção de caráter perpétuo.

Nesse sentido é o posicionamento do Superior Tribunal de Justiça:

"É lícito ao credor requerer a suspensão do processo e o arquivamento dos autos, inexistindo bens penhoráveis, nos termos do artigo 791, III, do CPC.

Em sede Constitucional, aplicam-se os princípios da razoável duração do processo, da razoabilidade e proporcionalidade, da isonomia de tratamento entre as partes, da proibição de existência de sanção de caráter perpétuo e da dignidade da pessoa, que permitem ao magistrado concluir que a suspensão indefinida do processo de execução, sem a fluência do prazo prescricional, afigura ilegal e gravosa, porque expõe o executado, cuja responsabilidade se cifra ao patrimônio (art.591), a efeitos permanentes, fato não verificado nem mesmo no processo crime onde, sempre, há um tempo definido para o processo e julgamento. Diferente não pode ocorrer no processo civil e em especial no processo de execução.

O processo de execução, quando não encontrado bens do devedor, deve permanecer suspenso pelo prazo máximo de um ano".[1] (grifamos)

Dessa forma, agiu com inteiro acerto o Magistrado ao determinar a suspensão da demanda de execução pelo prazo de 01 (um) ano.

PELO EXPOSTO, o voto nega provimento ao recurso.

CARLOS ALBERTO LOPES, Desembargador, Segundo Juiz vencido

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2142269-43.2014.8.26.0000, da Comarca de Tatuí, em que é agravante SIDNEY HIDEO FUJIVARA, é agravado AGROINDÚSTRIA LA RIOJA IMPORTAÇÃO E EXPORTAÇÃO LTDA..

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 16ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento ao recurso. Por maioria de votos.", de conformidade com o voto do relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 24.870)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores LUÍS FERNANDO LODI (Presidente sem voto), JOVINO DE SYLOS e SIMÕES DE VERGUEIRO.

São Paulo, 4 de novembro de 2014.

COUTINHO DE ARRUDA, Relator

Acesso ao Sumário

1 STJ. Agravo em Recurso Especial nº 423.563/MS. Rel. Min. Sidnei Beneti. J. 05.02.2014.

Ementa: Agravo de instrumento - Execução de título extrajudicial - Encerramento irregular das atividades da executada - Não localização de bens - Atos com fraude à lei - Art. 50 do Código Civil - Desconsideração da personalidade jurídica da executada - Agravo provido para esse fim.

VOTO

Vistos, etc..

Trata-se de agravo de instrumento contra decisão que, em ação de execução de título extrajudicial, indeferiu o pedido de desconsideração da personalidade jurídica da executada.

É o ***RELATÓRIO.***

Inicialmente, destaque-se que, na forma do disposto no art. 50 do Código Civil, a desconsideração é cabível "***em caso de abuso da personalidade jurídica, caracterizado pelo desvio de finalidade, ou pela confusão patrimonial***".

"*In casu*", extrai-se da ficha cadastral da executada junto à Junta Comercial do Estado de São Paulo (fls. 36/37) que seu endereço não sofreu qualquer alteração.

Ademais, deflui do instrumento particular de distrato (fls. 31/32) que o imóvel onde se localiza a empresa executada foi arrendado para uma terceira empresa, tendo como arrendante outra empresa pertencente, ao que tudo indica, ao mesmo grupo econômico.

Ainda que se considere que o contrato de arrendamento esteja extinto, o fato de outra empresa ter figurado como arrendante, faz supor que o imóvel não mais está sendo utilizado para a atividade produtiva da executada.

De outro lado, verifica-se que as tentativas de localização de bens da executada restaram infrutíferas, tendo esta afirmado não possuir mais bens para serem oferecidos à penhora (fls. 30).

Nesse trilho, não será excessivo rigor concluir que teria ocorrido dissolução irregular da sociedade, não tendo os sócios da requerida observado as formalidades legais para o encerramento da atividade da sociedade, lesando terceiros de boa-fé.

Ou seja, essas circunstâncias autorizam concluir pela configuração da prática de atos com fraude à lei, configurando abuso da personalidade jurídica, viabilizando, por consequência, seja reconhecida a sua respectiva desconsideração, com a inclusão dos sócios Rodrigo Simonini Gonzalez e Rosa Ignes Simonini Gonzalez no polo passivo da execução.

Destarte, para esse fim, é de rigor a acolhida das razões recursais.

Acesso ao Sumário

Isto posto, ***DÁ-SE PROVIMENTO*** ao agravo.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2101915-73.2014.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é agravante FUNDO DE INVESTIMENTO EM DIREITOS CREDITÓRIOS MULTISETORIAL BVA MASTER II, são agravados COCELPA CIA. DE CELULOSE E PAPEL DO PARANÁ, ANTONIO DE PAULI S.A., COMPET AGRO FLORESTAL S.A., CONPEL CIA. NORDESTINA DE PAPEL e ARPECO S.A. ARTEFATOS DE PAPEIS.

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, com observação, julgando-se prejudicados os embargos de declaração. V.U.", de conformidade com o voto do relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 17452)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores FRANCISCO GIAQUINTO (Presidente), ZÉLIA MARIA ANTUNES ALVES e ANA DE LOURDES COUTINHO SILVA DA FONSECA.

São Paulo, 5 de novembro de 2014.

FRANCISCO GIAQUINTO, Relator

Ementa: AGRAVO DE INSTRUMENTO - Decisão que indeferiu citação da empresa coexecutada no domicílio do seu Diretor Superintendente e representante legal - Possibilidade - Possível a citação da empresa coexecutada no domicílio do seu representante legal e desde que possua poderes para recebê-la - Inteligência do art. 215 do CPC - Embargos de declaração interpostos pelo agravante para análise da tutela antecipada recursal - Recurso provido, com observação, prejudicados os embargos de declaração.

Acesso ao Sumário

VOTO

Trata-se de agravo de instrumento interposto contra decisão reproduzida a fl. 14, em ação de execução por quantia certa contra devedor solvente, ajuizada pelo agravante em face dos agravados, que indeferiu a citação da coexecutada Conpel Cia. Nordestina de Papel ("Conpel") na residência de Cristiano Ciriaco, diretor superintendente e seu representante legal.

Agrava de instrumentos o exequente, aduzindo, em resumo, que a pessoa jurídica é representada em juízo por quem seus estatutos designar, devendo a citação ser feita ao seu representante legal, em qualquer lugar que se encontre o réu, consoante arts. 12, 215 e 216 do CPC. Sustenta que para a mera distribuição da carta precatória para a citação da coexecutada Conpel, em Conde/PB, haveria um custo de R$ 34.609,69 e, considerando que o seu diretor superintendente possui poderes para representá-la, possível o deferimento da citação legal desta em Curitiba/SP, local do domicílio de Cristiano Ciriaco Delgado. Pugna pelo provimento do recurso.

Recurso que se processa com efeito suspensivo, sem resposta, pois não citados os coexecutados agravados e informações da d. Juíza de Direito (fls. 467/468).

Há embargos de declaração interpostos pelo agravante da decisão que concedeu o efeito suspensivo aos embargos (fls. 475/477).

É o relatório.

VOTO.

Cuida-se de agravo de instrumento interposto contra decisão reproduzida a fl. 14, em ação de execução por quantia certa contra devedor solvente, ajuizada pelo agravante em face dos agravados, que indeferiu a citação da coexecutada Conpel Cia. Nordestina de Papel ("Conpel") na residência de Cristiano Ciriaco, seu diretor superintendente e representante legal.

A agravante ajuizou ação de execução por quantia certa contra devedor solvente em face dos agravados com base na Cédula de Crédito Bancário nº 7922/10, com valor histórico de R$ 14.700.653,20, executando a quantia de R$ 18.658.379,68 (atualizada até 30/04/2014). (fls. 159/168).

Verificando que a expedição de carta precatória para Conde/PB, sede da coexecutada Conpel Cia. Nordestina de Papel ("Conpel") teria elevado custo, o exequente (agravante) requereu a sua citação em Curitiba/PR, domicílio do diretor superintendente e representante legal da referida coexecutada (fls. 412/415).

Sobreveio decisão agravada indeferindo o pedido assim fundamentado:

"Vistos.

Fls. 254/256: indefiro, por falta de amparo legal, devendo o exequente promover a devida distribuição da carta precatória restante em 10 dias.

Intime-se." (fl. 14).

Em que pese o entendimento da d. Juíza de Direito, caso de prover-se o recurso.

Na espécie, pretende o exequente (agravante) o deferimento de expedição de carta precatória para citação da coexecutada (coagravada) Conpel Cia.

Nordestina de Papel no domicílio do seu representante legal, uma vez que a expedição da carta precatória à sede desta, localizada em Conde/PB, lhe causaria um prejuízo de R$ 34.609,69.

Dada a peculiaridade do caso, no qual comprovado o dispêndio de elevada monta do agravante/exequente caso fosse expedida a carta precatória à sede da coexecutada agravada (fls. 417/425), e tendo em vista que a citação deve ser feita na pessoa do seu representante legal, consoante prevê o art. 215 do CPC, possível o deferimento da citação no domicílio do Diretor Superintendente da coexecutada Conpel.

Nesse sentido, precedentes deste Tribunal:

VOTO Nº 22.606 Prestação de serviços. Cobrança de honorários profissionais. Tentativa de citação da empresa requerida, no endereço da sua sede, que restou infrutífera. Esgotados os meios para efetivação do ato processual no domicílio da ré. Possibilidade de expedição de mandado citatório para o endereço residencial do representante legal da requerida, a fim de que sejam exauridas as possibilidades de citação pessoal. Exegeses dos artigos 215 e 231 do Código de Processo Civil. Recurso provido. (Agravo de Instrumento nº 2071750-77.2013.8.26.0000, Rel. Des. Gomes Varjão, 34ª Câmara de Direito privado, j. 27/01/2014)

CITAÇÃO - PESSOA JURÍDICA - NULIDADE INEXISTENTE - Não se reconhece nulidade da citação enviada pelo correio ao domicílio do representante legal - Decisão mantida - Agravo desprovido. CONTESTAÇÃO - INTEMPESTIVIDADE RECONHECIDA - DESENTRANHAMENTO DETERMINADO - DESNECESSIDADE Efeitos da revelia que independem do desentranhamento da peça de defesa - Decisão parcialmente reformada - Agravo provido em parte. (Agravo de Instrumento nº 0080874-21.2013.8.26.0000, 6ª Câmara de Direito Privado, Des. Rel. PERCIVAL NOGUEIRA, j. 24.10.2013)

Frise-se que a carta precatória deve expressamente mencionar a citação da empresa coexecutada, na pessoa de seu representante legal, que possui poderes para recebê-la.

Ressalte-se, ademais, que não é possível a este Juízo verificar se Cristiano Ciriaco Delgado ainda possui poderes para representar a empresa coexecutada Conpel, uma vez que, quando da interposição do recurso, o prazo previsto para o seu mandato já havia se esgotado, permanecendo este na qualidade de representante legal da referida empresa tão somente até a posse do novo Diretor Superintendente, consoante art. 42 do Estatuto Social da empresa (fls. 427/443).

Assim, cabe ao agravante comprovar, no Juízo *a quo*, que Cristiano Ciriaco Delgado ainda possui poderes para representar a empresa coexecutada, de modo possibilitar a expedição de carta precatória direcionada ao domicílio

Acesso ao Sumário

deste.

Por fim, julga-se prejudicados os embargos de declaração interpostos pelo agravante (fls. 475/477), contra decisão que atribuiu efeito suspensivo (fls. 462), ao alegar-se omissão quanto ao pedido de tutela antecipada recursal para imediata citação da empresa devedora agravada na pessoa de seu representante legal em Curitiba.

Ante o exposto, **dá-se provimento ao recurso, com observação, prejudicados os embargos de declaração.**

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2106807-25.2014.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que são agravantes ROSA SENDROVICH, DAVID SENDROVICH, BENY SENDROVICH e MICHEL SENDROVICH, é agravado BANCO BRADESCO S/A.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 16ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 25353)**

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

São Paulo, 11 de novembro de 2014.

SIMÕES DE VERGUEIRO, Relator

Ementa: AGRAVO DE INSTRUMENTO INTERPOSTO CONTRA R. DECISÃO PELA QUAL FOI DETERMINADO AOS AUTORES QUE EXIBISSEM AS VIAS ORIGINAIS DOS DOCUMENTOS A SER ALVO DE PERÍCIA NO FEITO, DEFININDO AINDA QUE ARCASSEM ESTES COM O CUSTEIO DA PRODUÇÃO DE TAL PROVA - ALEGAÇÃO DE INCORREÇÃO - PEDIDO DE REFORMA.

EXIBIÇÃO DA VIA ORIGINAL DOS CHEQUES EM DEBATE NOS AUTOS - RECORRENTES QUE NÃO CONTAM COM TAIS VIAS EM SEU PODER - ÔNUS QUE INCUMBE AO RÉU, POSTO QUE IMPOSSIBILITADOS OS

Acesso ao Sumário

AUTORES, ORA RECORRENTES, DE ATENDER A DETERMINAÇÃO - RECURSO PROVIDO.

CUSTEIO DA PROVA - CUSTAS INADEQUADAMENTE ATRIBUÍDAS AOS AUTORES PELA R. DECISÃO SOB ATAQUE - APLICAÇÃO DO ART. 389, INC. II, DO CPC - ÔNUS PROBATÓRIO QUE CABE À PARTE QUE PRODUZIRÁ O DOCUMENTO EM JUÍZO - RECURSO PROVIDO.

VOTO

Tratam os autos de Agravo de Instrumento interposto por **ROSA SENDROVICH**, e **OUTROS**, tirado nos autos da Ação de Indenização que promovem contra **BANCO BRADESCO S/A**, dirigido a R. Decisão copiada a fls. 236/238, pela qual foi determinado aos autores que exibissem as vias originais dos documentos a ser alvo de perícia no feito, definindo ainda que arcassem estes com o custeio da produção de tal prova como determinada.

Dizendo incorretos os termos da R. Decisão sob ataque, sustentam os agravantes que, no tocante à exibição das vias originais dos cheques debatidos no feito, não possam ser compelidos a tanto, posto que não contem com tais documentos em seu poder. Alegam, ademais, que diante da relação de consumo estabelecida entre as partes, ou de acordo com o que dispõe o art. 389, II, do CPC, sobre o tema, deva o custeio da prova técnica deferida no feito ser imposto ao réu, e não a eles, como promovido equivocadamente pelo Juízo, razão pela qual pediram pelo acolhimento do inconformismo exteriorizado, com a decorrente reforma da R. Decisão atacada.

Concedido efeito suspensivo ao Recurso e, dispensadas informações, o agravado, conforme dá conta a fls. 247, não apresentou contrarrazões, vindo então os autos a este Relator, de sorte a se promover a reapreciação da matéria já debatida em 1º Grau.

É o relatório.

O inconformismo como deduzido pelos recorrentes está a merecer acolhida por parte da Turma Julgadora.

Em primeiro lugar, no tocante aos ônus de exibir as vias originais dos cheques debatidos no feito, de rigor considerar que tal encargo não possa ser atribuído aos autores, ora recorrentes, posto que, uma vez compensados os cheques em tela, não se encontram estes mais em seu poder, permanecendo, ao contrário, na posse da casa bancária, a qual deve ser, portanto, compelida a exibi-los.

Assim, nesse ponto, deve ser acolhido o Recurso tirado, com a inversão dos

Acesso ao Sumário

ônus relativos a exibição das vias originais dos documentos em questão, posto que impossibilitados os autores agravantes de promoverem ao cumprimento de tal determinação, nos moldes em que erroneamente exarada pelo Juízo.

No que se refere ao pedido dirigido à inversão do custeio da prova técnica, de rigor reconhecer que também nessa parte deva ser acolhido o inconformismo dos recorrentes, posto que, independentemente de eventual relação de consumo resultar caracterizada entre as partes, deva ser aplicada ao caso a regra do art. 389, II, do CPC, que incumbe à parte que produziu (no caso, produzirá, em decorrência inclusive do acima determinado) o documento em Juízo, provar sua autenticidade, inclusive das assinaturas ali contidas. Tenha-se em conta que, pela sistemática processual civil brasileira vigente, e em relação a autenticidade dos documentos e das assinaturas nele inseridas, "é ônus do argüente a prova da falsidade material do próprio documento ou das declarações que ele traz, na medida em que estas se presumam verdadeiras (art. 389, inc. I, c.c. arts. 368 e 370, todos do CPC); **é de quem houver produzido o documento em juízo o ônus de provar a autenticidade da assinatura** (art. 389, inc. II)" (DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil III*. 6ª ed, pp. 607/608) (grifei).

Diante de tal realidade, forçoso concluir que, em sendo os cheques a ser alvo de perícia juntados aos autos pelo banco, até porque impossibilitados os agravantes de assim proceder, o ônus de provar a autenticidade das assinaturas neles contidas será do agravado, nos termos do dispositivo legal já mencionado.

Diante de tal realidade, devem merecer acolhida os reclamos dos agravantes, o que implica na reforma do entendimento exteriorizado em 1º Grau, com a inversão tanto dos ônus relativos a exibição das vias originais dos cheques em Juízo, quanto do custeio da prova pericial a ser desenvolvida no feito.

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

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2079172-69.2014.8.26.0000, da Comarca de Guarulhos, em que é agravante ELIETE SOARES COSTA, é agravado IMOBILIÁRIA E CONSTRUTORA CONTINENTAL LTDA..

ACORDAM, em 9ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 15.667)**

O julgamento teve a participação dos Exmo. Desembargadores MAURO CONTI MACHADO (Presidente) e ALEXANDRE LAZZARINI.

São Paulo, 25 de novembro de 2014.

GALDINO TOLEDO JÚNIOR, Relator

Ementa: JUSTIÇA GRATUITA - Indeferimento - Decisão reformada - Elementos constantes dos autos que indicam agravamento da situação financeira da autora desde o anterior indeferimento da benesse - Pedido formulado por ocasião da interposição do recurso de apelação - Benefício que deve abranger as custas respectivas, por não se tratar de pedido posterior à efetivação do ato - Recurso provido.

VOTO

1. Cuida-se de agravo de instrumento tirado de decisão que, em ação de indenização, julgou deserta a apelação por ausência de preparo, nos seguintes termos: "Tendo em vista o v. Acórdão de fls. 61/65 e que a autora recolheu as custas iniciais, indefiro os benefícios da gratuidade da justiça que foram pleiteados no momento da interposição do recurso de apelação. Outrossim, os documentos de fls.159 não comprovam ter havido mudança na situação econômica da autora, a justificar a concessão do benefício pleiteado. Assim sendo, não recolhido o preparo, julgo deserto o recurso de fls. 130/142". (fl. 46).

Sustenta a recorrente, em síntese, que atualmente não possui condições de arcar com o valor das custas relativas ao apelo pendente, porque ficou viúva no curso do processo, passando a arcar sozinha com o sustento de três filhos menores, sendo que um deles atualmente sofreu um acidente, agravando ainda mais a sua situação, tendo inclusive que contratar empréstimo junto ao banco para tentar sobreviver. Alega, ainda, que uma vez que o pedido foi feito em sede de apelação, cabe ao Tribunal *ad quem* a verificação do cabimento da benesse.

Recurso processado com o deferimento de efeito suspensivo (fls. 60/61). Dispensou-se a vinda de informações. Contraminuta às fls. 65/69.

2. Respeitado o entendimento do D. Magistrado, o inconformismo comporta acolhida.

Isto porque, a Constituição Federal em seu artigo 5º, LXXIV, prevê a obrigação do Estado de prestar assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos. De outra parte, o artigo 4º, da Lei nº 1.060/50, dispõe que para obtenção do benefício da gratuidade é suficiente a simples afirmação do estado de pobreza, que poderá ser elidida por prova em contrário.

Acesso ao Sumário

Imperioso frisar que inexiste na lei critério objetivo para a apreciação dos requisitos autorizadores da benesse, que pode ser perseguida a qualquer tempo, desde que demonstrada a alteração da situação financeira do interessado no curso do feito.

E no caso dos autos, os elementos trazidos evidenciam que a atual capacidade financeira da recorrente é bem diversa daquela que antes ensejou a rejeição da benesse (fls. 54/58).

Ao que consta, ela ficou viúva, passando a arcar sozinha com o sustento do lar e de três filhos menores, sendo que um deles sofreu acidente elevando os gastos, o que dificultou ainda mais a situação, tendo que contratar empréstimo bancário.

Tais fatos, comprovados pelos documentos de fls. 28/41, demonstram o agravamento da situação financeira da autora a justificar, neste momento, a concessão da gratuidade requerida.

Importante ressaltar que é totalmente equivocado, sendo repudiado pela doutrina e jurisprudência dominante, o entendimento de que somente miseráveis devem ter direito à justiça gratuita.

Nesse passo, ainda que a concessão da gratuidade somente produza efeitos futuros, abrangendo os atos processuais ainda não realizados nos autos, no caso concreto a agravante formulou o pleito por ocasião da interposição do recurso de apelação (fls. 15/27), daí porque, por não se tratar de pleito posterior à efetivação do ato, o benefício deve abranger as custas do recurso.

3. Ante o exposto, dou provimento ao recurso.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2179756-47.2014.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que são agravantes FINDER'S FRANCHISING E PARTICIPAÇÕES LTDA., THOMAS CARLOS CRHAK e OSWALDO ALVES, é agravado JANI-KING FRANCHISING, INC..

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 1131)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores LÍGIA ARAÚJO BISOGNI (Presidente sem voto), MELO COLOMBI e THIAGO DE SIQUEIRA.

Acesso ao Sumário

São Paulo, 2 de dezembro de 2014.
MAURÍCIO PESSOA, Relator

Ementa: Ação de cobrança - Contrato de franquia - Apresentação de laudo pericial contábil - Divergência da autora agravada (franqueadora) - Magistrado que determina a substituição do perito e a realização de nova perícia - Admissibilidade - Prova que é destinada à formação da convicção do julgador - Determinação de nova perícia (segunda), por si só, não substitui a primeira, de modo a invalidá-la ou descartá-la, na medida em que o art. 437 do CPC vislumbra a hipótese de insuficiência e não de invalidade das perícias já realizadas - Substituição do perito - Faculdade - Decisão mantida - Recurso desprovido.

VOTO

Trata-se de agravo interposto contra decisão que, em ação de cobrança de valores decorrentes de contrato de franquia, determinou a substituição do perito judicial, por entender que o *expert* não se mostrou apto no desempenho do encargo assumido.

Recorrem os corréus sustentando que o perito deve ser mantido, já que atende todos os requisitos necessários ao integral cumprimento de suas funções.

O pedido de efeito suspensivo foi indeferido. Os agravantes reiteraram o pedido de concessão do efeito suspensivo (fls. 395/396) e cumpriram o disposto no artigo 526, do Código de Processo Civil.

A contraminuta foi apresentada às fls. 399/409.

Não houve oposição ao julgamento virtual.

É o relatório.

É ação de cobrança de valores decorrentes de contrato de franquia, tendo como franqueadora a agravada e franqueados os agravantes, ao fundamento de ser credora da quantia de US$ 3.177.661,79 correspondente a R$ 5.198.654,69 a título de royalties.

Submetida a questão controvertida à prova pericial contábil, o *expert* em seu laudo de fls. 315/363 apurou - ao contrário do pedido de cobrança formulado pela agravada - um saldo a favor dos réus, ora agravantes, de R$ 780.361,62.

A autora-agravada se insurgiu contra a conclusão do laudo, por entender que o perito se valeu de base de dados equivocada, na medida em que teria se utilizado da receita exclusiva da franqueadora regional, quando, na verdade,

Acesso ao Sumário

deveria ter se valido da receita bruta nacional dos franqueadores.

O D. Juízo de origem determinou a substituição do perito, com a realização de nova perícia, ao fundamento de que:

"*O laudo de fls. 1914 e ss. ao elaborar a planilha de pagamento considerou que entre o ano de 2003 e o ano de 2008 teria sido pago pela ré à autora a maior R$ 780.361,82. Ocorre que em nenhum momento a ré questionou o pagamento de royalties a maior. Logo, só se pode concluir pela efetiva existência de equívoco grave perpetrado pela perícia, até porque a envergadura do contrato e a qualificação das partes não autoriza o reconhecimento de desconhecimento dos direitos e obrigações de forma a ensejar pagamento indevido de tal montante e de forma reiterada ano após ano.*

Viável a efetiva existência de equívoco nos moldes arguidos pela autora, ou de que não teria sido observado para cálculo da receita sobre a qual incide o percentual de royalties a receita dos franqueados da franqueadora regional, que no caso é a ré. Observe-se que o contrato de fls. 64 indicou o Estado de São Paulo como base territorial, mas o aditamento de fls. 711 e ss. alterou referida base para todo território nacional (fls. 713)." (fls. 388)

Com efeito, a produção da prova pericial tem por finalidade nortear o Juiz acerca de matéria sobre a qual não domina, justamente por se tratar de área de conhecimento não inerente ao Direito.

Assim, sendo o Juiz o destinatário da prova, dele não se pode retirar o poder/dever de aferir a prova realizada.

Da mesma forma que o Juiz não está vinculado à perícia judicial, pode – e deve – determinar a realização de outra, de ofício ou a requerimento da parte, quando a matéria controvertida não lhe parecer esclarecida de forma satisfatória, restando omissão ou inexatidão dos resultados, consoante dispõem os artigos 437 e 438, do Código de Processo Civil.

Destarte, a determinação de nova perícia (segunda), por si só, não substitui a primeira, de modo a invalidá-la ou descartá-la, na medida em que o referido artigo 437 do Código de Processo Civil vislumbra a hipótese de insuficiência e não de invalidade das perícias já realizadas.

Da mesma forma, tem o Juiz o poder/dever de substituir o perito quando faltar a necessária e indispensável confiança, na medida em que o perito é sabidamente um auxiliar do Juízo.

É o que aqui aconteceu, de modo que irrepreensível a atuação do magistrado que, aqui, apreciará e atribuirá às pericias realizadas os valores correspondentes no sentido e para o fim de formar sua convicção, nos termos, inclusive, do parágrafo único do artigo 439 do Código de Processo Civil.

Ante o exposto, meu voto NEGA PROVIMENTO ao recurso.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2150456-40.2014.8.26.0000, da Comarca de Pereira Barreto, em que é agravante ADEMAR JOSÉ HEITOR DE PAULA, são agravados DIONÍSIO COLOMBO e RITA ALEIXO COLOMBO.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 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 25.167)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores LUÍS FERNANDO LODI (Presidente sem voto), JOVINO DE SYLOS e SIMÕES DE VERGUEIRO.

São Paulo, 11 de dezembro de 2014.

COUTINHO DE ARRUDA, Relator

Ementa: Agravo de instrumento - Execução - Embargos - Recolhimento das custas realizado após o prazo previsto no art. 257 do Código de Processo Civil - Admissibilidade - Decisão que, deixando de reconhecer o decurso do prazo, determinou o cumprimento da decisão anterior - Recolhimento comprovado - Garantia do Juízo apresentada nos autos - Relevância nos fundamentos e risco de grave dano de difícil ou incerta reparação presentes - Viabilidade de concessão de efeito suspensivo aos embargos - Art. 739-A e § 1º do Código de Processo Civil - Decisão mantida - Agravo improvido.

Acesso ao Sumário

VOTO

Vistos, etc.

Trata-se de agravo de instrumento buscando a reforma de decisão que recebeu os embargos à execução, bem como da decisão que lhes atribuiu efeito suspensivo.

É o ***RELATÓRIO***.

Inicialmente, destaque-se que "***ainda que ultrapassado o prazo de trinta dias, não se justifica o cancelamento da distribuição, se a parte,***

extraídas as guias, promove o imediato recolhimento das custas, antes de qualquer providência judicial, revelando ademais inequívoco interesse no prosseguimento da causa (STJ-4ªT., Resp 63.488-1, Min. Barros Monteiro, j. 6.6.95, DJU 2.10.95). No mesmo sentido: STJ-2ª T., REsp 166.808, Min. Castro Filho, j. 13.3.01, DJU 4.6.01" (citado na Nota 4 ao art. 257 do Código de Processo Civil de Theotonio Negrão, 43ª Edição).

Na espécie, o MM. Juízo "a quo", mesmo ciente da ausência de efeito suspensivo ao agravo de instrumento interposto contra a decisão que indeferiu o pedido de gratuidade processo (fls. 327/332), houve por bem determinar o cumprimento da decisão de fls. 128 (fls. 311/312) que determinara o recolhimento das custas iniciais no prazo de 30 (trinta) dias, consoante se extrai das fls. 339, tendo o agravado procedido ao recolhimento (fls. 343/347), antes de qualquer providência judicial no sentido de reconhecer o descumprimento do prazo anteriormente concedido, de sorte que não se afigura razoável, na espécie, o indeferimento da petição inicial.

No mais, verifica-se que a r. decisão guerreada, vislumbrando a presença dos requisitos legais, atribuiu aos embargos do devedor o efeito suspensivo.

Com efeito, tem-se que o art. 739-A da lei de rito prescreve que "***os embargos do executado não terão efeito suspensivo***", sendo que o respectivo § 1° estabelece que "***o juiz poderá, a requerimento do embargante, atribuir efeito suspensivo aos embargos quando, sendo relevantes seus fundamentos, o prosseguimento da execução manifestamente possa causar ao executado grave dano de difícil ou incerta reparação, e desde que a execução já esteja garantida por penhora, depósito ou caução suficientes***".

É de se observar que a orientação adotada pelo Superior Tribunal de Justiça é "***no sentido de que embargos do devedor poderão ser recebidos com efeito suspensivo somente se houver requerimento do embargante e, cumulativamente, estiverem preenchidos os seguintes requisitos: a) relevância da argumentação; b) grave dano de difícil ou incerta reparação; e c) garantia integral do juízo***" (AgRg no Ag 1276180/RS, Rei. Min. Castro Meira, 2a T., d.j. 06/04/2010).

"In casu", verifica-se ter havido a penhora de um imóvel rural (fls. 83).

Ainda, os fundamentos apresentados nos embargos à execução mostram-se relevantes, à medida que o agravado sustenta, além da impenhorabilidade da pequena propriedade rural, que o contrato firmado entre as partes foi simulado.

No tocante ao risco de grave dano de difícil ou incerta reparação, forçoso também considerá-lo presente, uma vez que o prosseguimento da execução poderá levar a excussão de bem imóvel que o executado alega ser impenhorável.

A esse passo, configurados os requisitos do art. 739-A do Código de Processo Civil, a concessão do efeito suspensivo aos embargos mostra-se

Acesso ao Sumário

acertada.

Destarte, é de rigor a não acolhida das razões recursais, impondo-se a manutenção da r. decisão guerreada.

Isto posto, ***NEGA-SE PROVIMENTO*** ao agravo.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2105018-88.2014.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é agravante VOTORANTIM SIDERURGIA S/A, é agravado GOOGLE BRASIL INTERNET LTDA..

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 9ª 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 10.751)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores GALDINO TOLEDO JÚNIOR (Presidente sem voto), LUCILA TOLEDO e JOSÉ APARÍCIO COELHO PRADO NETO.

São Paulo, 16 de dezembro de 2014.

THEODURETO CAMARGO, Relator

Ementa: AÇÃO COMINATÓRIA - ANTECIPAÇÃO DOS EFEITOS DA TUTELA INDEFERIMENTO - AFIGURA-SE AÇODADA A RETIRADA DOS VÍDEOS CONSIDERADOS DEPRECIATIVOS DA INTERNET SEM UMA COGNIÇÃO EXAURIENTE DOS FATOS ALEGADOS - TEXTOS QUE, NUMA ANÁLISE PERFUNCTÓRIA, REPORTAM-SE À SITUAÇÃO DA ESTRADA QUE DÁ ACESSO À EMPRESA-AUTORA - AUSENTES OS REQUISITOS LEGAIS PARA CONCESSÃO DA LIMINAR PRETENDIDA - DECISÃO MANTIDA - AGRAVO DESPROVIDO.

VOTO

Cuida-se de agravo interposto contra a r. decisão de fls. 33, que indeferiu a antecipação dos efeitos da tutela jurisdicional por não vislumbrar os requisitos legais para sua concessão.

Irresignado, insiste a agravante no deferimento de liminar e na reforma

do r. pronunciamento sob a alegação, em síntese, de que se faz necessária a concessão da medida de urgência, porquanto os vídeos veiculados no site "YouTube", através dos protocolos (endereço eletrônico constante no texto original) e (endereço eletrônico constante no texto original), referem-se a imagens captadas dentro das dependências da agravante, de forma ilegal e desautorizada, e ainda têm o objetivo de macular a sua boa fama. Por isso, insistem para que os referidos vídeos sejam imediatamente excluídos, tornando seu acesso indisponível, sob pena de multa diária.

O recurso foi regularmente processado, tendo sido negada a liminar pretendida, consoante decisão de fls. 125/127.

A agravante opôs embargos de declaração às fls. 171/176, que foram rejeitados, conforme decisão de fls. 178/179.

Contrarrazões às fls. 129/148.

Por fim, escoou *in albis* o prazo para as partes manifestarem oposição ao julgamento virtual do recurso (fls. 182).

É o relatório.

1.- Em que pesem as razões recursais, o agravo não merece acolhida.

Como já decidido anteriormente, a despeito de ser cediço que a livre manifestação do pensamento não pode servir de supedâneo para condutas ilícitas, não se vislumbra, nesta fase processual, elementos que justifiquem a concessão, *initio litis*, da liminar pretendida.

No caso em espécie, há, aparentemente, dois direitos constitucionais em conflito, ou seja, a liberdade de expressão e a inviolabilidade da boa fama e da imagem da agravante, que em decorrência do princípio da relatividade ou da harmonização, deveriam conviver sem que houvesse o sacrifício de algum deles[1].

No entanto, numa análise perfunctória, verifica-se que os vídeos apenas retratam as condições da estrada de acesso à agravante, sem ter feito qualquer menção difamatória à sua pessoa nem tampouco aos seus dirigentes.

Destarte, e considerando que é possível apurar a autoria dos vídeos e de que é constitucionalmente assegurado direito de resposta, bem como a busca da reparação de eventuais danos decorrentes da veiculação dos referidos vídeos, será açodada a concessão da pretensão formulada nesta fase processual sem antes instaurar o contraditório.

Acesso ao Sumário

1 Nesse sentido, oportuno o ensinamento do jurista ALEXANDRE DE MORAES: "Desta forma, quando houver conflito entre dois ou mais direitos ou garantias fundamentais, o intérprete deve utilizar-se do princípio da concordância prática ou da harmonização de forma a coordenar e combinar os bens jurídicos em conflito, evitando o sacrifício total de uns em relação aos outros, realizando uma redução proporcional do âmbito de alcance de cada qual (contradição dos princípios), sempre em busca do verdadeiro significado da norma e da harmonia do texto constitucional com sua finalidade precípua" (cf. Direito constitucional. 12ª ed., São Paulo: Ed. Atlas, 2002, p. 61).

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

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2169790-60.2014.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é agravante DIANA JOSEFA DE PONTES, são agravados MAXCASA S/A e MAXCAP MAXHAUS PARTICIPAÇÕES LTDA..

ACORDAM, em 9ª 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 11841)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores MAURO CONTI MACHADO (Presidente sem voto), THEODURETO CAMARGO e LUCILA TOLEDO.

São Paulo, 16 de dezembro de 2014.

ALEXANDRE LAZZARINI, Relator

Ementa: AGRAVO DE INSTRUMENTO. COMPROMISSO DE VENDA E COMPRA. AÇÃO DECLARATÓRIA C/C REPARAÇÃO DE DANOS MATERIAIS E MORAIS. ILEGITIMIDADE DE PARTE AFASTADA, PORQUANTO CARACTERIZADO O GRUPO ECONÔMICO. TEORIA DA APARÊNCIA. RECURSO PROVIDO.

1. Decisão que, nos autos da "ação declaratória c.c. ressarcimento e indenização por danos materiais e morais" movida pela ora agravante, reconheceu a ilegitimidade passiva das corrés/agravadas "Maxcasa S/A." e "Maxcap Maxhaus".

2. Afastado o reconhecimento de ilegitimidade de parte das ora agravadas. Existência de um mesmo grupo econômico que, para cada empreendimento, cria uma nova pessoa jurídica. Conduta que não é ilícita, mas se justifica para fins de proteção do consumidor e não da empresa. Aplicação da teoria da aparência diante da relação de consumo existente entre as partes. Precedentes.

3. Corrés que, ademais, além de obterem benefício

Acesso ao Sumário

econômico com o empreendimento, dele participaram ativamente, inclusive, em atos de gestão.

4. Decisão reformada.

5. Recurso provido.

VOTO

Trata-se de agravo de instrumento interposto contra a r. decisão copiada às fls. 822/823, que, nos autos da "ação declaratória c.c. ressarcimento e indenização por danos materiais e morais" movida pela ora agravante (cópia às fls. 21/54), reconheceu a ilegitimidade passiva das corrés/agravadas "Maxcasa S/A." e "Maxcap Maxhaus".

Insurge-se a autora/agravante, sustentando, em síntese, a existência de grupo econômico entre as empresas e a participação na cadeia de fornecedores, devendo ser aplicada a teoria da aparência.

Recurso processado, com a concessão de efeito suspensivo (fls. 828).

Contraminuta da corré Maxcasa S/A às fls. 832/835. Contraminuta da corré Maxcap Maxhaus Participações Ltda. às fls. 837/840.

É o relatório.

I) A "ação declaratória c.c. ressarcimento e indenização por danos materiais e morais" promovida pela ora agravante está fundamentada em descumprimento de "instrumento particular de promessa de venda e compra de unidade autônoma", firmado em 29.03.2009 entre a autora e a corré Maxcasa III Empreendimentos Imobiliários Ltda. (cópia às fls. 135/138), consubstanciado em atraso na entrega do imóvel adquirido, superior ao de 180 dias contratualmente previsto.

Argumenta a autora na exordial que, embora tenha sido o compromisso de compra e venda firmado diretamente com a corré Maxcasa III Empreendimentos Imobiliários Ltda., a legitimidade passiva das ora agravadas (Maxcasa e Maxhaus) está evidenciada por constituírem empresas coligadas, participantes do mesmo grupo econômico e que, conforme a teoria da aparência, apresentam-se aos consumidores como se fossem a mesma empresa, o que estaria demonstrado nos documentos colacionados às fls. 40/150 dos autos de origem, ora reproduzidos às fls. 58/168, cujo teor não foi contestado pelas corrés.

II) A r. decisão agravada foi proferida nos seguintes termos:

"Vistos em saneador.

Ostenta a autora interesse jurídico de agir nesta demanda, na medida em que necessita da pronta intervenção judicial para fazer valer sua pretensão material resistida pelas co-rés no mundo sensitivo, tendo eleito para a empreitada a via judicial adequada.

Acesso ao Sumário

(...)

Tenho para mim que as co-rés Maxcasa S.A. e Maxcap Maxhaus Participações Ltda. não ostentam legitimidade alguma para figurar no pólo passivo da lide instaurada. (...)

No caso concreto, empreendendo-se uma perfeita subsunção fática entre as pessoas constantes da relação jurídica de direito material e as da relação jurídica de direito processual, verifica- se não ostentarem tais co-rés legitimidade "ad causam" alguma para figurar no pólo passivo desta lide.

De fato, como expressamente consignado pela co-ré Maxcasa III Empreendimentos Imobiliários Ltda. no corpo de sua contestação, '(...) não há que se falar em responsabilidade das Rés, MAXCASA S.A. e MAXCAP MAXHAUS, neste caso, ainda que em abstrato, tendo em vista que essas empresas têm finalidades diferentes e não firmaram compromisso com a Autora.

Na inicial a Autora é clara ao fixar toda a sua pretensão com base na suposta responsabilidade contratual da Ré, MAXCASA III (SPE). Sendo assim, a demanda foi mal direcionada contra as Rés, MAXCASA S.A. e MAXCAP MAXHAUS, implicando ilegitimidade passiva'.

(...)

Int."

III) Entretanto, respeitado o entendimento do MM. Juízo de origem, tem-se que é o caso de incidência do art. 7º, parágrafo único, do Código de Defesa do Consumidor, o que corrobora a manutenção das ora agravadas no polo passivo da demanda.

IV) Grupo Econômico

O contrato de compromisso de venda e compra em questão foi firmado entre a autora e Maxcasa III Empreendimentos Imobiliários Ltda., mas, como se verá, as corrés Maxcasa S.A. e Maxcap MaxHaus são partes legítimas e não se justifica a sua exclusão do processo (CPC, art. 267, VI).

Esse grupo empresarial que tem como elemento designativo comum a partícula "**MAX**".

Veja-se a descrição das empresas agravadas:

- **Maxcasa S.A.**: empresa inscrita no **Cadastro Nacional da Pessoa Jurídica da RFB** sob o nº 08.607.184/0001-64, com nome fantasia **"MAXCASA" (fls. 59)**, constituída em 09.03.2007 (fls. 64/66), por meio de alteração de contrato social da empresa Maxcasa Investimentos Imobiliários Sociedade Empresária Limitada (cujos sócios eram Maxcap Real Estate Investment Advisors Ltda. e José Paim de Andrade Júnior - fls. 102/114), apresentando, atualmente, como diretores: José Paim de Andrade Júnior, Luana Cunha Lima Rizzi, Luiz Fernando Moreira Cruz, Luiz Henrique de Vasconcellos

Acesso ao Sumário

e Otávio Noronha Gonçalves Moreira, e, como principais acionistas: MaxCap Real Estate Investment Advisors Ltda. - sócio administrador Sr. José Paim de Andrade Junior; Brazilian Real Estate Principals I - Investimentos Imobiliários Ltda. - diretor Sr. Otávio Quinta; e MaxCap Lareh, LLC - sócio fundador Sr. Victor Kupfer (representando 100% do capital social votante - fls. 653/662); tendo por objeto social a incorporação de empreendimentos imobiliários e Holdings de instituições não-financeiras;

- **Maxcap Maxhaus Participações Ltda.**: empresa inscrita no Cadastro Nacional da Pessoa Jurídica da RFB sob o nº 12.564.846/0001-33 (fls. 60), constituída em 13.09.2010, com anterior denominação de sociedade empresária Maxcasa XXIV Empreendimentos Imobiliários Ltda. (fls. 100/101, esta constituída pela corré Maxcasa S/A e Andreas Auerbach), tendo por objeto social inicial "a incorporação imobiliária ou a participação em incorporações imobiliárias e venda de imóveis construídos ou adquiridos para revenda, podendo participar do capital de outras empresas, como investidora" (fls. 67/73), com posterior alteração para constar "outras sociedades de participação, exceto holdings" (fls. 60). Esta empresa conta, atualmente, com os seguintes sócios/diretores/administradores (fls. 100/101): Maxcasa S.A. (sócio); Andreas Auerbach e Luiz Henrique de Vasconcellos (na situação de diretores, representantes de Maxcasa S.A.); José Paim de Andrade Júnior e Eduardo Espíndola Malheiros (administradores), Otávio Quinta e Victor Kupfer (na situação de diretores e administradores, ambos assinando pela empresa).

Veja-se, agora, a descrição da empresa **Maxcasa III Empreendimentos Imobiliários Ltda.**: empresa inscrita no Cadastro Nacional da Pessoa Jurídica da RFB sob o nº 08.405.394/0001-70 (fls. 58), constituída em 25.10.2006, contando, atualmente, com os seguintes sócios/diretores/administradores (fls. 84/87): Brazil Real Estate Holdings Empreendimentos Ltda. (sócio, com participação de R$ 277.558,00); Brazilian Real Estate Partners I Investimentos Imobiliários (sócio, com participação de R$ 6.592.000,00); Maxcap Maxhaus Participações Ltda. (sócio, com participação de R$ 69.389,00); Andreas Auerbach, Luiz Henrique de Vasconcellos, Samuel Augusto de Oliveira Filho e José Paim de Andrade Júnior (administradores);

Acesso ao Sumário

Ressalta-se que **todas as empresas retro mencionadas**, com exceção da empresa MaxCap Lareh, LLC, **estão situadas no mesmo endereço à Rua Helena, 260, 2º andar, conjunto 24,Vila Olímpia/SP**, o mesmo ocorrendo com a empresa MaxCap Real Estate Investment Advisors Ltda., que as ora agravadas alegaram ser a única detentora da marca "Maxcasa".

Tal alegação (relativa ao uso da marca "Maxcasa" apenas pela empresa MaxCap Real Estate Investment Advisors Ltda.), aliás, encontra-se em evidente contradição com o que consta da cópia do **Comprovante de Inscrição e de Situação Cadastral emitido pelo Cadastro Nacional da Pessoa Jurídica da**

RFB (fls. 59), cujo teor restou incontroverso, e, ainda que assim não fosse, a descrição da empresa **Maxcasa III Empreendimentos Imobiliários Ltda.** evidencia que a MaxCap Real Estate Investment Advisors Ltda. está envolvida tanto no empreendimento em questão nos autos, quanto no quadro social das empresas agravadas, **o que corrobora a associação da marca às corrés**.

V) Ora, o que ocorre é a existência de um mesmo grupo econômico que, para cada empreendimento, cria uma nova pessoa jurídica.

Tal conduta não é ilícita, mas se justifica para **fins de proteção do consumidor e não da empresa**, como se vê, em especial, nos arts. 31-A, 31-E e 31-F da Lei nº 4.591/1964, nesta incluídos pela Lei nº 10.931/2004 (art. 53), ao determinar a criação de um patrimônio de afetação. Esta última lei, aliás, determina que o incorporador mantenha "escrituração contábil segregada para cada incorporação submetida ao regime especial de tributação" (art. 7º).

Daí a razão, de criação, por exemplo, de *sociedades de propósito específico* (as "SPE") como se vê, por exemplo, em caso envolvendo a também incorporadora e contrutora *Gafisa*: Ap. nº 0021429-69.2013.8.26.0562 (Rel. Des. Carlos Alberto Garbi, j. 26/3/2013, 10ª Câmara de Direito Privado).

Assim, não subsistem as preliminares de ilegitimidade passiva invocadas pelas corrés agravadas, impondo-se, neste aspecto, a aplicação da teoria da aparência diante da relação de consumo existente entre as partes.

Em caso envolvendo o grupo empresarial que tem como elemento designativo comum a partícula "**ECO**" (**Eco**esfera e **Eco**life - Ap. nº 0131369-94.2012.8.26.0100, j. 27/6/2013, 6ª Câmara de Direito Privado), este Relator teve a oportunidade de votar da seguinte forma:

> "IV) Da legitimidade passiva dos réus.
>
> Também não subsistem as preliminares de ilegitimidade passiva invocadas pelas rés 'PDG' e 'Real Prime', impondo-se, nesse aspecto, a aplicação da teoria da aparência diante da relação de consumo existente entre as partes.
>
> Nesse diapasão, relevante ressaltar que as referidas corrés também se apresentaram como fornecedoras perante os contratantes, aparecendo no contrato, juntamente com o logotipo da 'Ecolife', os símbolos identificadores da 'PDG Realty' e da 'Esfera Incorporadora' (atual 'Real Prime'), de modo que não podem, agora, invocar inexistência de responsabilidade.
>
> Aliás, se assinou o contrato como interveniente anuente, não subsiste a alegação da 'Real Prime' no sentido de que já não era mais responsável pela gestão do empreendimento.
>
> Se assim fosse, não teria a empresa qualquer interesse em subscrever e participar da negociação.

Acesso ao Sumário

> Ademais, como bem observou o MM. Juiz de origem, '*a PDG REALTY também atuava junto aos clientes-adquirentes, ao ter respondido, conjuntamente com a ECOLIFE SANTANA, a notificação extrajudicial enviada pela autora, bem como, até mesmo, como se depreende da cláusula 13.5, junto à construtora TECCO TECNOLOGIA EM CONSTRUÇÕES LTDA. (fls. 326)*.' (fls. 553 - 3º vol.)".

Tal percepção também ocorreu na Ap. nº 0180386-36.2011.8.26.0100 (Rel. Des. Beretta da Silveira, j. 03/9/2013, 3ª Câmara de Direito Privado); e na Ap. nº 0223438-82.2011.8.26.0100 (Rel. Des. Carlos Henrique Miguel Trevisan, j. 22/8/2013, 4ª Câmara de Direito Privado).

VI) Ademais, conforme as "notas explicativas às demonstrações financeiras" dos anos de 2007 e 2008, anexadas à ata da Assembleia Geral Extraordinária da empresa Maxcasa S/A realizada em 24.04.2012 (cópia às fls. 74/82), esta corré/agravada participou, inclusive, da administração da Sociedade de Propósito Específico (SPE) Maxcasa III Empreendimentos Imobiliários Ltda. (fls. 82), com quem foi firmado o contrato em questão, o que, aliás, ela própria reconheceu na contestação que apresentou (cópia às fls. 641/651), nos seguintes termos: "A MAXCASA S.A. é bem verdade que por um período foi sócia da SPE MAXCASA III. Essa sociedade tinha finalidade exclusiva de gerir inicialmente o projeto e o que se viu foi a retirada da MAXCASA S.A. da sociedade em 02.01.2012, com a estabilização da SPE MAXCASA III." (fls. 644), e, segundo consta, tal retirada "coincidiu" com o ingresso da corré Maxcap Maxhaus (de quem a Maxcasa S.A. é sócia) na sociedade da SPE Maxcasa III.

Dessa forma, verifica-se que as corrés, além de obterem benefício econômico com o empreendimento, dele participaram ativamente, inclusive, em atos de gestão.

VII) Portanto, deve ser reformada a r. decisão agravada, para reconhecer a legitimidade passiva de Maxcasa S.A. e Maxcap Maxhaus Participações Ltda., ora agravadas.

Pelo exposto, **dá-se provimento ao agravo de instrumento**.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2090263-59.2014.8.26.0000, da Comarca de Getulina, em que é agravante ALEXANDRO TAKAYASSU INAMURA, é agravado JOSE DIMAS SOARES RIBEIRO BELLAM.

ACORDAM, em 15ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso.

V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 21408)**

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

São Paulo, 28 de outubro de 2014.

MANOEL MATTOS, Relator

Ementa: EXECUÇÃO DE TÍTULO EXTRAJUDICIAL – Concurso particular – Múltiplas penhoras sobre um mesmo bem – Existência de vários credores – Pagamentos percebidos na ordem cronológica das penhoras – Decisão mantida – Recurso desprovido.

VOTO

Cuida-se de agravo de instrumento tirado contra decisão do MM. Juiz que em execução determinou que somente eventual saldo remanescente será objeto de penhora em favor do agravante.

Insurge-se o recorrente, aduzindo que teria direito a reserva do produto originário da arrematação. Postula o provimento do recurso.

Recurso regularmente instruído, denegado o efeito suspensivo (fls. 52), dispensadas as informações do MM. Juiz e contraminuta do agravado.

É o relatório.

O recurso não merece provido.

A questão é que a incidência de múltiplas penhoras sobre um mesmo bem cria uma espécie de concurso, denominado concurso especial ou particular, previsto no artigo 613 do Código de Processo Civil, que não reúne todos os credores do executado, tampouco todos os seus bens. No concurso particular concorrem apenas os exequentes cujo crédito frente ao executado é garantido por um mesmo bem, sucessivamente penhorado.

Preleciona ARAKEN DE ASSIS que "*a multiplicidade de penhoras não provocará, fatalmente, o concurso [particular] universal, o qual é presidido pela igualdade de tratamento dos credores dentro da mesma classe. Ela importará o concurso de preferências, em que os quirografários perceberão integralmente seus créditos na ordem cronológica das penhoras e até o esgotamento das forças do bem penhorado*" (Manual da execução. São Paulo: RT, 10ª ed., 206, p.656).

Aliás, o próprio artigo 612 do CPC, que inicia as disposições gerais acerca das diversas espécies de execução, adota premissa de solvência do executado, consignando que, "*ressalvado o caso de insolvência do devedor, em que tem*

Acesso ao Sumário

lugar o concurso universal (art. 751, I), realiza-se a execução no interesse do credor, que adquire, pela penhora, o direito de preferência sobre os bens penhorados".

Na hipótese dos autos, o pagamento segue a regra do artigo 711 do CPC, segundo qual "*concorrendo vários credores, o dinheiro ser-lhes-á distribuído e entregue consoante a ordem das respectivas prelações; não havendo título legal à preferência, receberá em primeiro lugar o credor que promoveu a execução, cabendo aos demais concorrentes direto sobre a importância restante, observada a anterioridade de cada penhora*".

Verifico nos autos que houve perfeita descrição na r. decisão recorrida de como se sucederão os pagamentos, ou seja, de acordo com o privilégio do crédito (da União) e, no mais, de acordo com a anterioridade das penhoras (fls. 22/23).

Ao agravante, restou indeferida a penhora no rosto dos autos nº 471/2007, deferindo-se tão somente a reserva do produto originário da arrematação, portanto, somente irá receber se houver sobra de numerário.

Assim, a r. decisão recorrida, respeitando os ditames legais, condicionou a penhora à existência de eventual saldo remanescente.

Correta, pois, a decisão agravada, merecendo mantida por seus jurídicos fundamentos, além dos ora acrescidos.

Posto isso, nego provimento ao recurso.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2163149-56.2014.8.26.0000, da Comarca de São Carlos, em que é agravante FRANCIELI MANIEZO DIAS VIANA, são agravados ANDREZA FONSECA, JAIR FONSECA e ZELMA ISABEL CHIVA FONSECA.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 11ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 15.127)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores GILBERTO DOS SANTOS (Presidente) e MARINO NETO.

São Paulo, 10 de novembro de 2014.

RENATO RANGEL DESINANO, Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: EXECUÇÃO DE TÍTULO EXTRAJUDICIAL – Instrumento particular de confissão de dívida – Decisão que homologou acordo entre as partes e declarou insubsistente a penhora que recaiu sobre o imóvel dos executados, sob o entendimento de que o bem lhes serve de moradia – Insurgência do exequente – Pretensão de manutenção da constrição, sob a alegação de que o imóvel foi dado em garantia hipotecária ao crédito exequendo – Inadmissibilidade – Não incidência da exceção do artigo 3º, V, da Lei nº 8.009/90 – Título executivo que não contém previsão de garantia hipotecária – Decisão mantida – RECURSO NÃO PROVIDO.

VOTO

Trata-se de agravo de instrumento tirado de decisão que, em "*ação de execução de título extrajudicial*" ajuizada por FRANCIELI MANIEZO DIAS VIANA contra ANDREZA FONSECA, JAIR FONSECA E ZELMA ISABEL CHIVA FONSECA, homologou o acordo celebrado pelas partes e declarou insubsistente a penhora que recaiu sobre o único imóvel dos executados, sob o fundamento de que o bem lhes serve de moradia (fl. 38).

Inconformada, recorre a exequente. Alega que a decisão agravada é *extra petita*, pois homologou acordo que não reflete a livre manifestação de vontade das partes, declarando insubsistente a penhora do imóvel que os executados ofereceram como garantia hipotecária ao contrato firmado entre as partes. Argumenta que o artigo 3º, V, da Lei nº 8.009/90 prevê a possibilidade de penhora do bem de família quando o próprio imóvel for oferecido em garantia real pelo devedor. Pleiteia seja reformada a decisão que declarou insubsistente a penhora, para que seja mantida a constrição sobre o imóvel dos executados, como forma de garantir o cumprimento do acordo homologado.

Recurso recebido, não contrariado e remetido ao julgamento virtual.

É o relatório.

PASSO A VOTAR.

Trata-se de ação de execução lastreada em "Instrumento particular de confissão e termo de acordo para parcelamento de dívida" (fls. 11/12), no valor de R$ 284.344,77.

A análise dos autos revela que, em garantia do cumprimento das obrigações constantes do título exequendo, os devedores ofereceram "*os direitos que possuem sobre o imóvel residencial da Rua Bernardino Fernandes Nunes, nº 239, melhor descrito na Transcrição nº 49.269 do CRI de São Carlos,*

Acesso ao Sumário

autorizando desde já a averbação deste compromisso" (fl. 11).

Verifica-se, ademais, que, nos autos do feito executivo ocorreu a penhora do referido imóvel (fl. 19).

Após a constrição, os executados formularam, por meio da petição de fls. 21/22, proposta de acordo, por meio da qual se comprometeram a pagar a quantia mensal de R$ 1.000,00, até a quitação do débito. Informaram, ainda, que não possuem outros bens passíveis de penhora, mas tão somente o imóvel indicado nos autos, que lhes serve de residência.

Instado a manifestar-se sobre tal proposta, a exequente concordou com seus termos. Requereu, todavia, a subsistência da constrição sobre o imóvel dado como garantia no título que embasa a ação de execução (fls. 24/25).

Diante da pretensão de manutenção da penhora, os executados manifestaram-se novamente, requerendo a nulidade da penhora realizada, em razão de o imóvel constrito constituir a residência dos devedores.

O D. Juízo *a quo* homologou o acordo celebrado entre as partes. Contudo, declarou insubsistente a penhora, nos seguintes termos (fl. 38):

> *"Fls. 44/45 e 49/50: homologo o acordo celebrado pelas partes, para que surta os seus jurídicos e legais efeitos. Há resolução de mérito, nos termos do inciso III, do art. 269, do CPC. Declaro insubsistente a penhora que recaiu sobre o único bem imóvel dos executados e que lhes serve de moradia (art. 6º, caput, da CF). Aguarde-se o cumprimento do acordo nos termos do art. 792, do CPC."*

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

A pretensão não merece acolhida.

O objeto do inconformismo da recorrente diz respeito ao reconhecimento da impenhorabilidade pelo juízo monocrático.

Com efeito, a agravante pretende a reforma da decisão que declarou insubsistente a penhora, para que seja mantida a constrição sobre o imóvel dos executados, a fim de garantir o cumprimento do acordo homologado pelo D. Juízo *a quo* (fl. 06). Alega que a impenhorabilidade do bem de família não se aplica ao presente caso, haja vista que o imóvel foi dado em garantia hipotecária pelos executados.

Acesso ao Sumário

Segundo o artigo 1º da Lei nº 8.009/90:

> "*Art. 1º* ***O imóvel residencial próprio do casal, ou da entidade familiar, é impenhorável e não responderá por qualquer tipo de dívida civil****, comercial, fiscal, previdenciária ou de outra natureza, contraída pelos cônjuges ou pelos pais ou filhos que sejam seus proprietários e nele residam,* ***salvo nas hipóteses previstas nesta lei***." (Grifo nosso)

Por seu turno, o artigo 3º do mesmo diploma legal estabelece as exceções

à regra insculpida no citado artigo 1º.

Na hipótese dos autos, a agravante fundamenta seu pedido na exceção do inciso V. Confira-se seu teor:

"*Art. 3º A impenhorabilidade é oponível em qualquer processo de execução civil, fiscal, previdenciária, trabalhista ou de outra natureza, salvo se movido:*

(...)

V - para execução de hipoteca sobre o imóvel oferecido como garantia real pelo casal ou pela entidade familiar."

A leitura conjunta dos dispositivos acima transcritos revela que o imóvel residencial da entidade familiar é impenhorável, exceto quando for dado em garantia hipotecária ao crédito exequendo.

Ocorre que não consta do título exequendo que a garantia oferecida pelos devedores foi hipoteca que recairia sobre o imóvel penhorado (fl. 11).

Nesse passo, cumpre salientar que, dado o caráter restritivo da norma, não se admite que seja interpretada de maneira extensiva.

Nesse sentido é o entendimento firme do Superior Tribunal de Justiça:

"DIREITO CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. DUPLICATA ACEITA. CAUSA DEBENDI. REEXAME DE PROVAS. INCIDÊNCIA DA SÚMULA 7. IMPENHORABILIDADE DO BEM DE FAMÍLIA. IMÓVEL DADO EM HIPOTECA PARA GARANTIR DÍVIDA DE TERCEIRO. NÃO APLICAÇÃO DA EXCEÇÃO PREVISTA NO ART. 3º, INCISO V, DA LEI N. 8.009/90.

1. A discussão acerca da causa debendi subjacente à emissão de duplicata mercantil encontra óbice na Súmula 7/STJ. Ademais, a jurisprudência da Casa vem afirmando, de forma reiterada, que, havendo aceite, de regra, o aceitante se vincula à duplicata, afastada a possibilidade de investigação quanto ao negócio causal.

2. ***O caráter protetivo da Lei n. 8.009/90 impõe sejam as exceções nela estabelecidas interpretadas restritivamente****. Nesse sentido, a exceção prevista no inciso V do artigo 3º da Lei 8.009/90 abarca somente a hipoteca constituída como garantia de dívida própria do casal ou da família, não alcançando aquela que tenha sido constituída em garantia de dívida de terceiro.*

3. Recurso especial parcialmente provido".

(REsp nº 997.261/SC, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, 4ª Turma, j. 15/03/2012)

Assim, não tendo sido o imóvel dado em garantia hipotecária do crédito exequendo, não há que se falar na incidência da exceção constante do artigo 3º,

Acesso ao Sumário

inciso V, da Lei nº 8.009/90.

Portanto, merece ser mantida a r. decisão agravada.

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

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2064681-91.2013.8.26.0000, da Comarca de Guarulhos, em que é agravante ORVAL INDUSTRIAL LIMITADA, são agravados OPM INTERMEDIAÇÃO DE NEGÓCIOS S/C LIMITADA, MOSHE KLINOVSKY e CLARA KLINOVSKI.

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 parcial ao recurso, nos termos que constarão do acórdão. V.U.", de conformidade com o voto da Relatora, que integra este acórdão. **(Voto nº 10.814)**

O julgamento teve a participação dos Excelentíssimos Desembargadores JACOB VALENTE (Presidente sem voto), JOSÉ REYNALDO e CERQUEIRA LEITE.

São Paulo, 11 de novembro de 2014.

SANDRA GALHARDO ESTEVES, Relatora

Ementa: CUMPRIMENTO DE SENTENÇA. PENHORA DE BEM IMÓVEL. AVALIAÇÃO EM VALOR MUITO SUPERIOR AO DÉBITO EXECUTADO. IMPUGNAÇÃO. ALEGAÇÃO DE EXCESSO DE CONSTRIÇÃO. NÃO OCORRÊNCIA. AUSÊNCIA DE OUTROS BENS PASSÍVEIS DE FAZER FRENTE À DÍVIDA. POSSIBILIDADE DE RESTITUIÇÃO DA QUANTIA SUBJACENTE À VENDA DO BEM AO PATRIMÔNIO DOS EXECUTADOS. DECISÃO REFORMADA.

Na ausência de outros bens dos devedores, a penhora do único bem localizado, ainda que em valor superior ao da dívida, não pode ser entendida como excessiva. Até porque, após o pagamento do credor, a quantia subjacente deverá ser restituída aos devedores e, por

Acesso ao Sumário

consequência, estes não serão prejudicados, a ponto de ter seu patrimônio reduzido além do valor devido na execução.

LITIGÂNCIA DE MÁ-FÉ. NÃO CONFIGURAÇÃO.

Embora se mostre evidente que os agravados tentam resistir ao pagamento do débito, não é possível a verificação de que agem com deslealdade processual, uma vez cabíveis, ao caso, as ferramentas processuais por eles utilizadas. Portanto, ao menos por ora, a medida extrema pretendida pela agravante não comporta aplicação.

Agravo parcialmente provido.

VOTO

Vistos,

1. Trata-se de recurso de agravo na forma de instrumento interposto contra decisão, proferida em sede de cumprimento de sentença, que acolheu a impugnação oposta pelos agravados, reconhecendo a existência de excesso de penhora sobre o imóvel pertencente aos mesmos, e autorizou a substituição da constrição pelo bem oferecido.

Em síntese, sustenta a agravante que: a) os agravados tentam por todos os meios se esquivarem do cumprimento da obrigação imposta; b) o cumprimento de sentença se arrasta por mais de dez anos; c) os executados utilizam das ferramentas processuais de forma ardilosa, com o único intuito de burlar o pagamento do débito executado e as manobras por eles utilizadas configuram litigância de má-fé; d) se tivessem algum interesse em quitar o débito, poderiam ter vendido o veículo oferecido em substituição à penhora e depositado em Juízo o produto da venda.

Requereu a reforma da r. decisão, para que seja restituída a penhora que recaiu sobre o imóvel dos agravados, com a devida condenação dos mesmos em litigância de má-fé.

O recurso foi impulsionado com efeito suspensivo.

Os agravados, embora devidamente intimados, deixaram de apresentar resposta.

É o relatório do necessário.

Decide-se.

2. Compulsando os autos, verifica-se que, a agravante ajuizou a originária ação de desconstituição de título em face de Opm Intermediação de Negócios S/C Ltda., cuja sentença julgou procedente o pedido, e condenou a ré ao

Acesso ao Sumário

pagamento das custas processuais e honorários advocatícios, arbitrados em 20% do valor da causa.

Em meados de 2001, a agravante deu início ao cumprimento de sentença e, após restaram infrutíferas todas as tentativas de satisfação do débito, a autora requereu a desconsideração da personalidade jurídica da executada, o que foi deferido, com a inserção dos sócios da executada no polo passivo da ação.

Assim, com a inclusão dos sócios da executada, a agravante, então, conseguiu realizar a penhora do imóvel sobre o qual paira a discussão.

O bem foi avaliado em R$ 290.000,00, cuja perícia foi realizada por expert indicado pelo Juízo, tendo as expensas da diligência sido suportadas pela exequente.

Posteriormente, os proprietários do imóvel, Moshe e Clara, após intimados sobre a constrição do bem, apresentaram impugnação aquele ato.

Como fundamento do pedido, os executados alegaram a existência de excesso de penhora sobre o imóvel, uma vez que o valor da dívida era muito inferior ao valor do bem, oferecendo em substituição um veículo de propriedade de terceiro, mediante apresentação de carta de anuência.

Em resposta, a exequente rechaçou as alegações dos impugnantes, afirmando que, novamente, tentaram se esquivar do adimplemento do débito, e requereu a improcedência do pedido.

Nesse liame, sobreveio a decisão guerreada:

Acolho a impugnação das executadas MOSH KLINOVSKY E CLARA KLINOVSKY. Com efeito, não revogar a penhora realizada no imóvel da propriedade das executadas seria permitir que houvesse excesso de penhora, considerando ademais, que as próprias executadas indicaram outro bem para satisfação da dívida. Observo que a condenação constante na sentença foi de que a parte sucumbente pagasse o valor de 20% calculado sobre o valor da causa fixado na impugnação ao valor da causa e há divergência a respeito do montante total devido. Assim, deverão as executadas no prazo de quinze dias indicar o paradeiro do veículo indicado a fls. 756, expedindo-se mandado de penhora. Averbe-se a penhora perante o sistema RENAJUD. Após, os autos deverão ir ao contador para cálculo da dívida. Intime-se.

3. Respeitado o entendimento da d. Magistrada, a insurgência da agravante comporta acolhimento.

Com efeito, é incontestável que o cumprimento de sentença já se arrasta por quase quinze anos e, até a presente data, a exequente não conseguiu realizar a satisfação do seu crédito.

Por outro lado, também é certo que, nos termos do art. 620 do Código

Acesso ao Sumário

de Processo Civil, a execução se fará pelo meio menos gravoso ao devedor, segundo a ordem de preferência estabelecida no art. 655 do mesmo diploma.

Contudo, ao que pode se extrair dos elementos apresentados, a exequente praticamente esgotou todas as tentativas de localizar bens dos executados passíveis de satisfazer a dívida, que foi reconhecida por sentença judicial transitada em julgado.

Esclarece-se que, ao contrário do que entendeu o d. juízo "a quo", o bem oferecido pelos executados, em substituição à penhora que recaiu sobre o imóvel, não serve para garantir a satisfação do débito cobrada na ação.

Observe-se que, na última planilha apresentada a exequente indicou como valor do débito executado a quantia de R$ 40.992,52 (fl. 790) e, mesmo esse valor seja reduzido pela metade após a realização da perícia contábil, o bem oferecido pelos executados não possui liquidez para fazer frente à execução.

Isso porque, os executados ofereceram em garantia um veículo modelo Fiat Uno, de propriedade de terceiro, que alegaram estar avaliado em R$ 25.000,00 (vinte e cinco mil reais).

Porém, conforme é de conhecimento notório, o mercado automobilístico está enfrentando enorme queda nas vendas, fato que acarretou a desvalorização dos veículos usados, como é o caso do bem oferecido pelos executados.

Acrescente-se, ao caso, ser impossível a constatação de que veículo será vendido por esse valor no leilão judicial, porquanto a arrematação dos bens, quase sempre se dá por valor inferior ao da avaliação.

Por fim, assiste razão a agravante, ao afirmar que os executados poderiam ter realizado a venda do bem a terceiro, e garantido a execução com o produto da venda.

Destaca-se que tal medida, além de ser a mais célere ao caso, poderia ocasionar a liberação da constrição que recaiu sobre o bem imóvel.

E, nesse prisma, não adianta alegar que a venda do bem a terceiro ensejaria fraude à execução, porquanto restou comprovado que o veículo não é de propriedade dos executados, estando livre e desimpedido para o comércio.

Assim, apesar de afirmarem existir meio menos gravoso para a execução da dívida, os executados também não indicaram nenhum outro bem penhorável que fosse capaz de satisfazê-la.

Portanto, na ausência de outros bens dos devedores, a penhora do único bem localizado, ainda que em valor muito superior ao da dívida, não pode ser entendida como excessiva.

Até porque, após o pagamento do credor, a quantia subjacente deverá ser restituída aos devedores e, por consequência, estes não serão prejudicados, a ponto de ter seu patrimônio reduzido além do valor devido na execução.

Acesso ao Sumário

Nesse sentido, confira os seguintes julgados:

"AGRAVO DE INSTRUMENTO. EXECUÇÃO DE TÍTULO EXTRAJUDICIAL. EXCESSO DE PENHORA AUSÊNCIA DE INDICAÇÃO DE BENS PARA SUBSTITUIÇÃO DO BEM PENHORADO. Havendo excesso de penhora, o executado pode requerer ao juízo sua redução, devendo, no entanto, apresentar bens que possam substituir o constrito e que tenham importância suficiente para saldar a dívida. Como se verifica nos autos, o Agravante não menciona, em momento algum, a intenção de apresentar bens que venham a substituir o imóvel constrito, de modo que não faz jus a redução pleiteada. Ademais, a fundamentação do Juiz de primeiro grau se mostra irrepreensível, pois em consonância com o entendimento mais abalizado deste Egrégio Tribunal de Justiça, já que a penhora em questão não acarreta qualquer prejuízo ao Agravante, uma vez que a diferença do valor do imóvel e do saldo da dívida será revertida integralmente ao Agravante DECISÃO MANTIDA - RECURSO IMPROVIDO." (TJSP - Ag. 0042893-89.2012.8.26.0000 - rel. Des. Eduardo Siqueira - j. 27/06/2012).

"EXECUÇÃO. TÍTULO EXTRAJUDICIAL. ALUGUÉIS E ENCARGOS. FIADORES. ALEGAÇÃO DE EXCESSO DE PENHORA. IMÓVEL DE VALOR SUPERIOR AO DÉBITO. PREVALECIMENTO DA CONSTRIÇÃO ANTE A AUSÊNCIA DE SOLUÇÃO DIVERSA. AGRAVO IMPROVIDO. Embora a execução deva ser realizada de modo menos gravoso para o executado, a inexistência de outros bens penhoráveis que não dificultem a atividade executória ou venham comprometer a satisfação do direito do credor, impossibilita cogitar de excesso de penhora, até porque a expropriação permitirá realizar o pagamento do credor e eventual sobra será restituída aos executados." (TJSP - Ag. 0017584-66.2012.8.26.0000 - rel. Des. Antonio Rigolin - j. 14/02/2012).

Assim, impõe-se a manutenção da penhora que recaiu sobre o imóvel de propriedade dos executados, sendo imperativa a reforma da r. decisão agravada.

4. Quanto ao pedido de condenação dos agravados por litigância de má-fé, embora se mostre evidente que tentam resistir ao pagamento do débito, não é possível a verificação de prática de deslealdade processual dos mesmos, uma vez que as ferramentas processuais utilizadas por eles eram cabíveis ao caso. Portanto, ao menos por ora, a medida extrema pretendida pela agravante não comporta aplicação.

5. Em face ao exposto, dá-se parcial provimento ao recurso de agravo de instrumento, para determinar o restabelecimento da penhora, que recaiu sobre o imóvel de propriedade dos executados, e o prosseguimento da execução de sentença em seus ulteriores termos.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2057943-53.2014.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é agravante BANCO SANTOS (MASSA FALIDA), são agravados GOOD WORLD ARTIGOS E PRESENTES LTDA. e LEONARDO RIEKSTINS.

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 25.120)**

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

São Paulo, 13 de novembro de 2014.

CERQUEIRA LEITE, Relator

Ementa: Cumprimento de sentença - Título judicial constituído em ação monitória - Desconsideração da personalidade da pessoa jurídica - Bloqueio "on line" de ativos financeiros de coexecutado, fiador da pessoa jurídica, muito aquém do "quantum debeatur" - Situação cadastral de encerramento das atividades - Distrato social, no qual as sócias declararam que a sociedade não tinha passivo, falsamente - Encerramento irregular, desvio da personalidade jurídica ou abuso - Desconsideração da personalidade jurídica cabível - Agravo de instrumento provido, para a inclusão das sócias no polo passivo.

Acesso ao Sumário

VOTO

Em curso a fase de cumprimento de sentença nos autos de ação monitória que a massa falida agravante move contra os agravados, o juízo de primeiro grau indeferiu pedido de desconsideração da personalidade jurídica da coexecutada Good World Artigos e Presentes Ltda., a fim de ser ampliado o polo passivo e incluídas as sócias, sob o fundamento de que não basta a insuficiência de bens penhoráveis para a medida pleiteada.

Inconformada, a agravante objeta e expõe que é evidente o uso abusivo pelas sócias, Sun Temei e Maria de Fátima Moura Silva, da personalidade da pessoa jurídica, ao captar recursos no mercado financeiro e não honrar com as

obrigações, além de encerrar a empresa de forma irregular, conforme documentos juntados ao processo, o que caracteriza fraude e desvio de finalidade. Aduz que o bloqueio "***on line***" de ativos financeiros alcançou ínfimos R$ 12.047,74, inviabilizando a satisfação do seu crédito. Busca reforma.

Deferido efeito suspensivo ao recurso e sustado o arquivamento do processo, os agravados contraminutaram e a douta Procuradoria Geral de Justiça opinou pelo provimento do recurso.

É o relatório.

Os documentos de fls. 284/288, ou fls. 268/272 do processo, demonstram que somente foram bloqueados ativos financeiros em contas do coagravado Leonardo Riekstins. Já os documentos a fls. 316/319 e fls. 409/412, ou fls. 302/304 e fls. 420/423 do processo, provam que a coagravada Good World Artigos e Presentes Ltda. encerrou as suas atividades em junho de 2009 e suas sócias declararam no distrato social que a sociedade não tinha passivo exigível a cumprir.

Ora, é translúcido que o distrato não retrata a verdade, visto que a ação monitória na fase de cumprimento de sentença foi ajuizada em agosto de 2005 e à época dizia respeito à dívida de mais de R$ 1.270.000,00 por força de contrato de mútuo com o banco falido, no qual o coagravado Leonardo é fiador.

Portanto, a empresa coagravada teve as atividades encerradas e não reservou bens no intuito de garantir credores, declarando suas sócias, Sun Temei e Maria de Fátima Moura Silva, falsamente, que não havia passivo a ser pago.

Procede o inconformismo da agravante.

É cediço que uma das mais decisivas consequências da concessão da personalidade jurídica, outorgada pela lei, é a sua autonomia patrimonial, de sorte a tornar a responsabilidade dos sócios estranha à responsabilidade social.

Entretanto, a fim de abrandar esse aforisma, há a teoria da desconsideração da personalidade jurídica, também chamada doutrina da penetração, ou, em idioma alienígena, ***"disregard of legal entity", "lifting the corporate veil"*** ou ***"desestimacion de la personalidad jurídica"***, de maneira a justificar que se descortine o véu, que se penetre no âmago da pessoa jurídica para indagar de certos atos dos sócios ou do destino de certos bens.

A razão primordial dessa teoria está no fato de que todos têm, no exercício dos seus direitos e na execução das suas obrigações, de agir de acordo com a boa-fé.

Rubens Requião, em antigo ensaio intitulado "Abuso de Direito e Fraude Através da Personalidade Jurídica", estampado na RT 410/12-24, ensina que a doutrina da desconsideração nega o absolutismo do direito da personalidade jurídica e a relatividade desse direito leva a digressões sobre a teoria do abuso de direito criada na jurisprudência francesa. Segundo o ensaísta, deve-se a

Acesso ao Sumário

Josserand a sistematização do estudo, para quem o mais alto atributo do Direito é a sua finalidade social.

A bem dessa finalidade social é que certos atos, embora conforme à lei, podem ser abusivos. O abuso de direito não é, por imperativo, igual ao ato ilícito ou ao ato fraudulento. Não é mister a prova da ilicitude ou da fraude; basta o uso inadequado do direito.

Rubens Requião transcreve o lapidar conceito de Pedro Batista Martins para a teoria do abuso de direito, resumido na monografia "Abuso do Direito e o Ato Ilícito", tal seja: "*O titular de um direito que, entre vários meios de realizá-lo, escolhe precisamente o que, sendo mais danoso para outrem, não é o mais útil para si, ou mais adequado ao espírito da instituição, comete, sem dúvida, um ato abusivo, atentando contra a justa medida dos interesses em conflito e contra o equilíbrio das relações jurídicas*".

O encerramento das atividades da pessoa jurídica não deve ser razão suficiente à frustração do direito da exequente, adrede constituído, pelo fetichismo de que a sociedade não se confunde com a pessoa dos sócios. Pouco importa se ocorreu desvio de bens ou só a falta de reserva de bens, do contrário a ação do Estado-Juiz estaria à mercê de multifários expedientes na realização da boa justiça.

Cumpre impedir o abuso de direito, porque agem assim os sócios que encerram a pessoa jurídica sem a satisfação de todos os credores. Ninguém pode ser compelido à ruína ou falência, isto é, prosseguir em ramo de atividade sem resultado e lucratividade, porém ao optar pela alternativa que lhe convém não é jurídico que o faça a dano de outrem.

Aí está o abuso da personalidade jurídica a que se refere o art. 50 do atual Código Civil, sem se esquecer que os arts. 1.023 e 1.024 do mesmo estatuto estendem ao patrimônio particular dos sócios a garantia por dívidas da sociedade, quando os bens desta não são suficientes.

Diante do exposto, dá-se provimento parcial ao recurso, para a inclusão das sócias da coagravada no polo passivo.

DECLARAÇÃO DE VOTO VENCEDOR

(Voto nº 15859)

Esta C. Câmara vota no sentido de dar provimento ao recurso para reformar a r. decisão agravada e deferir a desconsideração da personalidade jurídica da sociedade Agravada. Fundamenta-se o voto condutor no fato de ela ter encerrado suas atividades irregularmente, e sem deixar bens suficientes para pagamentos dos seus credores, o que representaria abuso de personalidade.

Acesso ao Sumário

No presente caso, a relação entre as partes tem natureza comercial, aplicando-se a disciplina civilista, prevista no art. 50 do Código Civil.

Por essa disciplina, é necessária a conjunção da insolvência do devedor, do abuso de personalidade - entendido como confusão patrimonial ou desvio de finalidade - e de requerimento da parte para que a personalidade jurídica seja desconsiderada.

Tenho votado no sentido de que o mero encerramento irregular das atividades da empresa sem a reserva de bens para pagamento dos credores não representa, por si só, abuso de personalidade (A.I. nº 2013040-30.2014.8.26.0000, j. 02/07/2014; A.I. nº 2030367-85.2014.8.26.0000, j. 02/07/2014; Ap. nº 0020619-69.2010.8.26.0011, j. 02/07/2014; A.I. nº 2003265-88.2014.8.26.0000, j. 23/05/2014).

Na espécie, entretanto, conforme consignado no voto condutor:

> "... os documentos a fls. 316/319 e fls. 409/412, ou fls. 302/304 e fls. 420/423 do processo, provam que a coagravada Good World Artigos e Presentes Ltda. encerrou as suas atividades em junho de 2009 **e suas sócias declararam no distrato social que a sociedade não tinha passivo exigível a cumprir**.
>
> Ora, **é translúcido que o distrato não retrata a verdade**, visto que a ação monitória na fase de cumprimento de sentença foi ajuizada em agosto de 2005 e à época dizia respeito à dívida de mais de R$ 1.270.000,00 por força de contrato de mútuo com o banco falido, no qual o agravado é fiador." (destaques acrescentados)

Tais documentos comprovam de forma clara o abuso da personalidade jurídica da empresa agravada caracterizado pela confusão patrimonial, pois, mesmo sabendo da existência de dívidas em nome da sociedade, declararam o contrário e embolsaram a importância de R$ 20.000,00 (vinte mil reais), valor correspondente à totalidade do capital social, conforme item I do termo de distrato social (fls. 422).

Dessa forma, feita a ressalva acima, de rigor a reforma da r. decisão agravada para deferir o requerimento de desconsideração da personalidade jurídica da sociedade Agravada, nos termos do voto condutor.

Diante do exposto, feita a ressalva acima, acompanho o voto condutor para dar provimento ao recurso.

TASSO DUARTE DE MELO, Desembargador

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2141172-08.2014.8.26.0000, da Comarca de Campinas, em que é agravante ANADEC – ASSOCIAÇÃO NACIONAL DE DEFESA DA CIDADANIA E DO CONSUMIDOR, é agravado BROOKFIELD SÃO PAULO EMPREENDIMENTOS IMOBILIÁRIOS S.A..

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 30.947)**

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

São Paulo, 19 de novembro de 2014.

VITO GUGLIELMI, Relator

Ementa: AÇÃO CIVIL PÚBLICA. AGRAVO. DETERMINADA A EXPEDIÇÃO DE OFÍCIO A OUTRO JUÍZO SOLICITANDO INFORMAÇÕES ACERCA DE PROCESSO SOB SEGREDO DE JUSTIÇA. ADMISSIBILIDADE. AUSÊNCIA DE VIOLAÇÃO DO SEGREDO DE JUSTIÇA. INFORMAÇÕES, ADEMAIS, QUE PODERÃO SER ÚTEIS A DEMONSTRAR A LEGITIMIDADE DA AGRAVANTE PARA O PROSSEGUIMENTO DA DEMANDA. HIPÓTESE EM QUE O JUIZ PODE DETERMINAR A PRODUÇÃO DE PROVAS PARA A FORMAÇÃO DE SUA CONVICÇÃO. ART. 130 DO CPC. AUSÊNCIA DE PREJUÍZO. MAGISTRADO, ADEMAIS, QUE É O DESTINATÁRIO DA PROVA. RECURSO IMPROVIDO.

VOTO

1. Trata-se de agravo de instrumento interposto em ação civil pública, contra decisão que determinou a expedição de ofício a outro juízo solicitando informações acerca de processo que tramita sob segredo de justiça, atendendo a manifestação do representante do Ministério Público.

A agravante sustenta que o representante do Ministério Público atuante nos autos agiu com a deliberada intenção de prejudicá-la ao requerer que fosse

Acesso ao Sumário

determinada a expedição de ofício ao juízo da 3ª Vara Cível de Campinas, para que viessem aos autos informações acerca de eventual decisão tomada naqueles autos. Alega que o D. Promotor tem conhecimento do andamento daqueles autos, visto que atua naquele feito, e que dolosamente ocultou do magistrado a informação de que ele tramita em segredo de justiça.

Acrescenta que a vinda aos autos das informações daquele feito, em que o Ministério Público requereu a dissolução da associação agravante, causaria grande prejuízo, visto que a outra parte neste feito passaria a ter conhecimento das informações. Ademais, segundo alega, sendo este processo público, as informações passariam a espalhar-se, à luz do princípio da publicidade, violando, na prática, o segredo de justiça daqueles autos. Conclui pela reforma da decisão, para impedir a expedição do ofício.

Foi negado o efeito suspensivo pleiteado (fls. 178/179).

Intimada a apresentar eventual oposição ao julgamento virtual, a agravante quedou-se inerte (fls. 182), porém insurgiu-se contra o conteúdo do despacho que negou o efeito suspensivo, por meio de Agravo Regimental (fls. 184/190), o qual não foi conhecido pela turma julgadora (fls. 193/196).

É o relatório.

2. Não merece acolhimento o reclamo.

A determinação de expedição de ofício à 3ª Vara Cível de Campinas, na forma como determinado pelo magistrado em nada ofende o segredo de justiça, seja de forma direta, ou indireta, como quer a agravante.

Em verdade falta à argumentação da agravante lógica e coerência. Sustenta que o D. Promotor de Justiça a persegue e pratica atos que ela classifica como "levianos" e "de má-fé" ao requerer a expedição de ofício à 3ª Vara Cível para que venham aos autos informações sobre aquela ação. Alega que o D. Promotor "tem pleno conhecimento" do andamento do feito, e que "dolosamente" ocultou a situação de segredo de justiça, para prejudicar a parte.

Ora, a conduta do representante do *parquet* demonstra, ao contrário do que sustenta a agravante, respeito pelo segredo de justiça, e não intenção de violá-lo. Como a própria agravante apontou em seu recurso (fls. 05), "o Dr. Promotor poderia, se assim não fosse (segredo de justiça), ter colacionado tantas notícias quanto quisesse, relativo àquele processo de desconstituição...". Assim sendo, o requerimento formulado pelo D. Promotor demonstra exatamente o oposto da interpretação que lhe dá a agravante: ciente de que não deveria trazer aos autos por mão própria as informações acerca daquele feito, requereu do magistrado que solicitasse diretamente àquela outra vara as informações, caso julgasse apropriado e necessário ao deslinde da causa.

Cabe lembrar que o segredo de justiça destina-se a impedir a divulgação de informações referentes aos autos pelas partes, e não se estende ao magistrado.

Acesso ao Sumário

O manto do segredo de justiça não pode servir para ocultar informações que possam ser de interesse do magistrado na formação de sua convicção para o julgamento da demanda. Sob esse prisma, formulado o requerimento pelo Ministério Público, a agravante teve oportunidade de manifestar sua discordância, em termos muito próximos daqueles utilizados no presente agravo, e diante de ambas as manifestações, o magistrado julgou conveniente solicitar as informações, na forma requerida pelo D. Promotor.

Não cabe falar em "dolo" do D. Promotor, muito menos na possibilidade de o magistrado estar sendo "iludido" pelo representante do *parquet*. Evidentemente o magistrado tomou sua decisão totalmente consciente da circunstância em que se tramitam os autos da outra demanda, até porque a agravante teve a oportunidade, como já dito, de chamar-lhe a atenção para tal fato.

Nunca é demais lembrar, destinatário da prova é o próprio juiz, cabendo ele, portanto, aferir da necessidade e adequação dos pedidos, e não às partes.

Primeiro, porque as provas são produzidas para o convencimento do Magistrado. Segundo, porque o deferimento delas é faculdade do juiz.

Nem se perca que o Magistrado, a teor do artigo 130 do Código de Processo Civil, pode determinar a realização de diligências que entende úteis para a formação de sua convicção.

Se o Magistrado, portanto, entendeu que a prova era útil para formação de seu convencimento, e inexistindo vedação legal à sua produção, é correta sua determinação.

Do mesmo modo, e nesse sentido tem se orientado este Relator, como se pode verificar no julgamento dos Agravos de Instrumento 370.092-4/8, da Comarca de Bauru; 381.999.4/2, São Paulo/Foro Regional de Penha de França e, ainda, da Apelação Cível nº 325.116.4/4, da Comarca de São Carlos. E, mais recentemente, no julgamento do Agravo de Instrumento 387.361-4/5-00, da Comarca de São Joaquim da Barra.

Observe-se, no caso em tela, que em se tratando o outro processo de ação de dissolução da sociedade, o resultado daquele julgamento poderá interferir inclusive na legitimidade da agravante para atuar como autora neste feito, o que, por óbvio, justifica a relevância das informações solicitadas.

Por fim, quando vierem as informações daqueles autos, se a agravante julgar que o conteúdo das informações possa causar-lhe algum prejuízo, bastará que requeira ao juiz da causa que determine a tramitação deste feito também em segredo de justiça, para proteger o sigilo das informações.

Certamente, também, caso o magistrado entenda que o conteúdo das informações viola de alguma forma o segredo de justiça, na forma indireta como preconizado pela agravante, bastará que determine o arquivamento daquele documento em pasta separada, no cartório, ou até, caso julgue necessário, que

Acesso ao Sumário

determine ele mesmo, de ofício, a tramitação dos autos em segredo de justiça.

O que não se pode admitir, porém, é que a agravante pretenda impedir o acesso do magistrado ao conteúdo das informações constantes no outro processo, e que possam ter repercussão nestes autos.

Daí não merecer sucesso o reclamo.

3. Nestes termos, nega-se provimento ao recurso.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2154902-86.2014.8.26.0000, da Comarca de São José do Rio Preto, em que é agravante JAMIL DOS REIS, é agravado JAMIL DOS REIS JÚNIOR.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 3ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento em parte ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 36910)**

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

São Paulo, 2 de dezembro de 2014.

BERETTA DA SILVEIRA, Relator

Ementa: Prestação de contas. Sentença que julgou boas as contas apresentadas pelo credor. Deferimento da justiça gratuita. Pessoa física. Basta a simples declaração de próprio punho para que a parte obtenha o benefício. Gratuidade devida. Jurisprudência do STJ e desta Corte. Prescrição. Relação jurídica derivada de divisão de valores já recebidos a título de contrato de locação. Artigo 205 do Código Civil. Ação pessoal. Interlocutória reformada em parte. Recurso provido em parte.

VOTO

Trata-se de agravo de instrumento tirado contra decisão que, em sede de execução de título judicial, indeferiu pedido de assistência judiciária e rejeitou a exceção de pré-executividade arguida, determinando-se o prosseguimento da execução (pág. 10/11).

Objetiva o agravante os benefícios da assistência judiciária, bem como o reconhecimento da prescrição dos alugueres, com fundamento no artigo 206, § 3º, inciso I, do Código Civil.

Deferido pedido de efeito suspensivo por vislumbrar possibilidade de lesão grave e de difícil reparação.

Prestou as informações o n. Magistrado.

Não se manifesto o agravado.

É o relatório.

O recurso merece ser provido em parte.

De saída insta consignar que o agravante faz jus aos benefícios da assistência judiciária gratuita.

O artigo 4º, da Lei nº 1.060/50 não foi revogado pelo inciso LXXIV, do artigo 5º, da Constituição Federal, que, ao contrário, recepcionou o instituto da assistência judiciária. Não faria sentido garantir o acesso ao Judiciário e o Estado não ensejar oportunidade a quem não disponha de recursos para enfrentar as custas e despesas judiciais. Basta o interessado requerê-la. Dispensa-se, em princípio, produção de prova.

Nesse sentido: Agrv. Inst. nº 404.383-4/7-00, de Jundiaí, Agrv. Inst. nº 440.663.4/9-00, de Barretos, 3ª Câmara de Direito Privado, Agrv. Inst. 496.689-4/1-00, de Campinas, Agrv. Inst. nº 686.744.4/3-00, de Suzano, todos por minha relatoria.

O entendimento dos Tribunais Superiores está assentado na direção de que a simples afirmação de pobreza feita pela parte, até prova em contrário, é suficiente para que ela obtenha o benefício da assistência judiciária [Supremo Tribunal Federal (RE nº 206.531-5/RS, Rel. Francisco Rezek, DJU 07.02.97; RE nº 206.958-2/RS, Rel. Min. Moreira Alves, DJU 26.07.98) e do Superior Tribunal de Justiça (RSTJ 7/414, 57/412, 95/446)].

A Lei nº 1.060, de 5.2.50, que estabelece normas para a concessão de assistência judiciária aos necessitados, em seu artigo 4º, preceitua:

"A parte gozará da assistência judiciária, mediante simples afirmação, na própria petição inicial, de que não está em condições de pagar as custas do processo e os honorários de Advogado, sem prejuízo próprio ou de sua família".

Outrossim, a Lei nº 7.115, de 29.8.83, ao dispor sobre a prova documental nos casos que indica, estabelece em seu artigo 1º:

"A declaração destinada a fazer prova de vida, residência, pobreza, dependência econômica, homonímia ou bons antecedentes, quando firmada pelo próprio interessado ou por Procurador bastante, e sob as penas da lei, presume-se verdadeira".

Portanto, nada mais é necessário impor à parte para que ela obtenha os

Acesso ao Sumário

benefícios da assistência judiciária senão a sua singela declaração.

Nesse sentido:

"Agravo de Instrumento - Assistência judiciária - Basta simples declaração para parte no sentido de que não tem condições de arcar com as custas processuais e honorários advocatícios para fazer jus ao benefício - Inteligência do art. 4º da lei 1.060/50 - O fato de a beneficiária possuir bem imóvel, desde que não lhe produza renda, não afasta a possibilidade de ser beneficiária da assistência judiciária - Incumbe à parte contrária fazer prova em sentido contrário - Negado provimento." (Agrv. nº 778.214-1 - de Ribeirão Preto; Agrv. Inst. nº 809.520-9, de Campinas; Agrv. Inst. nº 1.124.401-2, de São Paulo, Agrv. Inst. nº 1.199.572-7, de Santos, Agrv. Inst. nº 441.238-4/7-00, de Guarulhos, Agrv. Inst. nº 440.663.4/9-00, de Barretos, Agrv. Inst. nº 441.314.4/4-00, de Santos, Agrv. Inst. nº 512.457.4/8-00, de São Paulo, Agrv. Inst. nº 590.478.4/4-00, de São Paulo, Agrv. Inst. nº 646.395.4/7-00, de Vargem Grande do Sul, Agrv. Inst. nº 649.441.4/0-00, de Santos, Agrv. Inst. nº 653.314.4/5-00, de Marília, Agrv. Inst. nº 678.397.4/5-00, de Presidente Prudente, Agrv. Inst. nº 678.466.4/0-00, de Bauru, Agrv. Inst. nº 685.108.4/4-00, de São Paulo, Agrv. Inst. nº 697.401.4/4-00, de São Paulo, todos por este relator, 3ª Câmara de Direito Privado).

No mesmo sentido, inúmeras decisões do Superior Tribunal de Justiça:

"Para se obter o benefício da assistência judiciária gratuita basta que seu beneficiário a requeira mediante simples afirmação do estado de miserabilidade, sendo desnecessária a sua comprovação. Recurso conhecido, mas improvido." (REsp nº 121799/RS, rel. Min. Hamilton Carvalhido, REsp nº 57531-RS (STJ)).

"Goza de presunção legal a declaração firmada sob as penas da lei de que o pagamento das custas judiciais importará em prejuízo do sustento próprio ou da família, somente sendo afastada por prova inequívoca em contrário a cargo do impugnante. Recurso conhecido e provido." (REsp nº 142448/RJ rel.: Ministro Cesar Asfor Rocha, REsp nº 151943/GO, rel. Ministro Salvio de Figueiredo Teixeira, REsp nº 154991/SP, Ministro Barros Monteiro, REsp nº 19552/RJ, rel. Ministro Cesar Asfor Rocha, REsp nº 91609/SP, REsp nº 96054/RS).

Acesso ao Sumário

Ademais, como dispõe o art. 7º, da Lei nº 1.060/50: *"A parte contrária poderá, em qualquer fase da lide, requerer a revogação dos benefícios de assistência, desde que prove a inexistência ou o desaparecimento dos requisitos essenciais à sua concessão"*.

Isso significa que a parte contrária, se entender inocorrente a hipótese, poderá manejar o incidente, no qual, aí sim, haverá a oportunidade para análise mais aprofundada da questão, a depender de largo espectro probatório, motivo

porque não se justifica o indeferimento, de ofício, da benesse.

Anote-se que a declaração de próprio punho do agravante foi juntada na ação (pág. 15). É o quanto basta para a concessão do benefício às pessoas físicas nesse primeiro momento.

No mérito, ajuizada ação de prestação de contas, a r. sentença condenou o requerido, ora agravante, na primeira fase, a prestar contas, e julgou boas as contas apresentadas pelo autor, embora tenha julgada extinta a demanda, na segunda fase (págs. 31/33).

Transitado em julgado o *decisum*, em 26/11/2012 (pág. 48), e embora, em 30/01/2013, tenha se ordenado o arquivamento dos autos, por não haver nada a executar (pág. 49), iniciou-se a fase executória, em 10/05/2014 (págs. 08/09), apresentando o executado, ora agravante, exceção de pré-executividade, sob o fundamento de que estavam prescritos os aluguéis devidos referentes ao período de maio de 2004 a maio de 2010, nos termos do artigo 206, § 3º, inciso I, do Código Civil, bem como requerendo a concessão dos benefícios da assistência judiciária gratuita (págs. 50/53).

Insta consignar que, apesar da r. sentença ter estabelecido que a ação de prestação de contas não se confundia com a ação de cobrança (pág. 33, penúltimo parágrafo), e em outra oportunidade também (pág. 49), permitiu-se o cumprimento daquela, tanto que apreciado não só pedido de execução de título, como a exceção apresentada pelo executado.

Nesse caminhar, ocorreu preclusão por não ter interposto o recurso no momento adequado.

Preclusão temporal, aquela que acarreta a perda da faculdade de praticar o ato pelo decurso do tempo, deixando a parte de praticar o ato ou praticado de forma incompleta ou irregular.

Preclusão é um instituto processual que privilegia o valor "*segurança jurídica*" das relações processuais, eis que delimita um espaço de tempo no processo propício para a prática de determinados atos, trazendo vantagens apenas àquele que o pratica, eis que diretamente relacionada à questão dos ônus processuais e, portanto, diz-se respeito somente às partes. Instituto relacionado com o formalismo processual. Todavia, não se pode esquecer do valor "*justiça*" no caso concreto e, que em situações peculiares, poderá haver a ponderação dos valores mencionados e preponderar o valor "*justiça*" em face do valor "**segurança jurídica**", já que corresponde aquele ao fim almejado pelo processo.

Lembrando CHIOVENDA, HUMBERTO THEODORO JÚNIOR assinala que a *preclusão* "*vem a ser a perda, extinção ou consumação de uma faculdade processual pelo fato de se haverem alcançado os limites assinalados por lei ao seu exercício*". E complementa: "*decorre a preclusão do fato de ser o processo uma sucessão de atos que devem ser ordenados por fases lógicas, a fim*

Acesso ao Sumário

de que se obtenha a prestação jurisdicional, com precisão e rapidez. Sem uma ordenação temporal desses atos e sem um limite de tempo para que as partes os pratiquem, o processo se transformaria numa rixa infindável". (Curso de Direito Processual Civil, 1º volume, Forense, 47ª Ed./2007, p. 601).

A matéria se encontra preclusa, coberta pelo manto da coisa julgada.

Há aqui o fenômeno da coisa julgada que tem, inclusive, proteção constitucional (CF, art. 5º, XXXVI), e não pode ser deixado de lado ao simples argumento de que a Lei nº 8.009/89 é de ordem pública. Não se o nega, mas tem isso alcance limitado que não pode ultrapassar a fronteira de outra barreira de ordem constitucional até mais poderosa, qual seja, a coisa julgada.

Coisa julgada material é a imutabilidade dos efeitos substanciais da sentença de mérito. Não é instituto confinado ao direito processual. Ela tem acima de tudo o significado político-institucional de assegurar a firmeza das situações jurídicas, tanto que erigida em garantia constitucional. Uma vez consumada, reputa-se consolidada no presente e para o futuro a situação jurídico-material das partes, relativa ao objeto do julgamento e às razões que uma delas tivesse para sustentar ou pretender alguma outra situação (Cândido Rangel Dinamarco, ob. cit.).

O artigo 467 enuncia que: "*Denomina-se coisa julgada material a eficácia, que torna imutável e indiscutível a sentença, não mais sujeita a recurso ordinário ou extraordinário*".

Tem-se a coisa julgada como um elemento imunizador dos efeitos que a sentença projeta para fora do processo e sobre a vida exterior dos litigantes, sua utilidade consiste em assegurar estabilidade a esses efeitos, impedindo que voltem a ser questionados depois de definitivamente estabelecidos por sentença não mais sujeita a recurso. 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 (Cândido Rangel Dinamarco, "*a coisa julgada entre as outras garantias constitucionais*").

Buscando apoio no renomado doutrinador acima mencionado, em uma obra ainda inédita, propõe ele a interpretação sistemática e evolutiva dos princípios e garantias constitucionais do processo civil, dizendo que "*nenhum princípio constitui um objetivo em si mesmo e todos eles, em seu conjunto, devem valer como meios de melhor proporcionar um sistema processual justo, capaz de efetivar a promessa constitucional de acesso à justiça (entendida esta como obtenção de soluções justas acesso à ordem jurídica justa). Como garantia-síntese do sistema, essa promessa é um indispensável ponto de partida para a correta compreensão global do conjunto de garantias constitucionais do processo civil*", com a consciência de que "os princípios existem para servir à

justiça e ao homem, não para serem servidos como fetiches da ordem processual" (Relativização da Coisa Julgada).

Justifica-se a autoridade da coisa julgada, sob o fundamento de ordem política e outro de ordem jurídica.

O fundamento de ordem política está em que a procura da justiça "*não pode ser indefinida, mas deve ter um limite, por uma exigência de ordem pública, qual seja a estabilidade dos direitos, que inexistiria se não houvesse um termo além do qual a sentença se tornasse imutável. Não houvesse esse limite, além do qual não se possa argüir a injustiça da sentença, jamais se chegaria à certeza do direito e à segurança no gozo dos bens da vida*".

Superada esta questão, cabe apreciar a questão relativa à prescrição, cuja matéria é de ordem pública, e pode ser conhecida de ofício em qualquer tempo e grau de jurisdição, nos termos do artigo 219, § 5º, CPC.

Da relação jurídica estabelecida entre as partes, não há que se falar na prescrição trienal, nos termos do artigo 206, § 3º, inciso I, do Código Civil.

Na espécie, a ação de cobrança, consoante se infere da exordial e da argumentação despendida nas razões do agravo, prescreve em 10 (dez) anos, tal qual descrito no artigo 205, CC.

Aqui, como já consignado, não se trata de relação jurídica de cobrança de aluguéis recebidos em razão do contrato de locação, mas, de divisão de valores já recebidos derivado de responsabilidade civil contratual.

Ante o exposto, dá-se provimento em parte ao recurso, apenas para conceder ao agravante os benefícios da assistência judiciária gratuita.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2191990-61.2014.8.26.0000, da Comarca de São Caetano do Sul, em que é agravante SUELI FURLAN SÉRGIO, é agravado SUL AMÉRICA COMPANHIA DE SEGURO SAÚDE.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 2ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 20290)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores ALVARO PASSOS (Presidente sem voto), NEVES AMORIM e JOSÉ JOAQUIM DOS SANTOS.

São Paulo, 2 de dezembro de 2014.

Acesso ao Sumário

JOSÉ CARLOS FERREIRA ALVES, Relator

Ementa: AGRAVO DE INSTRUMENTO - PLANO DE SAÚDE - Decisão que indeferiu tutela antecipada pretendida para determinar a suspensão do aumento perpetrado pela seguradora em virtude de mudança de faixa etária no percentual de aproximadamente 50% quando a segurada completou 66 anos - Aplicação do Estatuto do Idoso - Inteligência das Súmulas nº 91 deste E. TJSP - Recurso provido.

VOTO

RELATÓRIO.

1. Trata-se de recurso de agravo interposto por Sueli Furlan Sérgio contra a r. decisão digitalizada às fls. 36, que, nos autos da ação declaratória de nulidade de cláusula contratual abusiva c.c. restituição de valores pagos e danos morais, indeferiu a antecipação dos efeitos da tutela, por estarem ausentes os requisitos legais, anotando que, "apesar dos argumentos da petição inicial sobre a suposta ilegalidade do aumento ocorrido em outubro de 2014, o contrato copiado às fls. 20 está ilegível, não sendo possível este juízo aferir a suposta origem da majoração (alteração por faixa etária do idoso)".

2. Inconformada, insurge-se a agravante alegando, em resumo, que restou comprovado, pelos boletos acostados aos autos, que o reajuste de outubro de 2014 foi além do estipulado pela ANS, chegando a 50%. Diz que o reajuste em questão é vedado pelo art. 15, §3º, do Estatuto do Idoso, e pelo art. 15, parágrafo único, da Lei nº 9.656/98. Aduz que o tema está abrangido pela Súmula 91 desta Corte. Pede, pois, a concessão de efeito ativo, determinando a emissão e envio de novos boletos para pagamento das mensalidades, sem aumento, ou seja autorizado o depósito judicial do valor que entende devido, e, ao final, o provimento do recurso, para que seja mantido o valor da prestação mensal sem o reajuste ora questionado.

3. Recebi o agravo na forma de instrumento e concedi o efeito ativo pretendido pela agravante.

4. Informações judiciais as fls. 49/50.

5. Diante da não triangularização do feito, deixei de determinar a intimação da parte adversa para responder aos termos do presente recurso.

FUNDAMENTOS.

6. O presente recurso merece provimento.

7. Assevero, inicialmente, que a agravante aderiu a plano de saúde

Acesso ao Sumário

individual, sobre o qual só poderão incidir os reajustes anuais da ANS e os reajustes por mudança de faixa etária.

8. Noto, por outro lado, que a agravante conta atualmente com 66 anos de idade (fls. 29) e, por essa razão, aplicáveis as regras contidas no artigo 15, § 3º, do Estatuto do Idoso que veda o reajuste por mudança de faixa etária a partir dos 60 (sessenta) anos de idade. E, portanto, no caso *sub judice*, o contrato só poderá sofrer os reajustes anuais autorizados pela ANS.

9. Além disso, a Súmula 91 deste E. TJSP dispõe que: "*Ainda que a avença tenha sido firmada antes da sua vigência, é descabido, nos termos do disposto no art. 15, §3º, do Estatuto do Idoso, o reajuste da mensalidade de plano de saúde por mudança de faixa etária*".

10. Nessa toada, o reajuste no percentual de aproximadamente 50% mostra-se claramente excessivo frente aos reajustes anuais autorizados pela ANS.

11. Assim, mesmo que eventualmente reste comprovado que há previsão contratual no sentido de se permitir o reajuste da mensalidade por mudança de faixa etária, a abusividade do aumento a partir dos 60 (sessenta) anos é amplamente reconhecida pelo ordenamento jurídico vigente e jurisprudência dominante, de modo que tal estipulação não pode prevalecer.

12. Destarte, tendo em vista os boletos bancários digitalizados às fls. 33/35, entendo comprovada a verossimilhança das alegações iniciais. De outro lado, tendo em vista o valor cobrado, vislumbro o fundado receio de dano grave ou de difícil reparação, justificando-se a concessão da tutela antecipada pretendida na inicial.

13. Destarte, *mister* a reforma da r. decisão agravada, para o fim determinar a suspensão do aumento praticado pela ré na mensalidade com vencimento em outubro de 2014, determinando a emissão de novos boletos relativos às prestações vincendas, acrescido apenas do reajuste anual autorizado pela ANS.

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

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2006871-27.2014.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é agravante BCF PRODUÇÃO E GESTÃO DE SOFTWARES LTDA., são agravados VIRNA DE ARAUJO MIRANDA – ME. e JOSE DJALMA AMARAL JUNIOR.

ACORDAM, em 22ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça

Acesso ao Sumário

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 17223)**

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

São Paulo, 2 de outubro de 2014.

FERNANDES LOBO, Relator

Ementa: AGRAVO DE INSTRUMENTO - DECISÃO QUE INDEFERIU O PEDIDO DE ANTECIPAÇÃO DE TUTELA PARA SUSPENDER OS EFEITOS DE PROTESTO DE DUPLICATAS - RECORRENTE QUE PRESTOU CAUÇÃO EM DINHEIRO NO VALOR DOS TÍTULOS - PRESENÇA DOS REQUISITOS ENSEJADORES À ANTECIPAÇÃO DE TUTELA - RECURSO PROVIDO.

VOTO

Cuida-se de Agravo de instrumento interposto contra r. decisão proferida pelo MM. Juiz Felipe Poyares Miranda, que na ação declaratória de inexigibilidade de título, indeferiu o pedido de antecipação de tutela, requerido pelo agravante para suspender os efeitos dos protestos dos títulos. Com pedido de efeito suspensivo.

Pede a reforma da decisão sustentando que, estão presentes os requisitos ensejadores ao deferimento tutela pleiteada (fls. 01/13).

Recurso tempestivo e preparado.

Deferido o efeito ativo almejado, condicionada, todavia, sua manutenção a prestação em dinheiro no valor de R$ 8.500,00, em 48 horas sob pena de revogação (fl. 85).

Requisitadas, vieram informações do juízo (fl. 97).

Sem contraminuta, pois não angularizada a relação processual.

É o essencial.

Sob a alegação de que teve contra o saque indevido de duplicatas de serviço, uma vez que ausente causa subjacente à emissão, a agravante ajuizou em face da empresa, ora agravada, ação de inexigibilidade de título, com pedido de antecipação de tutela, para suspender os efeitos do protesto das cártulas, que foi indeferido.

A irresignação merece prosperar.

Salienta-se, inicialmente, que a demanda versa sobre a sustação dos

Acesso ao Sumário

efeitos do protesto do título apontado, duplicata mercantil sem aceite (fl. 54).

Para a concessão da tutela requerida é necessária a presença dos requisitos do art. 273 do CPC, isto é, prova inequívoca a convencer o juízo que verossímil a alegação trazida pelo autor.

Não se ignora que a concessão da tutela requerida (suspensão da publicidade dos protestos) depende de prova mais apurada de suas alegações, por exemplo, prova da emissão de duplicatas frias, análise de documentação que pode vir a instruir a demanda, instalação do contraditório, ampla defesa, tudo em respeito ao devido processo legal, razão pela qual, parte da doutrina entende temerária a concessão de antecipação de tutela *inaldita altera pars*.

Entretanto, há possibilidade do juiz conceder a liminar mediante caução, nos termos do art. 804, do Código de Processo Civil, "*caso em que poderá determinar que o requerente preste caução real ou fidejussória de ressarcir os danos que o requerido possa vir a sofrer*".

Não é outro o caso dos autos, onde se verifica que o título foi remetido a protesto por falta de pagamento sem aceite.

Ora, em sendo o aceite ato pelo qual o devedor reconhece a dívida, a ausência de seu apontamento no título não gera vínculo cambial.

Assim, é possível impedir o protesto, mas com a necessidade de caução em dinheiro, natureza jurídica de contracautela para reparar a parte adversa na hipótese de uma ação sem sucesso.

No caso em tela a insurgente efetuou a caução em dinheiro demonstrando, assim, boa-fé e higidez financeira, inexistindo, portanto, razão para o indeferimento da almejada tutela.

Pelo exposto dá-se provimento ao recurso.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2121550-40.2014.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é agravante MELAHEL PROCESSAMENTO DE DADOS LTDA., é agravado ITAÚ UNIBANCO 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 36.981)**

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

Acesso ao Sumário

OLIVEIRA JUNIOR.

São Paulo, 7 de outubro de 2014.

SILVEIRA PAULILO, Relator

Ementa: Agravo de instrumento - Contrato bancário - Cheque especial - Impedimento da inscrição de seus dados em órgãos de proteção ao crédito Impossibilidade - Fundamentos jurídicos insustentáveis - Regularidade diante de inadimplência - Agravo improvido.

VOTO

Trata-se de Agravo de Instrumento interposto contra a r. decisão, que nos autos da ação revisional ajuizada por MELAHEL PROCESSAMENTO DE DADOS LTDA. contra ITAÚ UNIBANCO S/A que indeferiu o pedido de antecipação de tutela para que que o banco agravado se abstenha de negativar o nome da agravante no rol dos inadimplentes das instituições de proteção ao crédito.

Sustenta a agravante, em apertada síntese, que tem direito de discutir judicialmente cláusulas contratuais do cheque especial atrelado à sua conta corrente, junto à instituição agravada, sem que seu nome seja incluído no rol dos inadimplentes dos órgãos de proteção ao crédito.

É o relatório.

Primeiramente deve se ter em mente que tutela antecipatória e tutela cautelar são institutos jurídicos que não se confundem. Lecionam NELSON NERY JUNIOR e ROSA MARIA ANDRADE NERY: "*A tutela antecipada dos efeitos da sentença de mérito não é tutela cautelar, porque não se limita a assegurar o resultado prático do processo, nem a assegurar a viabilidade da realização do direito afirmado pelo autor, mas tem por objetivo conceder, de forma antecipada, o próprio provimento jurisdicional pleiteado ou seus efeitos. Ainda que fundada na urgência (CPC 273), não tem natureza cautelar, pois sua finalidade precípua é adiantar os efeitos da tutela de mérito, de sorte a propiciar sua imediata execução, objetivo que não se confunde com o da medida cautelar (assegurar o resultado útil do processo de conhecimento ou de execução ou, ainda, a viabilidade do direito afirmado pelo autor)*." (cf. *Código de Processo Civil Comentado*, 4ª ed., 1999, RT, pág. 748).

Para que se conceda a antecipação dos efeitos da tutela é necessário que haja prova inequívoca da verossimilhança da alegação. Para CARREIRA ALVIM, "*prova inequívoca deve ser considerada aquela que apresenta um*

Acesso ao Sumário

grau de convencimento tal que, a seu respeito, não possa ser oposta qualquer dúvida razoável, ou, em outros termos, cuja autenticidade ou veracidade seja provável". (*apud* BEATRIZ CATARINA DIAS, "*A Jurisdição na Tutela Antecipada*", 1999, Saraiva, pág. 76). A *verossimilhança*, diga-se por outro lado, como o próprio nome diz significa *semelhança à verdade*. Isto quer dizer que a verossimilhança deve estar um passo atrás da certeza. Ou como diz RIZZATO NUNES, da leitura da peça processual deve emergir *forte conteúdo persuasivo* (cf. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*, Saraiva, 2000, pág. 123).

Cabe verificar se a fungibilidade entre as tutelas de urgência, prevista no art. 273, § 7º, do CPC, poderia suportar a tutela cautelar.

Como é cediço, as ações cautelares não têm mérito, mas apenas dois pressupostos específicos que são o "*fumus boni iuris*" e o "*periculum in mora*". O primeiro "*Consiste na probabilidade da existência do direito invocado pelo autor da ação cautelar. Direito a ser examinado aprofundadamente, em termos de certeza, apenas no processo principal já existente, ou, então, a ser instaurado.*" O segundo "*na probabilidade de dano a uma das partes de futura ou atual ação principal, resultante da demora no ajuizamento ou no processamento e julgamento desta.*" (cf. SYDNEY SANCHES, *Poder Cautelar Geral do Juiz*, RT, 1978, pág. 43).

Na hipótese, ingressou a agravante com ação revisional de contrato bancário de cheque especial, apontando no corpo da inicial a existência de diversas ilegalidades que entende praticadas pela instituição financeira.

Vale dizer que quem não satisfaz a obrigação, nos termos contratados, está em mora, queira ou não, o que só será apurado a final, à luz de todas as provas, eis que a agravante, de forma incontroversa, aderiu com absoluta liberalidade, presumindo sua concordância em relação aos encargos praticados.

Ademais, nos termos da Súmula nº 380 do Egrégio Superior Tribunal de Justiça: "*A simples propositura da ação de revisão de contrato não inibe a caracterização da mora do autor*".

Além disso, segundo entendimento exteriorizado em recurso repetitivo o Colendo Superior Tribunal de Justiça, assim ficou decidido:

"*Orientação 4 - Inscrição/Manutenção de Inadimplentes:*

a) A proibição da inscrição/manutenção em cadastro de inadimplentes, requerida em antecipação de tutela e/ou medida cautelar, somente será deferida se, cumulativamente: i) houver ação fundada na existência integral ou parcial do débito; ii) ficar demonstrado que a alegação da cobrança indevida se funda na aparência do bom direito e em jurisprudência consolidada do STF ou STJ; iii) for depositada a parcela incontroversa ou prestada a caução fixada conforme o prudente arbítrio do juiz; b) A inscrição/manutenção do nome do devedor em cadastro de

inadimplentes, por ocasião da sentença ou do acórdão, seguirá a sorte do que houver sido decidido no mérito do processo quanto à mora. Autoriza-se a inscrição/manutenção apenas se configurada a mora".

De se observar que a única forma de afastar a mora contratual, bem como qualquer ação por parte do credor, seria por meio do depósito judicial pelo valor integral da dívida, ou parcelas pactuadas, se o caso.

Veja-se, ainda a esse respeito, a jurisprudência deste Tribunal de Justiça:

"AGRAVO DE INSTRUMENTO - ARRENDAMENTO MERCANTIL - AÇÃO REVISIONAL DO CONTRATO - Consignação de valor inferior ao avençado - Não só admissível, mas também correspondente à nova determinação legal (art. 285-B do CPC) - Procedimento que, contudo, não descaracteriza a mora, nem afasta os seus efeitos, inclusive a possibilidade de inscrição do inadimplente junto aos órgãos de proteção ao crédito e medidas coercitivas visando à retomada do bem - Parcial provimento." (TJSP, Agravo de Instrumento nº 0108012-60.2013.8.26.0000, Barueri, Rel. Des. Hugo Crepaldi, 25ª Câmara de Direito Privado, j.: 20/06/2013).

"AÇÃO REVISIONAL DE CONTRATO DE FINANCIAMENTO DE VEÍCULO - TUTELA ANTECIPADA INDEFERIDA - AGRAVO DE INSTRUMENTO - A decisão agravada não se manifestou quanto ao pedido de manutenção na posse do bem, razão pela qual não se conhece deste pedido. - Há expressa determinação para que o banco agravado junte, no prazo da resposta, cópia do contrato discutido nos autos, motivo por que não tem o agravante interesse de agir quanto a este pedido, que também não pode ser conhecido. - A consignação do valor incontroverso deverá ser efetuada nos termos do artigo 285-B do Código de Processo Civil, razão pela qual o depósito do valor em juízo não tem efeito liberatório. - A inclusão dos dados do requerente no cadastro de inadimplentes configura exercício regular de direito se restar configurada a inadimplência. - Impossibilidade de concessão da tutela pretendida, diante da ausência dos requisitos legais previstos no art. 273 do CPC - Decisão mantida. Recurso conhecido em parte e, na parte conhecida, não provido." (TJSP, Agravo de Instrumento nº 0087950- 96.2013.8.26.0000, Taubaté, Rel. Des. Marino Neto, 11ª Câmara de Direito Privado, j.: 18/07/2013) (g.n.).

A existência de saldo remanescente torna lícita a cobrança, a inscrição do nome da agravante no cadastro de inadimplentes.

Com relação à inscrição junto aos órgãos de restrição, ante a inadimplência, vale destacar que SERASA, S.C.P.C. e demais órgãos congêneres são instituições cujo objetivo é municiar as empresas, notadamente as relacionadas à concessão de créditos, com dados econômicos e financeiros relativos a pessoas (físicas ou jurídicas) pretendentes à efetivação de empréstimos e operações negociais em

Acesso ao Sumário

geral. E não se pode impedir que as instituições financeiras tentem se proteger, por meio do acesso a órgãos centralizadores de dados, na busca de informações sobre o perfil dos clientes que lhes procuram, a fim de conhecerem os riscos que assumirão em cada negócio jurídico firmado.

No caso em apreço, se a agravante estiver inadimplente, não se poderá impedir que a instituição lance seu nome no rol dos inadimplentes, se assim desejar. Aliás, tal direito não pode ser obstado por simples pedido da parte contrária em ação diversa.

Esclarece-se que não há aqui qualquer pré-julgamento. As decisões judiciais devem ser necessariamente fundamentadas sob pena de nulidade (cf. CF, 93, IX), o que inclui as decisões interlocutórias concessivas ou negatórias de tutela de urgência. O que difere tais decisões das sentenças de mérito é sua provisoriedade, e não a sua fundamentação, que pode e deve ser exauriente. É erro palmar em matéria de Direito Processual Civil entender que as decisões interlocutórias devem ser fundamentadas superficialmente, para não se ingressar no mérito. Muito ao contrário, deve ser a decisão, quer concessiva, quer negatória do pedido da parte, bem fundamentada a fim de que ela possa saber os motivos dela.

Pelo exposto, pelo meu voto é negado provimento ao recurso, restando integralmente mantida a decisão agravada.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2089292-74.2014.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que são agravantes PHARMA SERVICES COMERCIAL LTDA. e LEADER UP SISTEMAS LTDA., são agravados IMS HEALTH DO BRASIL LTDA. e PAULO MURILO DE PAIVA JUNIOR.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 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 14522)**

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

São Paulo, 8 de outubro de 2014.

TASSO DUARTE DE MELO, Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE NÃO FAZER C.C. REPARAÇÃO DE DANOS. Atos de concorrência desleal pela utilização de arquivos e informações confidenciais e aliciamento de funcionários e clientes. Agravante "Phama Services" que, juntamente com a Agravante "Leader Up", compõe o grupo empresarial "Close Up". Atos de concorrência desleal que beneficiam o grupo empresarial. Legitimidade passiva configurada. Interesse de agir presente. Inviabilidade da prematura discussão sobre a confidencialidade ou não dos documentos que aparelharam a petição inicial, pena de se adentrar prematuramente no mérito em sede de despacho saneador. Decisão agravada mantida.

Recurso não provido.

VOTO

Trata-se de agravo de instrumento (fls. 01/23) interposto por PHARMA SERVICES COMERCIAL LTDA. E OUTRA contra a r. decisão proferida pelo MM. Juiz de Direito da 17ª Vara Cível do Foro Central da Comarca da Capital, Dr. Renato de Abreu Perine (fls. 74/75), que, ao sanear o feito, afastou as preliminares de ilegitimidade passiva da Agravante Pharma Services e de falta de interesse de agir da Agravada IMS Health do Brasil Ltda..

Sustentam que a Agravante Pharma Services não teria qualquer relação jurídica com a Agravada ou com o Agravado Paulo Paiva. Aduzem que a "inclusão da Pharma Service no polo passivo desta demanda, na verdade, está pautada apenas e tão somente no fato de ser a proprietária do registro da marca e do domínio eletrônico da Close-Up International no Brasil". Alegam que, ainda que a Agravante Pharma Services fosse a representante da Leader Up, não seria parte legítima para figurar no polo passivo da demanda. Afirmam que a Agravada não teria interesse de agir, pois, na espécie, não há que se falar em confidencialidade ou utilidade das informações contidas nos documentos descritos na inicial. Sustentam que as mencionadas informações já teriam sido disponibilizadas ao público e estariam disponíveis na *internet*. Pugnam pela concessão de efeito suspensivo e, ao final, pelo provimento do recurso.

Efeito suspensivo negado (fls. 1714/1715).

Manifestação das Agravantes informando as peças necessárias e essenciais ao exame e julgamento do agravo (fls. 1.720).

Resposta ao recurso pela Agravada (fls. 1722/1732).

Informações prestadas pelo juízo *a quo* (fls. 1748/1750).

Acesso ao Sumário

É o relatório.

O recurso não deve ser provido.

Cuida-se, na origem, de ação de obrigação de não fazer c.c. reparação de danos ajuizada pela Agravada em face das Agravantes - "Pharma Service" e "Leader Up" - e do corréu Sr. Paulo em razão da suposta prática de atos de concorrência desleal.

Segundo consta da petição inicial, o Sr. Paulo ocupou o cargo de diretor comercial da Agravante e, em razão do seu cargo, teve acesso a arquivos e informações confidenciais, cujo sigilo deveria ser preservado em razão de acordo de confidencialidade.

Contudo, o Sr. Paulo teria se apropriado dos referidos dados confidenciais e, ao ser contratado formalmente pela "Leader Up", que juntamente com a "Pharma Services" integraria o Grupo "Close Up", estaria se utilizando desses dados para concorrer deslealmente no mercado e aliciar funcionários da Agravante.

A r. decisão agravada bem afastou as preliminares de ilegitimidade passiva da Agravante "Pharma Services" e de falta de interesse de agir da Agravada, devendo ser mantida por seus próprios fundamentos:

> "Considero a Pharma Services para legítima para figurar no polo passivo da ação, pois, de acordo com a teoria da asserção, a legitimidade das partes deve ser verificada de forma abstrata, conforme o exposto pela IMS Health do Brasil na petição inicial. A autora descreveu a existência de comportamentos por parte da corré Pharma Services que justificam a propositura da demanda, de forma que considero a corré parte legítima.
>
> Quanto à preliminar alegando a ausência do interesse de agir, também não a acolho. A IMS Health Brasil demonstrou interesse de agir na modalidade necessidade e adequação, pois descreveu uma situação jurídica que justifica a necessidade de um pronunciamento judicial para proteção de um interesse." (fls. 74)

Não bastasse, ainda que formalmente o corréu Sr. Paulo tenha sido contratado pela empresa Agravante "Leader Up", a empresa Agravante "Pharma Services" é titular da marca "Close-Up International no Brasil" e, ao que tudo indica, ambas se apresentam no mercado através da marca "Close Up".

Sendo assim, é certo que a suposta prática de concorrência desleal configura ato ilícito que visa beneficiar o grupo empresarial "Close Up", razão pela qual se justifica a manutenção de ambas as sociedades empresárias - "Pharma Services" e "Leader Up" - no polo passivo da ação.

Também é patente o interesse de agir, pois a ação de obrigação de não fazer c.c. reparação de danos é necessária e adequada para reprimir supostos atos de concorrência desleal praticados pelas Agravantes, bem como para reparar os

Acesso ao Sumário

eventuais prejuízos causados.

A questão sobre a confidencialidade ou não dos documentos que aparelharam a petição inicial e supostamente estariam sendo indevidamente utilizados para a prática de concorrência desleal é matéria de mérito, que não se confunde com o interesse de agir.

Não podem as Agravantes, prematuramente, pretender a análise do mérito da ação em sede de despacho saneador.

No mais, cumpre acrescentar que há dois acórdãos desta C. 2ª Câmara Reservada de Direito Empresarial que julgaram agravos de instrumentos interpostos, respectivamente, pelas ora Agravantes e pelo corréu Sr. Paulo (agravos de instrumento nº 2018378-82.2014.8.26.0000 e nº 2018715-71.2014.8.26.0000), que confirmaram a tutela antecipada concedida pelo juízo *a quo*.

Nestes dois acórdãos, pois, é óbvio que houve um juízo prévio sobre as condições da ação, cuja ausência, de certo, afastaria a verossimilhança necessária à concessão da tutela de urgência.

Confirmada a antecipação dos efeitos da tutela pelos v. acórdãos mencionados, tutela esta que consistiu na severa determinação para que as Agravantes se abstivessem de divulgar, explorar ou utilizar informações confidenciais e também de assediar funcionários e clientes da Agravada, é certo que estavam presentes as condições da ação ora impugnadas.

Diante do exposto, nega-se provimento ao recurso.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2123681-85.2014.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é agravante MRO IMPORTAÇÕES LTDA., é agravado LITTMAN LIGHTING BRASIL - DESIGN, IMPORTAÇÃO E VENDAS DE ARTIGOS DE ILUMINAÇÃO LTDA..

ACORDAM, em 1ª Câmara Reservada de Direito Empresarial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 22155)**

O julgamento teve a participação dos Exmo. Desembargadores ENIO ZULIANI (Presidente sem voto), FRANCISCO LOUREIRO e FORTES BARBOSA.

São Paulo, 8 de outubro de 2014.

Acesso ao Sumário

TEIXEIRA LEITE, Relator

Ementa: PROVA. Ação cominatória c.c. perdas e danos. Alegada violação de marca e prática de concorrência desleal, decorrente do nome comercial da ré em comparação com a marca registrada pela autora. Confusão nos consumidores. Determinação de realização de perícia. Desnecessidade. O art. 130 do CPC atribui ao julgador a discricionariedade para determinar, mesmo de ofício, a realização de provas a formar seu convencimento. Análise, contudo, que dispensa conhecimento técnico. Análise visual comparativa entre a marca da autora e o nome comercial da ré. Necessidade de perícia apenas, e eventualmente, para o caso de liquidação das perdas e danos, caso procedente a ação de conhecimento. Recurso provido.

VOTO

MRO IMPORTAÇÕES LTDA. agrava da decisão saneadora pela qual o d. Magistrado, nos autos da ação cominatória c.c. perdas e danos que move contra LITTMAN LIGHTING BRASIL - DESIGN, IMPORTAÇÃO E VENDAS DE ARTIGOS DE ILUMINAÇÃO LTDA., deferiu produção de prova pericial, "*a respeito da existência, ou não, de imitação e violação da marca e nome comercial descritos na inicial, bem como a respeito da existência, ou não, de confusão por parte dos consumidores e concorrência desleal, com relação ao produto comercializado pelas partes, além de eventual valor de perdas e danos, caso constatada a prática de ilícito por parte da requerida*", e atribuiu à agravante o adiantamento dos honorários periciais, nos termos do art. 33 *caput* do CPC (fls. 57 e 64/66).

Inconformado, alega que a perícia não é necessária à apreciação da conduta ilícita que atribui à agravada, podendo ser constatada pela mera comparação entre a marca da agravante (LITEMAN) e o sinal por ela utilizado para comercialização de seus produtos (LITTMAN). Argumenta que nenhuma das partes requereu prova pericial: a agravada requereu genericamente provas "que se fizessem necessárias", e a agravante requereu apenas a produção de prova oral. Além disso, a agravada admite que a expressão LITEMAN é marca registrada da agravante. Subsidiariamente, entende que o ônus financeiro da prova deve recair sobre a agravada.

Recurso processado no efeito suspensivo (fls. 104/105) e respondido (fls.

110/117).

É o relatório.

Assiste razão à agravante.

É certo que é da discricionariedade do julgador a determinação para realização de provas que entender necessárias à formação de seu convencimento, podendo fazê-lo mesmo de ofício (art. 130 CPC), mas, no caso, com o devido respeito, entendemos que a perícia é imprescindível apenas para a apuração das perdas e danos.

Explica-se. O julgamento da pretensão da agravante passa pela análise comparativa de sua marca (LITEMAN) e o sinal utilizado pela agravada para a comercialização de seus produtos, que também é nome comercial (LITTMAN). Não é necessário conhecimento técnico específico para se apreciar e decidir se há ou não imitação de marca, concorrência desleal ou confusão aos consumidores, porque essa análise, s.m.j., é apenas visual.

As perdas e danos, estas sim, dependem de avaliação por perito. Essa perícia, contudo, deve ser relegada à fase de liquidação de sentença, caso a ação seja julgada procedente, com estabelecimento dos critérios para apuração do *quantum debeatur*.

Anota-se que nenhuma das partes requereu prova pericial. A agravante requereu expressamente prova oral (fls. 97) e a agravada, genericamente "provas que se fizessem necessárias", alegação não controvertida em resposta.

É de se lembrar que a perícia é prova onerosa e, também por esse motivo, deve ser determinada apenas quando o conhecimento técnico de um perito for absolutamente necessário, o que não parece ser o caso.

Ante o exposto, voto pelo ***provimento do recurso.***

ACÓRDÃO

Acesso ao Sumário

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2137006-30.2014.8.26.0000, da Comarca de Osasco, em que é agravante BANCO BRADESCO S/A, é agravado REGINALDO OLIVEIRA MORAIS.

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 ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto da relatora, que integra este acórdão. **(Voto nº 7870)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores ERSON DE OLIVEIRA (Presidente sem voto), NELSON JORGE JÚNIOR e SALLES VIEIRA.

São Paulo, 7 de outubro de 2014.
CLÁUDIA GRIECO TABOSA PESSOA, Relatora

Ementa: Agravo de Instrumento - Pretensão de reforma de r. decisão que deixou de receber recurso de apelação interposto pelo agravante, por inadequação da via recursal - Impossibilidade - Disposição expressa acerca do recurso adequado à espécie - Inteligência do art. 475-H, do Código de Processo Civil - Agravo ao qual se nega provimento.

VOTO

Trata-se de agravo de instrumento, interposto por **Banco Bradesco S/A**, em face de r. decisão proferida pelo MM. Juízo de Direito da 3ª Vara Cível da Comarca de Osasco, copiada às fls. 16, proferida nos autos de ação revisional de contrato bancário, ajuizada por **Reginaldo de Oliveira Morais**, por meio da qual não foi recebido recurso de apelação interposto pelo recorrente, por inadequação da via recursal eleita.

Alega o agravante, em resumo, ter interposto recurso de apelação em cumprimento ao que fora determinado em certidão constante dos autos, informando o valor das custas inerentes ao preparo. Aduz que não pode ser prejudicado por erro da Serventia. Argumenta que depositou, tempestiva e regularmente, o preparo na forma estabelecida, de modo que deve ser recebida a apelação interposta (fls. 01/09).

Indeferida a liminar (fls. 250), o agravado apresentou contraminuta às fls. 253/265.

É o relatório.

Conheço do recurso, porquanto presentes os pressupostos de admissibilidade, porém, nego-lhe provimento.

Não encontra respaldo a insurgência exposta pelo agravante.

Dispõe, o art. 475-H, do Código de Processo Civil, *in verbis*:

"Art. 475-H. Da decisão de liquidação caberá agravo de instrumento."

Vê-se que há, na legislação processual, previsão expressa quanto ao recurso adequado à espécie, o que torna patente o descabimento da via recursal eleita pelo agravante.

À vista disso, inadmissível qualquer escusa de sua parte, ainda que se verifique, *in casu*, a ocorrência de equívoco da r. Serventia judicial.

Verificando nos autos a informação acerca do valor das custas de preparo de apelação, em flagrante contraste com o que preconiza referido dispositivo

Acesso ao Sumário

legal, caberia ao agravante a cautela de peticionar ao Juízo, buscando o necessário esclarecimento.

Destarte, não há como se considerar a existência de dúvida objetiva, oriunda da interpretação da sistemática recursal, a justificar o erro, que se afigura como grosseiro.

Nesse sentido, recentes precedentes desta C. Corte de Justiça:

"**LIQUIDAÇÃO POR ARBITRAMENTO - Apelação contra decisão que declarou líquida a condenação - Inadmissibilidade - Aplicação do art. 475-H do CPC, introduzido pela Lei 11.232 de 2.12.2005 - Decisão impugnável por agravo de instrumento - Inaplicabilidade do princípio da fungibilidade recursal em face do erro grosseiro - Recurso não conhecido.**" (Apelação nº 001402-88.1995.8.26.0068, 15ª Câmara de Direito Privado, Rel. Des. Manoel Mattos, j. 26/08/2014, v.u.)

"**APELAÇÃO - LIQUIDAÇÃO DE SENTENÇA - CÁLCULO PERICIAL - EFICÁCIA PRECLUSIVA DA COISA JULGADA - ERRO GROSEIRO - RECURSO INDEVIDO - AGRAVO DE INSTRUMENTO. - Recurso não cognoscível - matéria impugnável por meio de agravo de instrumento - ausência de dúvida objetiva, erro grosseiro - previsão expressa no artigo 475-H, do Código de Processo Civil; - Laudo pericial que considerou estritamente o teor das decisões transitadas em julgado, descabida a arguição de método diverso daquele expresso na sentença transitada em julgado (artigo 468, do Código de Processo Civil) - matéria que se reputa deduzida e repelida, com base na eficácia preclusiva da coisa julgada (artigo 474, do CPC); RECURSO NÃO CONHECIDO.**" (Apelação nº 0065821-28.2007.8.26.0576, 20ª Câmara de Direito Privado, Rel. Des. Maria Lúcia Pizzotti, j. 25/08/2014, v.u.)

Assim, mostra-se irretocável a r. decisão combatida.

Ante o exposto, por meu voto, **nego provimento** ao agravo.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2162666-26.2014.8.26.0000, da Comarca de Araçatuba, em que é agravante MICHELE DE LIMA BARBOSA (JUSTIÇA GRATUITA), é agravado SAMAR - SOLUÇÕES AMBIENTAIS DE ARAÇATUBA S.A..

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 28.815)**

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

São Paulo, 9 de outubro de 2014.

RUY COPPOLA, Presidente e Relator

Ementa: Agravo de instrumento. Abastecimento de água. Ação de obrigação de fazer. Indeferimento da tutela antecipada, para efetuar o imediato fornecimento de água à autora, que fica mantido. Autora que não comprova o pagamento das tarifas referentes à utilização regular do serviço. Auto de infração da concessionária acerca de ligação clandestina de água. Alegações desprovidas de verossimilhança. Falta dos requisitos previstos no artigo 273 do Código de Processo Civil. Recurso não provido.

VOTO

Vistos,

Trata-se de agravo de instrumento interposto contra a decisão copiada a fls. 42 que, nos autos da ação de obrigação de fazer ajuizada por Michele de Lima Barbosa contra SAMAR - Soluções Ambientais de Araçatuba S.A., indeferiu o pedido de tutela antecipada para restabelecer imediatamente o fornecimento de água na residência da autora.

Sustenta a agravante, em suma, que a agravante se mudou para o imóvel em tela em abril de 2014, já com as instalações de energia elétrica e água, após adquiri-lo em fevereiro de 2014, sendo surpreendida com o auto de infração em 15.09.2014. Sustenta que desconhecia que o fornecimento de água no imóvel era clandestino, não tendo qualquer apontamento em seu nome.

O recurso é tempestivo.

É o relatório.

No que se refere ao pedido de tutela antecipada, cumpre observar que a sua concessão requer a presença de requisitos legais, pois ela adianta os efeitos da tutela de mérito, propiciando imediata execução.

Deve existir prova inequívoca e o juiz se convencer da verossimilhança da alegação, e ainda existir receio de dano irreparável ou de difícil reparação ou

Acesso ao Sumário

ficar caracterizado o abuso de direito de defesa ou manifesto intuito protelatório do réu. Também não se pode conceder a tutela antecipada quando houver perigo de irreversibilidade do provimento antecipado.

No presente caso, em que pesem as alegações expendidas pela recorrente, não se vislumbra a presença dos requisitos legais aptos à concessão da tutela antecipada, notadamente sem a oitiva da parte contrária.

A agravante sustenta que a suspensão no abastecimento de água ocorreu em razão de auto de infração que apontou ligação clandestina de água em seu imóvel, cuja existência desconhecia por ser sua nova proprietária.

Todavia, constou da decisão agravada que, "Em que pese a essencialidade do serviço prestado, em tese, o consumo irregular decorrente de ligação de água clandestina gera à concessionária ré o direito de suspender a prestação do serviço, até ser regularizada a ligação e saldado eventual débito.

Diante do Auto de Infração de fls. 14 acerca da constatação de ligação clandestina de água, sem hidrômetro e sem cavalete, não há como deferir o pedido de tutela antecipada, mesmo porque, não trouxe a autora aos autos faturas comprovando o consumo normal e o regular pagamento.

Por estas razões, indefiro o pedido de tutela antecipada." (cf. fls. 42).

Deste modo, não se mostram verossímeis as alegações da autora-agravante, não havendo como se atender ao pedido de outorga de tutela simplesmente por se tratar de um serviço público essencial.

Esta Colenda Câmara, no julgamento do recurso de Apelação nº 1.018.701-0/0, do qual fui relator, deixou assentado que:

"A circunstância das empresas concessionárias ou permissionárias de serviços públicos, de prestarem serviços de primeira necessidade, não as obriga ao fornecimento gratuito. Serviço que ainda essencial e contínuo, não desobriga o usuário de fazer o pagamento pela utilização".

A agravante sequer trouxe aos autos comprovante de pagamento da conta de água, e não nega a existência de ligação clandestina em seu imóvel.

Assim, não convencendo as alegações expendidas pela agravante, de rigor a preservação da decisão no que se refere ao indeferimento da tutela antecipada.

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

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2121888-14.2014.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é agravante IMPORTADORA DE FRUTAS LA VIOLETERA LTDA., é agravado

FRUTASIL COMÉRCIO DE FRUTAS LTDA..

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. Declara voto o 3º Juiz.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 35005)**

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

São Paulo, 2 de outubro de 2014.

ADEMIR BENEDITO, Relator

Ementa: Cumprimento de sentença - Pedido de desconsideração da personalidade jurídica da empresa devedora - Constrição para atingir o patrimônio dos sócios inviável - Hipótese dos autos que não autoriza a medida - Inexistência de provas concretas de que os sócios da empresa tenham desviado sua finalidade ou bens de seu patrimônio - Necessidade de antes se tentar outras medidas de busca de bens penhoráveis - Agravo desprovido - Decisão mantida.

VOTO

Trata-se de agravo de instrumento tirado em ação declaratória de desconstituição de títulos de crédito, ora em fase de execução de sentença, contra decisão que indeferiu pleito de desconsideração da personalidade jurídica da empresa devedora (fls. 54/55).

Sustenta a agravante que a ação se arrasta há mais de uma década, e que os cálculos elaborados pelo contador do Juízo contam com a concordância da parte agravada, mas que os mandados de intimação dos sócios não lograram êxito, provavelmente, porque esses se evadiram do local. Diz que o bloqueio de ativos financeiros restou infrutífero, e que inexistem outras diligências a serem feitas para a localização de bens da devedora, na medida em que essa se encontra fechada e encerrada de forma irregular desde meados de 2001. Defende, portanto, o cabimento, na hipótese, da medida postulada. Por tais razões, pede provimento ao recurso, e a reforma da decisão agravada.

O agravo foi recebido somente no efeito devolutivo (fls. 65).

Houve apresentação de contraminuta a fls. 70/79, com preliminar de não conhecimento do recurso por ausência de peça essencial obrigatória (cópia da certidão de intimação da decisão agravada).

É o relatório.

Acesso ao Sumário

Primeiramente, rejeita-se a preliminar de não conhecimento do recurso arguida em contraminuta recursal, pois, muito embora não tenha sido juntado aos autos a cópia da certidão de intimação da decisão agravada, afere-se, de uma análise atenta dos autos do instrumento, que a decisão objurgada foi remetida para publicação ao DJE em 25.07.2014 (fls. 56), e o recurso foi interposto em 28.07.2014, como se vê dos dados do processo digital, o que leva à ilação de que o agravo é, portanto, tempestivo.

No mérito, entretanto, o recurso não merece provimento.

Entende-se que a hipótese dos autos não autoriza a desconsideração da personalidade jurídica, pois não se fazem presentes, ao menos até a presente fase, os requisitos do art. 50 do Código Civil, ou seja, não há elementos para se afirmar que houve desvio de finalidade nem confusão patrimonial entre a pessoa jurídica com a de seus sócios.

Como se sabe, a execução diz respeito a valores devidos pela empresa Frutasil Comércio de Frutas Ltda.. Os sócios da empresa não são parte no cumprimento da obrigação e, em princípio, não podem ser atingidos no seu patrimônio, a não ser que uma situação excepcional e devidamente demonstrada esteja caracterizada.

De acordo com a doutrina de Fábio Ulhoa Coelho, "in" Repertório de Jurisprudência - RJ 3, nº 2/2000:

"***4. Há, no entanto uma segunda hipótese de exceção ao princípio da autonomia da pessoa jurídica, relativamente a seus integrantes: é a hipótese de fraude ou abuso de direito perpetrado por meio do instituto da separação patrimonial. A teoria da desconsideração da personalidade jurídica visa precisamente a coibir as fraudes e abusos, viabilizados através do mau uso da regra da separação patrimonial.***

5. O pressuposto incontornável da aplicação da teoria da desconsideração da personalidade jurídica é a manipulação fraudulenta ou abusiva da autonomia patrimonial.

(...)

Ao seu turno, José Edwaldo Tavares Borba anota:

'Os tribunais brasileiros já aplicaram, em alguns julgados, a teoria da 'desconsideração'. Deve-se, contudo, reservar essa doutrina para situações excepcionais. A regra plenamente vigente (art. 20 do Código Civil) é a da absoluta separação dos patrimônios, somente se admitindo separá-la quando haja ruptura manifesta entre a realidade e a forma jurídica. Atinge-se o sócio porque a atuação foi dele e não da sociedade - simples anteparo; o ato foi ditado pelo interesse do sócio e não pelo da sociedade, que era distinto.' (Direito Societário, Rio de Janeiro, Freitas Bastos, 1997, pág. 33).

Acesso ao Sumário

(...)

A teoria da desconsideração da personalidade jurídica - pelo que decorre das citações doutrinárias e jurisprudenciais acima - não é aplicável senão nas hipóteses em que o princípio da autonomia patrimonial das pessoas jurídicas foi manipulado para ocultar uma fraude. Sem a presença desse pressuposto, o art. 20 do Código Civil deve ter vigência, não podendo o judiciário deixar de lhe conferir plena eficácia." (g.n.)

Ademais, nas lições de Arruda Alvim a respeito do tema (*Direito Privado*, vol. 1, p. 262/263, editora RT), encontramos importantes considerações:

"A teoria da Despersonalização da Pessoa Jurídica, em verdade, surgiu como uma solução a ser utilizada, quando seja empregado o instituto da personalidade jurídica, visando fins condenáveis pelo direito, ou seja, fins incompatíveis com os fins de sua própria criação, causando prejuízo ao direito de terceiros, afastando-se assim, por meio da Teoria da Despersonalização, a personalidade autônoma da pessoa jurídica, i.e., a personalidade distinta dos indivíduos que a compõem.

Isto porque sua finalidade como um instrumento para a obtenção de resultados proveitosos para toda a sociedade em casos que tais terá sido desvirtuada. Na verdade, busca-se por intermédio da Teoria da Despersonalização, uma solução justa, para os problemas decorrentes do uso abusivo do instituto da pessoa jurídica, problemática comum aos países nos quais vigora o princípio básico da distinção entre a pessoa jurídica e seus componentes, bem como da separação patrimonial entre estes. Cuida-se, como afirma Lamartine, de 'reação que os tribunais desenvolveram através de um conjunto de julgados que tiveram por ponto comum uma espécie de suspensão de vigência - para o caso concreto em julgamento - do princípio da separação entre pessoa jurídica e pessoa- membro'.

(...)

Assim, a teoria da Despersonalização importa na não utilização, para o caso concreto, na ausência de lei, dos efeitos da personalidade jurídica relativos a determinado ato, alguns atos, ou ainda, uma seqüência deles, praticados por uma ou mais sociedades, ou pessoa física integrante destas, quando desses atos resultem prejuízos a terceiros e sejam incompatíveis com a função da pessoa jurídica.

Não se levou em conta que a Teoria da Desconsideração aplica-se a casos singulares, extraordinários, em que o respeito ao princípio da autonomia patrimonial entre as pessoas jurídicas e as pessoas físicas que as compõe conduziria a uma suma injustiça, diante da fraude causada pelas pessoas físicas componentes da pessoa jurídica e do abuso de sua utilização.

É preciso, portanto, que se fixe como premissa básica e fundamental

Acesso ao Sumário

para a análise da aplicação da Teoria da Desconsideração da Pessoa Jurídica ao caso concreto, de que aqui se cuida, que a mesma é aplicada, como dito acima, em casos extraordinários, prevalecendo como regra a distinção do art. 20 do CC, que estabelece a autonomia entre a pessoa jurídica e as pessoas físicas, suas integrantes".

É também essa a premissa colocada pelo Código Civil vigente, que adota como regra geral o princípio da autonomia patrimonial da empresa, mas permite, em seu art. 50, a desconsideração da personalidade jurídica, nas hipóteses de configuração de fraude ou confusão patrimonial entre sociedade e sócio.

Não há prova alguma nos autos, com o devido respeito, de que os sócios da empresa executada tenham desviado a finalidade social da mesma ou transferido valores e bens outros, móveis e imóveis, do ativo da empresa para suas respectivas pessoas (físicas ou jurídicas), elementos essenciais para que se possa desconsiderar a pessoa jurídica e agredir o patrimônio pessoal de seus sócios.

O Direito Comercial estabelece clara distinção entre as pessoas sócias de determinada pessoa jurídica e esta última. Para a constituição desta exige-se a instrumentalização por meio de contrato social, no qual é previsto o capital e sua integralização, tratando-se de sociedade limitada. Os sócios respondem até o limite de referido capital (CC, art. 1052), e aqueles que praticam atos de comércio com referida sociedade devem tomar as cautelas para saber a extensão da responsabilidade e do risco que enfrentam. Ou seja, devem examinar o contrato social, verificar a composição do ativo e do passivo, se o capital está integralizado ou não.

A responsabilidade patrimonial pelas dívidas da sociedade é da pessoa jurídica, não podendo ser estendida aos seus sócios, que publicamente destinaram uma parcela de seu patrimônio para atuar no comércio, deixando o restante livre das incertezas da vida comercial, preservando o futuro próprio e de seus familiares.

A regra é essa, e quem opera no comércio sabe disso. Portanto, e de acordo com o próprio dispositivo legal, somente se vai para a excepcionalidade, atingindo-se o patrimônio de quem não é parte na ação ou execução, se comprovados os requisitos do art. 50 do CC, o que não acontece no caso aqui examinado.

Acesso ao Sumário

De se observar, ainda, que houve uma única tentativa de constrição do patrimônio da devedora. Com efeito, o pedido de penhora *on line* de ativos financeiros, deferido a fls. 49, restou infrutífero (fls. 50/51) e ensejou o requerimento de desconsideração da personalidade jurídica da empresa executada, pleito que fora indeferido pela decisão guerreada.

De outra parte, impende ressaltar também que a inexistência de ativos

financeiros em conta corrente pode decorrer dos azares do comércio, não significando, por si só, que os sócios tenham agido premeditadamente no sentido de desviar referidos bens do ativo social.

Destarte, estas as razões pelas quais se entende que a hipótese examinada não autoriza a desconsideração pretendida, motivo pelo qual a manutenção da decisão recorrida é de rigor.

Até porque, como salientado por Sua Excelência na decisão agravada, a fls. 54:

"...não foram realizadas busca de bens em nome da executada, além da pesquisa Bacenjud, a demonstrar eventual desvio de bens e encerramento irregular das atividades.

Não se olvide os indícios, até mesmo pelas manifestações da parte executada, acerca da possível ausência de bens. Entretanto, para deferimento da medida, necessária a demonstração por prova documental concreta."

E conclui determinando, à agravante, o recolhimento da taxa para o Fundo Especial de Despesa do TJ para a complementação de buscas faltantes realizadas por intermédio deste Poder Judiciário (INFOJUD e RENAJUD), o que soma ao pensamento de que socorrem à interessada outras medidas antes da extrema e excepcional desconsideração da personalidade jurídica.

Saliente-se, outrossim, que a medida buscada pode ser posteriormente deferida, caso alteradas as condições fáticas atuais.

Ante o exposto, e pelas razões indicadas, nega-se provimento ao recurso.

DECLARAÇÃO DE VOTO

A excepcional penetração no âmago da pessoa jurídica, com o levantamento do manto que protege sua independência patrimonial, exige a presença do pressuposto específico do abuso da personalidade jurídica, com a finalidade de lesão a direito de terceiro, infração da lei ou descumprimento de contrato. Em outras palavras, há de se ter presente a efetiva manipulação da autonomia patrimonial da sociedade em prol de terceiros.

Neste sentido: REsp. nº 876.974/SP, rel. Min. Nancy Andrighi, 3º T., DJ 27/8/07.

Aliás, conforme o Enunciado nº 146 da III Jornada de Direito Civil, STJ-CEJ/CJF, dezembro/2004, "*Nas relações civis, interpretam-se restritivamente os parâmetros de desconsideração da personalidade jurídica previstos no art. 50 (desvio de finalidade social ou confusão patrimonial)*".

Por outras palavras, a desconsideração é medida excepcional, a ser utilizada com toda cautela, e que, de regra, pode ocorrer em caso de cometimento

Acesso ao Sumário

de fraude ou abuso pelos sócios, em detrimento de credores.

Sobre o tema, o ilustre Desembargador Ricardo Negrão, no julgamento do Agravo de Instrumento nº 7.150.500-9, trouxe o seguinte ensinamento:

"*Carlos Celso Orcesi da Costa, com acentuada clareza escreve sobre o que se deve entender pelas expressões atos ilegais ou atos de violação do contrato social: 'aqueles dolosamente praticados e dirigidos para deliberadamente prejudicar terceiros. Assim, não pagar um fornecedor é ato ilegal; constitui uma falta. Mas para os fins dos princípios da responsabilidade o não pagar pode configurar ou não uma violação da lei ou do contrato social. Se a sociedade não paga por estar impossibilitada, por motivo justo, o credor pode cobrar da empresa, mas não há infração dolosa, nem responsabilidade contingente. Se a sociedade desvia o numerário, e não paga ou se em estado pré-falimentar, sai por aí comprando sem lastro, evidencia-se o dolo, e, conseqüentemente, haveria responsabilidade' (Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro Ano XXIII, Nova Série, n. 56, out/dez 1984, citado em Manual de Direito Comercial, Ricardo Negrão, 2ª ed., Bookseller, 2000, p. 316).*"

Em sede de doutrina, já tive a oportunidade de escrever: "*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 indício da presença desse pressuposto não é possível penetrar na personalidade jurídica da sociedade e afrontar o princípio que protege 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. Se isso fosse possível, a teoria da desconsideração, construída com a melhor das intenções, serviria para desvirtuar o outro instituto de direito comercial de alta relevância no mundo jurídico, qual seja, o instituto da pessoa jurídica, que traduz distinção entre a pessoa jurídica e as físicas de seus sócios, e que tem imanente o princípio da autonomia patrimonial, que afasta a confusão entre o patrimônio social e o patrimônio particular dos sócios; não se pode olvidar que esse princípio da pessoa jurídica consiste em um dos mais importantes instrumentos jurídicos desenvolvidos pelo mundo capitalista para estimular a iniciativa privada, por meio dele podendo o cidadão investir suas economias em determinada atividade econômica, sem expor-se, em princípio, especialmente na sociedade limitada, ao risco de perder seu patrimônio por eventual insucesso do empreendimento*" (Responsabilidade dos Sócios na Sociedade Limitada, 2ª edição, Saraiva, p. 129/130).

Acesso ao Sumário

No caso, o fato de ter sido determinada a intimação dos sócios da empresa devedora para que "*comprovassem a suficiência de patrimônio da pessoa jurídica*" (cf. p. 39) e de resultar infrutífera essa diligência em relação a um

deles, qual seja, o sócio Eduardo Santo Branco, posto ser desconhecido no local (cf. p. 42/45), não é suficiente para autorizar a desconsideração da personalidade jurídica, mesmo porque inexiste demonstração de que a intimação do outro sócio, Sr. Ilidio, tenha se revelado igualmente fracassada.

Sendo assim, não é possível concluir, por enquanto, com os elementos disponíveis, sobre a presença dos requisitos da desconsideração.

Surgindo novas evidências, inclusive quanto a encerramento irregular da atividade social, a agravante poderá reformular o pedido.

Ante o exposto, por meu voto, também se nega provimento ao recurso.

ITAMAR GAINO, Terceiro Desembargador

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos do Agravo de Instrumento nº 2026952-94.2014.8.26.0000, da Comarca de Ribeirão Preto, em que é agravante JORGE DA SILVA (JUSTIÇA GRATUITA), é agravado BV FINANCEIRA S/A CRÉDITO, FINANCIAMENTO E INVESTIMENTO.

ACORDAM, em 26ª 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 13246)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores FELIPE FERREIRA (Presidente sem voto), BONILHA FILHO e RENATO SARTORELLI.

São Paulo, 8 de outubro de 2014.

ANTONIO NASCIMENTO, Relator

Ementa: ARRENDAMENTO MERCANTIL - AÇÃO DE REVISÃO CONTRATUAL COM PEDIDO DE TUTELA ANTECIPADA - Depósito unilateral das parcelas do financiamento - Possibilidade - Mora - Não caracterização - Inscrição do nome do arrendatário no index dos inadimplentes - Irrazoabilidade, enquanto perdurar a discussão do débito - RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.

Acesso ao Sumário

VOTO

Trata-se de agravo de instrumento tirado por **Jorge da Silva**[1] dos autos da **ação de revisão contratual, cumulada com pedido de restituição de valores**, que ajuizou contra **Banco Itaucard S/A**, objetivando, resumidamente, a declaração de ilegalidade de algumas cláusulas do contrato de arrendamento mercantil que celebraram. Profliga, no essencial, a decisão judicial que indeferiu seu pedido de consignação do valor incontroverso, de manutenção da posse do veículo objeto da controvérsia e de inviabilização da negativação de seu nome perante os órgãos de proteção de crédito.

Irresignado, sustenta o agravante que, enquanto houver discussão do débito, mormente com o depósito judicial da parcela devida, seu nome não pode ser negativado, não havendo que se falar em mora. Requer a antecipação dos efeitos da tutela para que possa consignar o valor incontroverso, a manutenção de posse do veículo e a abstenção de inclusão de seu nome nos órgãos de proteção ao crédito.

Diz o agravante na minuta, à guisa de peroração:

> **"Aclarado o perigo da demora e estampada a verossimilhança das alegações, fundamental que se reitere os pedidos já formulados na inicial em antecipação, especialmente, que se defira a consignação do valor incontroverso, a manutenção da posse do veículo ao Agravante, bem como seja impedida a negativação de seu nome junto aos órgãos de proteção de crédito."**

Instado a se manifestar sobre a inclusão da **B.V Financeira** no cadastro digital, vez que no contrato de fls. 141/143 consta como arrendador o **Banco Itaucard S/A**, o agravante quedou-se inerte (fls. 212).

Foi deferido apenas e tão somente o efeito devolutivo (fl. 213). Sem contraminuta, porquanto ainda não citado o réu.

É o relatório.

A deliberação que se expõe ao ataque do agravante ostenta o seguinte teor:

> *"4. Nesse contexto, DEFIRO o pedido de consignação em pagamento do valor incontroverso, nos termos do novo artigo 285-B do CPC:*
>
> *'Art. 285-B. Nos litígios que tenham por objeto obrigações decorrentes de empréstimo, financiamento ou arrendamento mercantil, o autor deverá discriminar na petição inicial, dentre as obrigações contratuais, aquelas que pretende controverter, quantificando o valor incontroverso. Parágrafo único. O valor incontroverso deverá continuar sendo pago no tempo e modo contratados.'*

Acesso ao Sumário

1 Beneficiário da gratuidade judicial.

5. Com relação à manutenção da posse do veículo com a parte autora e o pedido de liminar para determinar que a empresa ré se abstenha de incluir o nome da parte autora em órgãos de proteção ao crédito, enquanto tramitar a presente ação, ou que proceda à sua retirada, caso já o tenha feito, recentemente o E. STJ. Editou a Súmula nº 380, segundo a qual 'A simples propositura da ação de revisão de contrato não inibe a caracterização da mora do autor.'

Considerando-se que a parte autora pleiteia o cumprimento parcial do contrato que espontaneamente optou por celebrar, somente se afigura a manutenção na posse do bem e a concessão da liminar para determinar que a empresa ré se abstenha de incluir o nome da parte autora em órgãos de proteção ao crédito, enquanto tramitar a presente ação, ou que proceda à sua retirada, caso já o tenha feito se houver o depósito total da parcela contratada, acrescida dos encargos moratórios previstos no contrato em caso de parcelas atrasadas. Demais disso, por ora o juízo não pode obstar a parte contrária de tomar as medidas judiciais que entender cabíveis."

Cumpre deixar assente, desde logo, que os litigantes se encontram jungidos por contrato de arrendamento mercantil e não por avença balizada pela alienação fiduciária, nos termos do Decreto-Lei nº 911/69. Isso significa que não se lhes aplica o teor do Recurso Repetitivo nº 1.418.593/MS, estabelecendo a obrigatoriedade do pagamento integral da dívida.

E é forçoso convir que a deliberação agravada carece de reforma somente no ponto em que não desautorizou, enquanto perdurar a discussão judicial do débito, eventual inscrição do nome do agravante no **index** dos maus pagadores.

Dignos de evocação, por se ajustarem à controvérsia dos autos, os seguintes pronunciamentos desta Câmara:

"AGRAVO DE INSTRUMENTO. REVISIONAL. CONSIGNAÇÃO EM PAGAMENTO. MANUTENÇÃO DE POSSE DO BEM OBJETO DO CONTRATO. IMPOSSIBILIDADE. EFEITOS DA MORA.

1. *Admitido o processamento da demanda, o pedido de consignação deve ser deferido, sem, todavia, descaracterização da mora, posto que, os valores oferecidos foram fixados de forma unilateral pelo agravante.*

2. *Ainda que o devedor deposite o valor das parcelas conforme contratado, a mora, no caso já esta caracterizada. Não há, portanto, motivo ou autorização legal para inibir o direito do credor. Decisão mantida.* **Recurso não provido"**.[2]

"AGRAVO DE INSTRUMENTO. ARRENDAMENTO MERCANTIL. REVISIONAL C.C. CONSIGNAÇÃO EM PAGAMENTO.

Acesso ao Sumário

2 TJSP - 26ª Câmara de Direito Privado - Agravo de Instrumento nº 0079989-2011.8.26.0000 - Rel. **Carlos Alberto Garbi** - J. 11/05/2011.

É possível a consignação das parcelas do financiamento em valor menor do que o contratado, não havendo, entretanto, efeito liberatório em relação à mora e que impeça o credor de buscar as medidas pertinentes à retomada do bem. Decisão mantida. **Recurso improvido, com observação".**[3]3

"ARRENDAMENTO MERCANTIL - AÇÃO REVISIONAL - DEPÓSITO DAS PARCELAS DO FINANCIAMENTO - VALOR FIXADO UNILATERALMENTE PELA ARRENDATÁRIA - POSSIBILIDADE - AGRAVO PROVIDO.

É possível a consignação das parcelas do financiamento em valor menor do que o contratado, não havendo, entretanto, efeito liberatório em relação à mora que impeça o credor de buscar as medidas pertinentes à retomada do bem".[4]

E, ainda em semelhante cenário, exsurge a Súmula 380 do E. Superior Tribunal de Justiça, com a seguinte dicção:

"A simples propositura da ação revisional de contrato não inibe a caracterização da mora do autor."

Postas estas premissas, **dá-se parcial provimento** ao recurso, para ***a)*** **impedir** a inscrição, no evolver da demanda, do nome do autor no cadastro dos órgãos de proteção ao crédito, sob pena de multa diária de R$ 250,00, até o limite de R$ 15.000,00; ***b)*** **permitir** o depósito das prestações pelo valor incontroverso, com a descaracterização da mora.

Apelações

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0004159-94.2011.8.26.0003, da Comarca de São Paulo, em que é apelante LEÃO NICOLA LOBO, são apelados ROGERIO SADAMITI ISHIYI e TOSHIMITI ISHIYI (ESPÓLIO).

Acesso ao Sumário

3 TJSP - 26ª Câmara de Direito Privado - Agravo de Instrumento nº 990.10.191217-1 - Rel. Des. **Felipe Ferreira** - J. 28/07/2010.

4 TJSP - 26ª Câmara de Direito Privado - Agravo de Instrumento nº 2105787-96.2014.8.26.0000 - Rel. Des. **Renato Sartorelli** - J. 30/7/2014.

ACORDAM, em 19ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento à apelação, por maioria de votos, vencido o Revisor, que negaria provimento e que declarará seu voto.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 34.223)**

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

São Paulo, 29 de setembro de 2014.

SEBASTIÃO JUNQUEIRA, Relator

Ementa: AÇÃO MONITÓRIA - Cobrança com base em cheques prescritos para via executiva - Obrigação Pessoal - Prescrição que se opera em cinco anos - Inteligência do artigo 206, § 5º, inc. I, do CC/ 2002 e Súmula 503, do E. STJ - Recurso provido.

VOTO

Trata-se de ação monitória embargada fundada em cheques prescritos para a via executiva, julgada procedente pela decisão de fls. 386/386 verso, de relatório adotado; recorre o embargante tecendo considerações sobre os fatos; sustenta cerceamento de defesa, na medida em que os valores já pagos; insiste na prescrição dos títulos e do direito de ação; esclarece que os cheques objetos da presente demanda são os mesmos daqueles que foram cobrados em ação executiva, a qual foi julgada extinta; pugna pela declaração de litispendência; discorre sobre a vinculação dos títulos ao contrato de confissão de dívida; pretende a reforma do julgado (fls. 392/432); recurso regularmente processado e respondido (fls. 445/454).

Relatório do essencial.

Cuida-se de ação monitória fundada em quatro cheques emitidos entre os meses de agosto e setembro de 2001 (fls. 12/15); enquanto a ação monitória foi ajuizada apenas em 22 de fevereiro de 2011 (fl. 02).

Em sendo assim, cumpre ressaltar que a hipótese dos autos implica na prescrição quinquenal, com fundamento no art. 206, § 5º, inciso I, do atual Código Civil.

Neste sentido já se pronunciou o E. Superior Tribunal de Justiça:

"PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. ART. 543-C DO CPC. AÇÃO MONITÓRIA

Acesso ao Sumário

APARELHADA EM CHEQUE PRESCRITO. PRAZO QUINQUENAL PARA AJUIZAMENTO DA AÇÃO. INCIDÊNCIA DA REGRA PREVISTA NO ART. 206, § 5º, INCISO I, DO CÓDIGO CIVIL.

1. Para fins do art. 543-C do Código de Processo Civil: 'O prazo para ajuizamento de ação monitória em face do emitente de cheque sem força executiva é quinquenal, a contar do dia seguinte à data de emissão estampada na cártula'.

2. Recurso especial provido." (REsp 1101412/SP, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, Segunda Seção, julgado em 11/12/2013, DJe 03/02/2014)

Igualmente, considera-se o teor da Súmula nº 18 desta Corte:

"Exigida ou não a indicação da causa subjacente, prescreve em cinco anos o crédito ostentado em cheque de força executiva extinta (Código Civil, art. 206, § 5º, I)."

Além disto, a questão encontra-se pacificada, diante da edição de recente súmula do E. STJ nos seguintes termos:

"Súmula 503 – 'O prazo para ajuizamento de ação monitória em face do emitente de cheque sem força executiva é quinquenal, a contar do dia seguinte à data de emissão estampada na cártula'".

Em sendo assim, o reconhecimento da prescrição do direito de ação é medida que se impõe.

Como consequência, pela estória narrada, outra deve ser a solução da lide; a r. sentença merece reparos para julgar improcedente a ação monitória diante do reconhecimento da prescrição; invertidos os ônus da sucumbência, verba honorária em 10% do valor da causa.

Por tais razões, dão provimento ao recurso.

DECLARAÇÃO DE VOTO

(Voto nº 27.171)

Voto divergente:

Divirjo do r. entendimento da douta Maioria e o faço para manter a r. sentença de primeiro grau.

Observo que pendia entre as partes ação declaratória de inexistência de débito desde 7 de maio de 2003 (fl. 124), julgada somente em 2011, razão pela qual o Magistrado determinou a suspensão destes autos até a solução definitiva da outra ação entre as partes (fl. 351).

Havia desde 2003, razão para a suspensão (art. 265, IV, a), não fluindo, nesse período, o prazo prescricional.

Somente após reconhecida a higidez do título é que corre o prazo prescricional de cinco anos, o que ocorreu com o julgamento em segunda instância aos 22/11/2011 (fl. 374).

Pelo meu voto, portanto, nego provimento ao recurso e mantenho a r. sentença proferida pelo Dr. Paulo Furtado de Oliveira Filho.

RICARDO NEGRÃO, Revisor, com voto vencido

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0005430-35.2013.8.26.0047, da Comarca de Assis, em que são apelantes CÉLIO MARCOS TOMAZINHO, REGINA CÉLIA ZANOTTI TOMAZINO, JOMAR DE FÁTIMA SILVA VALVERDE ZANOTTI e JOANA RICARDINA DA SILVA ZANOTTI, é apelado BANCO DO BRASIL S/A.

ACORDAM, em 19ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento à apelação, por votação unânime.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 19.783)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores RICARDO PESSOA DE MELLO BELLI (Presidente), SEBASTIÃO JUNQUEIRA e RICARDO NEGRÃO.

São Paulo, 10 de novembro de 2014.

RICARDO PESSOA DE MELLO BELLI, Relator

Ementa: Apelação - Embargos à execução - Cédula de Crédito Rural - Sentença de rejeição da ação incidental - Confirmação.

1. Prescrição - Prorrogações dos vencimentos da obrigação, assentados unilateralmente pelo credor na cédula - Validade e eficácia do ato, embora não realizado sob a forma de aditamento, nos moldes do art. 12 do Decreto-Lei nº 167/67 - Art. 62, parágrafo único, do mesmo diploma, é expresso ao dispensar as formalidades do art. 12 para prorrogações concedidas ainda no prazo de vigência da cédula, como na espécie - Prazo prescricional do art. 206, § 3º, VIII, do CC que nem mesmo se iniciou, considerada a data de vencimento da última prorrogação assentada na

Acesso ao Sumário

cédula.

2. Capitalização mensal dos juros - Admissibilidade, nos termos do art. 5º, "caput", do Decreto-Lei nº 167/67 e conforme a orientação firmada no procedimento de recursos especiais repetitivos de que é paradigma o julgado proferido em REsp. 1333977/MT - Capitalização mensal expressamente contratada na espécie.

3. Encargos moratórios - Memória de cálculo que orienta a execução, vinculando o credor, contendo cobrança de taxa de juros de 6,75% a.a., para o período de anormalidade, além de juros de mora de 1% a.a. e multa contratual de 2% - Encargos que se situam aquém dos limites estabelecidos nos arts. 5º, parágrafo único, e 71 do Decreto-Lei nº 167/67 - Licitude - Ausência de interesse processual no tópico dos embargos em que se procura discutir a cláusula da cédula que estabelece os encargos moratórios, uma vez que tais encargos não estão sendo executados e não se está diante de ação revisional de cláusulas.

4. Garantias - Legitimidade ou não da instituição e da amplitude das garantias não interferindo na existência e no montante das obrigações pecuniárias contraídas por meio da cédula e, portanto, não representando matéria para ser tratada em embargos à execução, mas para ação própria - Eventual excesso da penhora verificada com base nas aludidas garantias, por outro lado, devendo ser deduzido como mero incidente de execução.

Apelação a que se nega provimento.

Acesso ao Sumário

VOTO

1. Trata-se de embargos à execução opostos por CÉLIO MARCOS TOMAZINHO e outros frente à execução por título extrajudicial que lhes move BANCO DO BRASIL S/A.

A r. sentença, após afastar a alegação de prescrição da pretensão do embargado, julgou os embargos improcedentes quanto ao mais, com os argumentos de que não há ilegalidades (i) na medida da taxa de juros remuneratórios estabelecida no instrumento contratual, em 8,75% a.a. até 30.11.08 e em 6,75% a.a. até 20.10.10; (ii) na cobrança de juros capitalizados

mensalmente; e (iii) na elevação da taxa dos juros remuneratórios em 1% a.a., na hipótese de inadimplência. Tais disposições, conforme ainda o sentenciante, estão em plena sintonia com o Decreto-Lei nº 167/67, que disciplina as cédulas de crédito rural (fls. 140/143 e 180/181).

Apelam os embargantes, sustentando, em síntese, que: (a) a alegação de prescrição deve ser acolhida, pois, ao contrário do que entendeu o digno sentenciante, os "carimbos" apostos unilateralmente no verso da cédula de crédito rural não têm validade para efeito de determinar as prorrogações de vencimento do título em apreço, uma vez que desrespeitam o quanto estabelecido nos arts. 12 e 13 do Decreto-Lei nº 167/67. Assim, prosseguem os apelantes, o prazo prescricional teve início em 20.10.08 - data de vencimento do último termo aditivo válido da cédula em questão (cf. fl. 59) - e se findou antes da propositura da demanda, em 10.10.12; (b) o art. 5°, parágrafo único, do Decreto-Lei nº 167/67 proíbe a cobrança de taxa de juros em percentual superior ao contratado para o período de normalidade em razão do inadimplemento. Desse modo, para o período de inadimplemento, os juros devem ser calculados à taxa de 1% a.a.; (c) é nula a cláusula que estabelece a cobrança de comissão de permanência, seja porque deixa a fixação da respectiva taxa ao sabor do apelado, seja porque prevê sua cobrança cumulada com outros encargos moratórios; (d) deve ser afastada a cobrança de juros capitalizados mensalmente, pois o art. 5º do Decreto-Lei apenas admite, desde que expressamente previsto no instrumento contratual, a capitalização semestral ou anual; (e) é ilegal, outrossim, a cobrança de multa moratória de 10%, devendo esta ser limitada a 2%, consoante art. 52, §1º, do CDC; (f) devem ser afastados os encargos decorrentes da mora, porquanto evidenciado está que a instituição financeira apelada cobra além do devido; (g) é de rigor a redução das garantias concedidas por eles, apelantes, ou a escolha de apenas uma delas, porque a prática adotada pelo apelado - de cumulação de garantias - é ilegal, já que praticamente bloqueou o patrimônio dos embargantes; e (h) "face às ilegalidades ora apontadas, realizadas durante a contratação, os valores que foram ilegalmente cobrados devem ser compensados aos embargantes ante ao eventual débito remanescente, ou repetidos." (fls. 184/214).

2. Recurso tempestivo (fls. 182 e 184) e preparado (fls. 215/217).

Não houve resposta.

É o relatório do essencial.

Prescrição.

3. De fato, consoante afirmam os apelantes, o art. 12 do Decreto-Lei nº 167/67, norma cogente, de regência dos títulos de crédito rural, é expresso ao exigir que os eventuais aditamentos da cédula se façam no corpo do documento e contenham as assinaturas do emitente e do credor.

Veja-se o texto do dispositivo legal sobredito e do art. 13 do mesmo

Acesso ao Sumário

diploma:

"Art. 12. A cédula de crédito rural poderá ser aditada, ratificada e retificada por meio de menções adicionais e de aditivos, **datados e assinados pelo emitente e pelo credor.**

Parágrafo único. Se não bastar o espaço existente, continuar-se-á em fôlha do mesmo formato, que fará parte integrante do documento cedular.

Art. 13. A cédula de crédito rural **admite amortizações periódicas e prorrogações de vencimento que serão ajustadas mediante a inclusão de cláusula, na forma prevista neste Decreto-lei.**" (grifei).

Entretanto, o parágrafo único do art. 62 do mesmo diploma legal proclama a validade das prorrogações de vencimento assentadas pelo credor na cédula, independentemente de formal aditamento, sempre que se derem antes do vencimento do prazo fixado na própria cédula ou das correspondentes prorrogações.

Confira-se:

"Art 62. As prorrogações de vencimento de que trata o artigo 13 dêste Decreto-lei serão anotadas na cédula pelo próprio credor, devendo ser averbadas à margem das respectivas inscrições, e seu processamento, quando cumpridas regularmente tôdas as obrigações, celulares e legais, far-se-á por simples requerimento do credor ao oficial do Registro de Imóveis competente.

Parágrafo único. Sòmente exigirão lavratura de aditivo as prorrogações que tiverem de ser concedidas sem o cumprimento das condições a que se subordinarem ou após o término do período estabelecido na cédula." (grifei).

Assim, diversamente do que argumentam os apelantes, são válidas e eficazes as prorrogações de prazo anotadas pelo credor na cédula, a última delas datada de 12.11.09, com vencimento final para 20.10.15 (fl. 53v).

Uma vez que a ação foi proposta em 9.10.12, o prazo trienal do art. 206, §3º, VIII, do CC nem mesmo teve início.

Capitalização mensal dos juros.

4. No que se refere à capitalização dos juros, anoto que o art. 5º, do Decreto-Lei nº 167/67 é expresso ao dispor que, na cédula de crédito rural, poderá "o financiador, nas datas previstas, capitalizar tais encargos na conta vinculada à operação".

Tal questão, isto é, a legitimidade ou não da cláusula que estabelece a capitalização mensal nas cédulas de crédito rural foi recentemente apreciada pelo Egrégio Superior Tribunal de Justiça, no âmbito de procedimento de recursos especiais repetitivos, nos termos do julgado paradigma assim ementado:

Acesso ao Sumário

"CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO REVISIONAL. CONTRATOS DE CRÉDITO RURAL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. PRESTAÇÃO JURISDICIONAL COMPLETA. INEXISTÊNCIA DE VÍCIOS. RECURSO REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. CPC, ART. 543-C. CAPITALIZAÇÃO MENSAL DOS JUROS. EXPRESSA PREVISÃO CONTRATUAL. COBRANÇA. LEGITIMIDADE. ENUNCIADO 93 DA SÚMULA DO STJ. PRECEDENTES. MORA CARACTERIZADA. COMISSÃO DE PERMANÊNCIA. ENCARGOS MORATÓRIOS. CUMULAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE, NO CASO CONCRETO.

1. Se as matérias trazidas à discussão foram dirimidas, pelo Tribunal de origem, de forma suficientemente ampla e fundamentada, ainda que contrariamente à pretensão da parte, afasta-se a alegada violação ao art. 535 do Código de Processo Civil.

2. Nos termos do enunciado 93 da Súmula do STJ, nos contratos de crédito rural, admite-se a pactuação de cláusula que preveja a capitalização mensal dos juros.

3. O deferimento da cobrança da comissão de permanência, sem recurso da parte adversa, apesar de constituir encargo sem previsão legal para a espécie, impede a cumulação com os demais encargos da mora.

4. Tese para os efeitos do art. 543-C do CPC: - 'A legislação sobre cédulas de crédito rural admite o pacto de capitalização de juros em periodicidade inferior à semestral".

5. Recurso especial conhecido e parcialmente provido.' (REsp. nº 1333977/MT, Rel. Min. MARIA ISABEL GALLOTTI, SEGUNDA SEÇÃO, j. 26.2.14 - grifei).

Do exame da cédula em apreço verifico que existe previsão expressa da incidência da capitalização mensal dos juros (cf. cls. "Encargos Financeiros", fl. 48: "Os valores lançados na conta vinculada ao presente financiamento, bem como o saldo devedor daí decorrente, sofrerão

incidência de juros a taxa nominal de 8,418 (oito inteiros e quatrocentos e dezoito milésimos) pontos percentuais ao ano, calculados por dias corridos, com base na taxa proporcional diária (ano de 360 dias), correspondendo a 8,75 (oito inteiros e setenta e cinco centésimos) pontos percentuais efetivos ao ano, debitados e **capitalizados mensalmente**, no primeiro dia de cada mês, nas remições proporcionalmente aos valores remidos -, no vencimento e na liquidação da dívida exigidos juntamente com as amortizações do principal, inclusive nas remições, proporcionalmente aos seus valores nominais, no vencimento e na liquidação da dívida" - são meus os destaques).

Donde a contratação da capitalização mensal e a licitude da cláusula.

Acesso ao Sumário

Encargos moratórios.

5. O parágrafo único do artigo 5° do Decreto-Lei nº 167/67, a que alude o apelante, é assim redigido:

"Em caso de mora, a taxa de juros constante da cédula será elevável de 1% (um por cento) ao ano." (grifei).

A leitura do citado dispositivo mostra que não há disposição sobre os juros moratórios, mas, sim, sobre os juros remuneratórios - autorizando que, em caso de inadimplência, seja acrescida aos juros remuneratórios previstos na cédula de crédito rural a taxa (adicional) de 1% ao ano.

Assim, em razão da inadimplência dos apelantes, a taxa dos juros remuneratórios incidente na operação em análise haveria de ser de 9,418% ao ano, isto é, 8,418% a.a (cf. fl. 48), mais 1% do art. 5°, parágrafo único.

E o capítulo da cédula que disciplina as consequências do inadimplemento foge por completo ao modelo legal, porquanto prevê a incidência de comissão de permanência, "à taxa de mercado do dia do pagamento", juros moratórios de 1% ao ano, etc.

Todavia, a memória de cálculo de fls. 66/69, obviamente vinculando o exequente/apelado, revela que se cobra nesta execução, para o período de anormalidade, taxa de juros de 6,75% a.a., além de juros de mora de 1% a.a. e multa contratual de 2% (cf. fl. 66).

Por onde se percebe que os acréscimos moratórios discriminados naquele demonstrativo de cálculo estão até aquém dos limites estabelecidos pelos arts. 5º, parágrafo único, e 71 do Decreto-Lei nº 167/67 - não havendo significado jurídico na circunstância de o acréscimo dos juros para o período de anormalidade estar sendo rotulado no demonstrativo como "juros de mora".

Comissão de permanência e multa moratória.

6. Pelas mesmas razões, não há interesse processual nesta ação incidental no tópico em que busca afastar a incidência da comissão de permanência e da multa moratória prevista no contrato, de 10%.

Importa que não se está diante de ação revisional de cláusula contratual e que, como visto, o banco apelado não cobra os aludidos acréscimos, apesar de previstos na cédula.

Garantias.

7. Uma vez que a legitimidade da instituição das garantias previstas na indigitada cédula ou da respectiva amplitude é algo que não interfere na existência e no montante das obrigações pecuniárias ali contraídas pelos ora apelantes, tal legitimidade não é tema para ser discutido nestes embargos, mas em ação própria.

Por outra parte, o eventual excesso de penhora das constrições realizadas

Acesso ao Sumário

com base na cláusula que instituiu aquelas garantias é matéria para ser deduzida como mero incidente de execução.

Posto isso, meu voto nega provimento à apelação.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0014371-96.2011.8.26.0223, da Comarca de Guarujá, em que é apelante LOCALFRIO S/A ARMAZÉNS GERAIS FRIGORÍFICOS, é apelado SANTOS BRASIL PARTICIPAÇÕES S/A.

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 18.706)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores RICARDO PESSOA DE MELLO BELLI (Presidente) e SEBASTIÃO JUNQUEIRA.

São Paulo, 10 de novembro de 2014.

MARIO DE OLIVEIRA, Relator

Ementa: AÇÃO DE DECLARATÓRIA DE INEXISTÊNCIA DE RELAÇÃO JURÍDICA, NULIDADE DE TÍTULOS C.C. RESTITUIÇÃO DE VALORES - Improcedência - Cobrança de encargo denominado "THC2" pelos terminais portuários, em razão de serviço de segregação e entrega de contêineres - Pretensão de inexigibilidade da cobrança fundada na inexistência de relação jurídica entre as partes e duplicidade da cobrança, já que o mesmo serviço também é remunerado pelo encargo denominado "THC" - Cabimento - Ausência de liame obrigacional entre as partes que pudesse ensejar a cobrança do débito em face dos recintos ocupantes da retroárea - Circunstância de os terminais isentarem os transportadores que contratam os seus próprios serviços de armazenamento que evidencia propósito anticoncorrencial e dominatório de mercado da cobrança - Reconhecimento da infração pelo Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) -

Acesso ao Sumário

Precedentes deste Egrégio Sodalício e da Justiça Federal - Ausência de prova de prestação de serviço capaz de ensejar a cobrança do valor em questão - Cobrança indevida - Recurso provido, em parte.

AÇÃO DE DECLARATÓRIA DE INEXISTÊNCIA DE RELAÇÃO JURÍDICA, NULIDADE DE TÍTULOS C.C. RESTITUIÇÃO DE VALORES - Pretensão de repetição dos valores despendidos no pagamento da "THC2" - Descabimento - Situação que não se subsume à hipótese de erro, prevista no art. 877, do Código Civil - Conjunto probatório revelador que pagamentos se deram no interesse da autora, buscando a imediata liberação dos contêineres - Impossibilidade de devolução - Hipótese, ademais, em que a autora deixou de impugnar oportunamente a cobrança dos valores, efetuando os pagamentos sem qualquer ressalva - Pretensão de restituição imediata dos valores pagos durante anos, quando a quantia já superava R$ 7.000.000,00 (sete milhões de reais), que representa malferimento dos princípios da lealdade contratual e boa-fé - "*Venire contra factum proprium*" - Pretensão ressarcitória afastada - Sucumbência recíproca - Recurso provido, em parte.

VOTO

Trata-se de apelação em face da r. sentença de fls. 3177 a 3185, cujo relatório se adota, que julgou improcedentes as ações principal e cautelares, bem como as impugnações ao valor da causa, cassando os efeitos das liminares concedidas. Em razão da sucumbência, a autora foi condenada ao pagamento das despesas processuais e honorários advocatícios fixados, globalmente, em 10% do valor da causa na ação principal.

Foram opostos embargos de declaração pela requerida (fls. 3251/3256), rejeitados à fl. 3263.

Apela a autora sustentando, em síntese, a ilegalidade da cobrança da quantia denominada "taxa para liberação de contêineres" ou "THC2" ("terminal handling charge"), já que não existe qualquer relação jurídica que pudesse justificar sua incidência. Diz que tal encargo é abusivo, na medida em que reduz a extensão do serviço prestado pelos Terminais, que passariam a apenas empilhar os contêineres no terminal em vez de entregar as cargas aos seus correspondentes destinatários. Argumenta o operador portuário já cobra do armador tarifa pela

Acesso ao Sumário

prestação de tais serviços (denominada "THC" e equivalente à antiga taxa de capatazia), de modo que a concepção do novo encargo apenas oculta a cobrança em duplicidade em razão da mesma atividade. Assevera que a relação havida entre as partes é de índole privada, de modo que regida tão somente pelas leis vigentes e contratos firmados pelas partes. Tece definições acerca dos conceitos peculiares que envolvem a atividade debatida, que considera fundamentais para a análise da questão. Diz que, ao contrário do consignado na r. sentença, os serviços prestados pelos terminais não foram ampliados pela criação dos recintos alfandegados, reiterando que não pode subsistir a alegada bipartição do serviço de transporte em duas etapas. Argumenta que, caso haja, de fato, identificação de uma nova tarefa na dinâmica portuária, envolvendo a separação dos contêineres que permanecerão armazenados com a apelada daqueles que serão destinados a recintos alfandegados, deve-se concluir que a necessidade se revela fruto de sua própria desorganização, já que o terminal tem prévio conhecimento do destino das mercadorias, de forma que bastaria deixar de misturar as unidades para se ver livre do ônus reclamado. Alega que a cobrança do encargo em questão ("THC2") pelos terminais portuários vem oprimindo os recintos alfandegados, que necessitam dos contêineres para sua atividade e são obrigados a pagar para obter a liberação da mercadoria. Rechaça a conclusão externada na r. sentença, de que seria possível aos terminais portuários apropriarem-se das mercadorias alheias até que lhes sejam pagos os valores relativos à "THC2". Informa que desde 1996 os terminais portuários passaram a exigir tal encargo dos recintos alfandegados, sob a escusa de que haveria custos adicionais para a liberação da carga no portão do terminal. Entende que a Companhia Docas do Estado de São Paulo (CODESP) não possui competência para estabelecer parâmetros para a cobrança de "THC2" e tampouco pode a Agência Nacional de Transportes Aquaviários (ANTAQ) criar direitos ou obrigações no âmbito de relações entre agentes privados. Consigna que a competência da ANTAQ é limitada a avaliar a conduta dos agentes econômicos no setor, apenas sob o enfoque regulatório, ou seja, se o ato é ou não permitido pelas normas do setor. Aduz que a Resolução ANTAQ nº 2.389/2012 criou novos conceitos de "THC" e "Box rate", os quais são incompatíveis com os dispositivos da Lei dos Portos. Cita precedentes jurisprudenciais que corroboram o entendimento defendido. Com base no exposto, vindica a declaração de nulidade das duplicatas emitidas pela apelada em seu desfavor. Pugna pela restituição dos pagamentos realizados indevidamente entre agosto de 2008 e julho de 2010, sob pena de ensejar enriquecimento sem causa da apelada. Pede provimento (fls. 3188/3216).

Preparado (fls. 3217/3219), o recurso foi recebido em seus regulares efeitos (fl. 3265).

Foram opostos novos embargos declaratórios, agora pela requerida (fls. 3274/3279), acolhidos pelo Juízo para atribuir à apelação tão somente o efeito

Acesso ao Sumário

devolutivo em relação às cautelares, mantendo-se o duplo efeito com relação à presente ação (fl. 3280).

Contrarrazões às fls. 3281/3322 objetivando a manutenção da r. sentença proferida. Sustenta a apelada, em resumo, que em ação semelhante, a autoridade portuária CODESP ingressou com pedido de assistência litisconsorcial, ao fundamento de que a questão subtrai considerável parcela de sua receita. Afirma que na mesma demanda, posteriormente, a ANTAQ compareceu nos autos, formulando pedido de intervenção anômala. Ressalta que a questão enfrentada é antiga, e veio à lume com a edição da Portaria MT nº 74/90, do Ministro do Estado de Transportes, a qual estabeleceu rotina diferenciada de entrega de cargas oriundas de importação, a fim de estimular as atividades dos terminais retroportuários alfandegados. Afirma que referido ato ministerial dispôs expressamente que se tratava de serviço oneroso, de modo que a cobrança da retribuição foi lançada na Tabela M-20 da Codesp. Insiste que o preço do serviço de segregação e entrega de contêineres não está incluído no valor cobrado do armador, ao contrário do alegado pela apelante. Ressalta que o art. 20, § 7º, do Contrato de Arrendamento firmado entre a apelada e a Codesp lhe possibilita cobrar o valor do próprio terminal retroportuário alfandegado (TRA) beneficiado pela realização do serviço. Argumenta que o próprio CADE, em decisão abusiva e arbitrária, reconheceu que o serviço de segregação e entrega de contêineres gera um custo, ainda que moderado, e que sua cobrança é possível se houver regulação. Transcreve arestos jurisprudenciais em sentido convergente à sua pretensão. Defende que, se não remunerados pela "THC2", os serviços prestados pelo terminal portuário seriam então graciosos, a ensejar inegável locupletamento ilícito da apelante. Aduz que, fosse uma relação jurídica absolutamente privada, como alega a apelante, a apelada não teria obrigatoriedade de prestar os serviços em questão. Todavia, pelo contrato de arrendamento, a apelada é obrigada a colocar os serviços de segregação e entrega de contêineres à disposição da apelante e esta, por sua vez, deve pagar por tais serviços. Consigna que, na verdade, quem acaba suportando os custos finais do serviço é o importador, já que o terminal retroportuário inclui o custo da atividade em seu preço. Quanto ao vínculo obrigacional, afirma que "quem solicita os serviços da apelada é a apelante (e não o importador)". (fl. 3319). Pede o improvimento do recurso (fls. 3281/3322).

É o relatório.

A autora moveu ação declaratória de inexistência de relação jurídica e de nulidade de títulos, cumulada com restituição de valores, fundada na irregularidade da cobrança do encargo denominado "THC2".

Afirma, em síntese, que atua no Porto de Santos na qualidade de terminal de recinto alfandegado (TRA), prestando serviço aos diversos armadores e importadores que ali atuam.

Acesso ao Sumário

Aduz que a ré, na condição de terminal portuário, passou a cobrar o aludido encargo dos terminais de recintos alfandegados, com base na suposta prestação de serviços de segregação e entrega de contêineres.

Diz que a cobrança em questão é ilícita e abusiva, uma vez que tais serviços já são remunerados por outra tarifa, denominada "terminal handling charge" ("THC"), ressaltando que não existe qualquer vínculo jurídico entre as partes que pudesse ensejar a incidência do indicador.

A ação foi precedida de três medidas cautelares, de nºs 223.01.2011.012450-6, 223.01.2011.013046-6 e 223.01.2011.013898-6 (em apenso). As demandas foram promovidas pela autora com o objetivo de impedir o lançamento de registro desabonador junto ao Serasa, providência alcançada com deferimento das correspondentes liminares, a primeira delas, em 16.08.2011.

Contra o deferimento da tutela de urgência, a apelada interpôs o agravo de instrumento nº 0217643-07.2011.8.26.0000, improvido por esta 19ª Câmara Julgadora, por Acórdão proferido em 28/02/2012.

Citada, a ré contestou o feito (fls. 2207/2274) sustentando, preliminarmente, a necessidade de litisconsórcio passivo na lide, com a inclusão da União, Antaq e Codesp e remessa dos autos à Justiça Federal. No mérito, defendeu a necessidade de remuneração dos serviços prestados à autora, sob pena de locupletamento ilícito. Afirmou que os serviços em questão geram custos que antes eram pagos à Codesp e agora devem ser pagos a si. Pretendeu a improcedência do pleito.

Sobreveio a r. sentença que julgou improcedentes a ação principal, as cautelares e as impugnações ao valor da causa, dando margem ao apelo em questão.

De proêmio, é de se reconhecer a competência desta Câmara de Direito Privado para conhecer e julgar a "*quaestio juris*" enfrentada nos autos, uma vez que o Órgão Especial deste Egrégio Sodalício dirimiu, percucientemente, a controvérsia que se instalava na jurisprudência desta Corte (grifei):

> **"Conflito de competência. Apelação extraída dos autos de ação ordinária. A fixação da competência recursal se define pela lide descrita na inicial no tocante ao fundamento jurídico e a intenção preponderante das partes. Tratando-se de pedido relativo à declaração de inexistência de relação jurídica entre as partes e inexigibilidade da cobrança a título de THC2 (tarifa adicional pela segregação de cargas dentro do próprio terminal). Lide que envolve pessoas jurídicas de direito privado e contrato de prestação de serviços. Competência que é das Câmaras de n°s 11ª a 38ª da Seção de Direito Privado" (Conflito de Competência nº 0240927-44.2011.8.26.0000, Rel. Des. Ruy Coppola, Comarca: Santos, Órgão julgador: Órgão Especial, J. 23.11.2011).**

No tocante ao mérito, o ponto nodal da questão consiste em aferir a existência de causa subjacente capaz de dar ensejo à cobrança do encargo denominado "THC2", bem como apurar a regularidade das medidas perpetradas pela apelada com o objetivo de receber os valores correspondentes.

Com efeito, a atividade desenvolvida pela apelante, na condição de terminal retroportuário alfandegado (TRA) envolve o armazenamento de contêineres que chegam à zona secundária do Porto de Santos ("porto seco"), antes que sejam submetidos ao desembaraço alfandegário (arts. 9 e 11, do Decreto nº 4.543/2002[1]).

Nesse cenário, os serviços oferecidos pela empresa consistem na alocação e guarda das mercadorias recebidas na retroárea, durante o prazo concedido pela autoridade portuária para permanência dos contêineres, antes da correspondente nacionalização (ou estivação, no caso de exportações)[2].

Já a apelada, por outro lado, na qualidade de administradora de terminal portuário, oferece o seu píer de atracação aos armadores, bem como serviços de desestiva de navios e transporte dos contêineres (movimentações vertical e horizontal), em troca do pagamento do encargo denominado "Terminal Handling Charge - THC".

Além disso, o terminal portuário também oferece aos armadores o seu próprio recinto alfandegário para depósito de contêineres, passando a concorrer, nessa atividade, com os demais terminais retroportuários aduaneiros, a exemplo da autora.

Nesse contexto, as alegações deduzidas pelas partes colidem no seguinte aspecto: para a autora, a taxa THC2 não seria exigível, pois o serviço de segregação e entrega dos contêineres já seria remunerado pelo pagamento da THC. Para a ré, a prestação de serviço em questão não seria coberta pelo valor indicado, tornando necessário o lançamento de um segundo valor para cobertura dos custos advindos da atividade (THC2).

Malgrado o respeito dedicado ao nobre Magistrado singular, prolator da r. sentença recorrida, assiste razão à apelante.

Em sucinta digressão, compete assinalar que o indicador denominado "Terminal Handling Charge - THC", na realidade, é sucedâneo da chamada "taxa de capatazia", prevista no art. 57, § 3º, inciso I, da Lei nº 8.630/1993 (Lei

Acesso ao Sumário

1 Art. 9º. Os recintos alfandegados serão assim declarados pela autoridade aduaneira competente, na zona primária ou na zona secundária, a fim de que neles possa ocorrer, sob controle aduaneiro, movimentação, armazenagem e despacho aduaneiro.

Art. 11. Portos secos são recintos alfandegados de uso público nos quais são executadas operações de movimentação, armazenagem e despacho aduaneiro de mercadorias e de bagagem, sob controle aduaneiro.

2 Art. 9º, § 3º. Nas hipóteses dos incisos I e II, os bens importados poderão permanecer armazenados em recinto alfandegado de zona secundária pelo prazo de setenta e cinco dias, contado da data de entrada no recinto, exceto se forem submetidos a regime aduaneiro especial, caso em que ficarão sujeitos ao prazo de vigência do regime.

dos Portos), nos seguintes termos:

> **"I - Capatazia: a atividade de movimentação de mercadorias nas instalações de uso público, compreendendo o recebimento, conferência, transporte interno, abertura de volumes para a conferência aduaneira, manipulação, arrumação e entrega, bem como o carregamento e descarga de embarcações, quando efetuados por aparelhamento portuário".**

Conquanto o referido Ato Normativo tenha sido revogado pela Medida Provisória nº 595, de 06.12.2012[3], o conceito de capatazia nele estabelecido foi mantido no novo regramento (art. 40, § 1º, inciso I), assim como sua previsão de incidência nos serviços de movimentação de mercadorias no terminal portuário.

Referido encargo, antes da privatização do Porto de Santos, era cobrado diretamente pela Companhia Docas do Estado de São Paulo (CODESP), que se encarregava da prestação dos serviços de capatazia.

Com a edição da Lei de Portos e do Decreto Federal nº 1.910/96[4], o exercício da atividade passou a ser franqueado aos terminais portuários, que passaram a explorar os serviços com base em contratos de concessão ou permissão.

Nessa sistemática, os serviços de capatazia prestados pelos terminais portuários são oferecidos aos armadores, os quais têm a liberdade de escolher o terminal em que desejam atracar, para cumprir o contrato de transporte que os obrigam.

A razão de o terminal portuário ser escolhido pelo armador é simples: como a carga por ele transportada, em regra, pertence a vários importadores/exportadores, não seria apropriado que o navio atracasse em mais de um terminal no mesmo destino para entregar as mercadorias em diversas áreas do mesmo porto. É o armador, portanto, o cliente do terminal portuário e o sujeito com quem mantém relação jurídica.

Por tal motivo, e volvendo à análise do caso em concreto, urge assinalar que não subsiste qualquer manifestação de vontade externada pelas partes aqui litigantes, capaz de originar o vínculo obrigacional pretendido pela apelada.

Na verdade, a única relação que existe entre apelante e apelada, é o fato de ambos prestarem serviços aos armadores e importadores/exportadores.

Nesse contexto, pouco ou nada importa que as mercadorias sejam entregues nos recintos alfandegados ocupantes de retroárea.

Isso porque a relação obrigacional, para ser concebida, reclama a existência de elementos subjetivos (credor e devedor), objetivos (prestação) e

3 (posteriormente convertida na Lei nº 12.815, de 05.06.2013).

4 (posteriormente revogado pelo Decreto nº 4.543/2002).

Acesso ao Sumário

imaterial (vínculo existente entre as partes).

E no vertente caso, não se evidencia qualquer ajuste de vontades capaz de satisfazer tais elementos, mas sim, apenas a cobrança unilateral de encargo pela apelada, em razão de serviços prestados em favor de terceiro (armador).

Ademais, não se pode descurar que o encargo que vem sendo exigido em face da autora ("THC2") tem por causa subjacente a mesma prestação de serviços que dá origem ao encargo cobrado dos armadores, sob a sigla "THC".

As diferenças entre os indicadores se limitam ao fato de que o "THC" é exigido do armador antes do transporte das mercadorias, enquanto o "THC2" é cobrado do recinto retroportuário após o recebimento dos contêineres no terminal de destino.

Ambos, contudo, são lançados em razão da movimentação dos contêineres nos moldes pretendidos pelo importador/exportador.

Além disso, não se pode deixar de destacar que a cobrança do segundo encargo assume verdadeira forma de coerção, pois a própria "liberação" dos contêineres é condicionada ao pagamento da quantia.

Tal conclusão é obtida não apenas pelo exame das peças que compõem estes autos, mas diante das diversas demandas promovidas perante o Poder Judiciário objetivando a liberação de contêineres de Terminais Portuários semelhantes ao da apelada, sem o pagamento da "THC2":

> **"LIMINAR - Medida Cautelar - <u>Pretensão de que o operador portuário se abstenha de reter ou dificultar a entrega de contêineres ao operador retroportuário alfandegado em razão do não pagamento da tarifa THC2, reputada ilícita - Possibilidade - Presença dos requisitos necessários à concessão da liminar</u> - Existência de plausibilidade do direito invocado - Decisão mantida Recurso não provido." (Agravo de Instrumento nº 0212007-60.2011.8.26.0000, Comarca: Santos, Rel. Des. Renato Rangel Desinano, j. 27.10.2011).**

Nessa quadra, é bem verdade que o art. 20, § 8º, do contrato de arrendamento firmado entre a apelada e a Companhia Docas do Estado de São Paulo - CODESP permite a cobrança de valor alusivo à movimentação de contêineres dos usuários das instalações do TECON-1 (fl. 2377).

Contudo, importa observar que o referido direito já é exercido adequadamente pela apelada, por meio da cobrança do encargo denominado THC, lançado em face do armador portuário.

Essa, aliás, foi conclusão alcançada em precedente marcado pela respeitabilidade provecta, em situação análoga:

> **"<u>Segundo o edital do leilão do TECON (fls. 413/433) e contrato de arrendamento celebrado entre a requerida e a CODESP -</u>**

Acesso ao Sumário

Companhia Docas do Estado de São Paulo (fls 435/462), a operadora está autorizada a cobrar de seus clientes e usuários uma 'taxa de movimentação de contêineres'. Ora, essa taxa corresponde, indubitavelmente, à THC que é cobrada do armador. Ao contrário do que alega a operadora, tais instrumentos não dão respaldo legal à cobrança de uma taxa do recinto retroportuário quando, em realidade, nenhum serviço lhe é prestado." (Apelação nº 972736001 Apelação Com Revisão, Relator(a): Pereira Calças, j 24/09/2008).

O que se revela mais incongruente na análise da defesa apresentada pela apelada, é a circunstância de o aludido encargo não ser cobrado nas hipóteses em que o armador contrata o próprio terminal portuário como recinto alfandegado.

Tal conjuntura, por si só, é capaz de abalar a idoneidade da cobrança encetada, emprestando-lhe o reprovável propósito de "sobretaxa" cobrada do armador que decide contratar outro recinto alfandegado, que não aquele administrado pelo terminal portuário.

A mesma perplexidade foi instalada na Colenda 17ª Câmara de Direito Privado deste E. Tribunal, quando do julgamento da questão em caso parelho (grifei):

"**Causa estranheza o fato da "THC2" não ser cobrada quando o armador utiliza o armazém do operador portuário (porto molhado), só sendo cobrada pelo próprio operador quando a mercadoria vai ao porto seco, o que corrobora a escorreita intervenção do CADÊ, atento ao fato de que o operador de terminal, que também dispõe de recinto alfandegado, poderia privilegiar suas operações em detrimento das de seus concorrentes**." (Apelação nº 0029746-61.2009.8.26.0562, Rel. Des. Luiz Sabbato, j. 24.11.2010).

Na realidade, mais não quer a apelada senão instituir verdadeira barreira à atuação dos terminais estabelecidos na área retroportuária, consistindo em verdadeira medida anticoncorrencial e dominatória.

Justamente por tal motivo, o Conselho Administrativo de Defesa Econômica - Cade, órgão encarregado de regular a atividade econômica no país, interveio na situação, determinando a imediata cessação da exigência da "THC2" para a liberação de contêineres aos recintos alfandegários.

Tal medida se deu em Acórdão proferido em 27/04/2005 no Processo Administrativo nº 08012.007443/99-17, no qual restou concluído que **"a cobrança da THC2 pelos terminais portuários poderia buscar atingir, alternativa ou cumulativamente, os seguintes objetivos: (i) exclusão dos recintos alfandegados do mercado de armazenagem; (ii) tornar o suposto serviço de liberação de cargas uma fonte extra de recursos para a atividade de movimentação de contêineres; ou (iii) aumentar os custos dos rivais,**

Acesso ao Sumário

reduzindo sua competitividade e, assim, aumentar a própria participação nesse mercado mais rentável".

Por outro lado, as alegações da apelada no sentido de que a prestação de serviços não estaria, em tese, coberta pela primeira tarifa (THC) passam ao largo dos conceitos de capatazia estabelecidos na legislação em vigor, e das condutas impostas às atividades portuárias.

Isso porque desde a cobrança da antiga "taxa de capatazia" até sua substituição pela "THC", a atividade de desestiva de mercadorias e movimentação horizontal compreendeu o transporte das mercadorias desde o costado da embarcação até a entrega ao importador.

Assim, admitir a cobrança do encargo em voga importaria verdadeiro fracionamento do serviço prestado pelos terminais portuários (e já remunerados por meio da denominada THC), com o único propósito de instituir tarifa adicional para custeio da nova etapa.

A questão não é nova e já foi decidida, reiteradamente, por este Egrégio Tribunal de Justiça (grifei):

> **"Prestação de serviços. Ação ordinária, precedida de cautelar de obrigação de não fazer, objetivando a vedação da cobrança da tarifa denominada THC2 por parte da operadora portuária, em razão da movimentação e adequação de contêineres dentro de seu próprio terminal, localizado na zona primária do porto de Santos. Cobrança vedada por ato administrativo do CADE. Inocorrência de prestação de serviço em favor da autora. Ações julgadas procedentes. Sentença mantida. Recurso improvido." (Apelação nº 9079623-48.2009.8.26.0000, 3ª Câmara Extraordinária de Direito Privado, Rel. Des. Ruy Coppola, j. 15.05.2014).**
>
> **"CAMBIAL - DUPLICATA - Prestação de serviço portuário - Não comprovação, ônus que incumbia ao réu, de que na espécie incidiria a taxa denominada THC-2 (com custo adicional) e não a THC (suportada pelo armador, e que não se confunde com autora) - Prova pericial técnica e oral que desautorizam a cobrança do encargo adicional (THC-2) pelo requerido - Cobrança indevida - Não caracterização de qualquer das hipóteses previstas no artigo 333, inciso II, DO CPC - Preliminar suscitada em contrariedades afastada - Declaração de inexigibilidade dos títulos que era de rigor - Sentença mantida - Recursos não providos." (Apelação nº 0079498-73.2008.8.26.0000, 17ª Câmara de Direito Privado, Rel. Des. Maia da Rocha, J. 04.03.2009).**
>
> **"Apelação. Ação declaratória de inexistência de relação jurídica. Relação entre operadora de porto organizado e terminal**

Acesso ao Sumário

retroportuário alfandegado ('terminal seco'). Inexistência de prestação de serviços. Os serviços que a operadora alega prestar ao 'terminal seco' estão incluídos na atividade de 'capatazia' e são remunerados pela THC ('Terminal Handling Charge'), que é paga pelo armador, o qual age por conta do importador. Destinatário dos serviços realizados pela operadora portuária é o importador e não o recinto retroportuário. Ausência de manifestação de vontade, expressa ou tácita, que justifique relação obrigacional entre as partes. Recurso da autora provido, para declarar a inexistência de relação jurídica entre a operadora portuária e o recinto retroportuário, prejudicado o apelo da ré." (Apelação nº 972736001, 29ª Câmara de Direito Privado, Rel. Des. Pereira Calças, j 24.09.2008).

"Direito marítimo - Prestação de serviços - Movimentação e segregação de contêineres em áreas portuárias - Cobrança da tarifa 'THC2' para remunerar prestação de serviço não abrangida pela cobrança da 'THC' - Oligopólio dos terminais portuários, que operam na zona primária ou porto molhado - Concorrência entre os 5 terminais portuários e os terminais retroportuários alfandegados, com operações na zona secundária ou porto seco - Oligopolização do porto seco por vias transversas - Inadmissibilidade - Inocorrência de prestação de serviço em favor do recinto alfandegado - Inexistência de relação jurídica entre operador portuário e terminal retroportuário alfandegado - Ilicitude da cobrança da tarifa denominada 'THC2' - Procedência da demanda - Recurso provido para esse fim, com expedição de ofício ao CADE." (Apelação n° 990.10.460507-5, 17ª Câmara de Direito Privado, Rel. Des. Luiz Sabbato, j. 24/11/2010).

"LIMINAR - Medida Cautelar - Pretensão de que o operador portuário se abstenha de reter ou dificultar a entrega de contêineres ao operador retroportuário alfandegado em razão do não pagamento da tarifa THC2, reputada ilícita - Possibilidade - Presença dos requisitos necessários à concessão da liminar - Existência de plausibilidade do direito invocado - Decisão mantida - Recurso não provido." (Agravo de Instrumento nº 0212007-60.2011.8.26.0000, 11ª Câmara de Direito Privado, Rel. Des. Renato Rangel Desinano, j. 27.10.2011).

"E, em razão do fundamento jurídico no qual se escorou a pretensão colocada na inicial da ação principal, observo que o CADE considerou ilegal a cobrança da Taxa de Segregação e Entrega de Containeres (THC2) pelos Operadores Portuários do Porto de Santos/SP, decisão aliás que restou mantida pelo dd. juiz da 4ª Vara da Justiça Federal de Brasília, Dr. Itagiba Catta Preta Neto, conforme amplamente noticiado na mídia. Ainda, jurisprudência deste E.

Acesso ao Sumário

Tribunal de Justiça, colacionada pela agravante, vem considerando ilegal a cobrança da 'THC2', conforme se verifica dos julgados das 17ª e 29ª Câmaras de D. Privado (cf. fls. 215/237). Assim, embora a matéria ainda dependa de ampla produção de provas, observo que existe grande possibilidade de êxito da pretensão colocada na inicial, razão pela qual é caso de atendimento do pedido de antecipação dos efeitos da tutela." (Agravo Regimental nº 0205702-60.2011.8.26.0000, 14ª Câmara de Direito Privado, Rel. Des. Lígia Araújo Bisogni, j. 30.11.2011).

No mesmo tom são os precedentes, dentre inúmeros, oriundos da Justiça Federal (grifei):

"Não se trata apenas de obrigações desproporcionais, mas de um contrato imposto. Os armazéns secos se vêem diante da seguinte situação: ou pagam a chamada THC2 ou não retiram um contêiner inteiro de mercadorias. Não há razão para tornar tal conduta aceitável (...)

Dessa forma, pode-se concluir que os Terminais Portuários devem se remunerar exclusivamente pelo THC, que é cobrado dos importadores/exportadores por meio dos Armadores.

Com isso, evitam-se distorções no mercado, bem como lucros ilícitos dos Terminais Portuários, em detrimento dos Recintos Alfandegários independentes e dos consumidores de produtos importados.(...)

Ao contrário, diante da posição jurídica adotada pelo CADE, visualizo a existência do risco de dano inverso, com possibilidade de lesão ao equilíbrio concorrencial da atividade em tela.

Ante o exposto, defiro o pedido, ordenando a suspensão dos efeitos da decisão impugnada" (TRF 1ª Região, Agravo de Instrumento nº 0039455-21.2011.4.01.000, Rel. Des. Fed. Fagundes de Deus, j. 19.08.2011).

"O que a autora faz é cobrar a TCH do armador, e também do Terminal Retroportuário Alfandegado TCH2. Ou seja, cobra duas vezes pelo mesmo serviço, embora de pessoas diferentes. Além disso, como também é concorrente dos Terminais Retroportuários Alfandegados, ao assim proceder passa a deter um imenso poder sobre o mercado de armazenagem alfandegada, o que levou o CADE a impor as penalidades aqui impugnadas." (TRF 1ª Região, Proc. nº 2005.34.00.034914-0, Juiz Fed. Itagiba Catta Preta Neto, j. 27.11.2007).

"AGRAVO DE INSTRUMENTO - MEDIDA CAUTELAR

- COMPETÊNCIA - QUESTÃO PREJUDICADA ANTE O JULGAMENTO DO INCIDENTE DE INCOMPETÊNCIA - ADUANEIRO - TAXA DE SEGREGAÇÃO - SUSPENSÃO POR DETERMINAÇÃO DO CADE - LIVRE CONCORRÊNCIA.

1 - Prejudicada a análise da alegação de incompetência do Juízo Federal da 7ª Vara Federal, ante o julgamento da exceção de incompetência que determinou a remessa dos autos ao Juízo da 5ª Vara Federal.

2 - Válida a suspensão de cobrança da 'taxa de segregação' determinada pelo CADE.

3 - A decisão do Conselho Administrativo de Defesa Ordem obedeceu ao princípio do devido processo legal, com amplo exercício do direito de defesa e contraditório, sendo apurada a ocorrência de infração de natureza econômica com lesão à livre concorrência.

4 - Agravo regimental prejudicado.

5 - Agravo de instrumento a que se nega provimento. (Agravo de Instrumento nº 2005.03.00061111-2, Rel. Des. Fed. Marli Ferreira, j. 12.05.2011).

"DIREITO PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. COBRANÇA DA 'TAXA' DE LIBERAÇÃO DE CONTÊINERES POR TERMINAL PORTUÁRIO. SUSPENSÃO DA COBRANÇA. DECISÃO ADMINISTRATIVA DO CADE. INFRAÇÃO À ORDEM ECONÔMICA. ANTECIPAÇÃO DE TUTELA RECURSAL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. PRESUNÇÃO DE LEGITIMIDADE E VERACIDADE DA DECISÃO DO CADE. DEVIDO PROCESSO ADMINISTRATIVO.

1. A proibição de cobrança da 'taxa' para a retirada de contêineres e segregação de mercadorias de terminais portuários, decorreu de decisão fundamentada do Conselho Administrativo de Defesa da Ordem Econômica, em devido processo legal, com amplo exercício do direito de defesa e contraditório, sendo apurada a ocorrência de infração de natureza econômica com lesão à livre concorrência, não estando demonstrada a existência de plausibilidade jurídica para efeito de antecipação de tutela em agravo de instrumento. (...)

3. Tem-se, pois, que a plausibilidade jurídica a ser considerada, por mais relevante, não é a da cautela que, na prática, continua a onerar aqueles que, segundo o CADE, sofrem os efeitos da prática da infração à livre concorrência, mas a que decorre da decisão administrativa fundamentada, extraída de processo que, como ressaltado nos autos, analisou por anos a fio a situação concreta antes

Acesso ao Sumário

de alcançar a conclusão definitiva da controvérsia.

10. Mandado de segurança concedido para cassar a decisão proferida pela autoridade impetrada até o pronunciamento ulterior da 4ª Turma." (TRF 3ª Região, Mandado de Segurança nº 2005.03.00.040730-2/SP, Rel. Des. Fed. Carlos Muta, j. 25.11.2009).

No mais, não prosperam as alegações deduzidas em contrarrazões (fl. 3320), pretendendo a observância das decisões proferidas pela "Agência Nacional de Transportes Aquaviários - ANTAQ" e da "Companhia Docas do Estado de São Paulo (CODESP)".

Isso porque tais entes da administração indireta, conquanto detenham a competência regulatória no âmbito das atividades portuárias, não possuem o condão de criar obrigações na esfera individual da apelante, notadamente diante da natureza eminentemente civil do encargo discutido.

A despeito disso, convém anotar que as próprias discussões realizadas pela Diretoria da ANTAQ foram, em parte, convergentes ao desiderato aqui alcançado, a teor do que se vê do voto do Relator proferido naquele protocolado, que acabou vencido pelos demais membros da composição[5]:

"A cobrança da THC2 pelos terminais portuários parece ser, na realidade, decorrente da disputa pelo mercado de armazenagem de contêineres, travada com os RA's.

Conforme mencionado, não há negociação de preço, não há formação de preço entre um operador de um recinto alfandegado que vai retirar um contêiner do terminal e o operador portuário. (...) O que existe é uma apropriação, por parte dos terminais de contêineres, de um determinado valor imposto aos RA's e que poderia estar sendo apropriado pelo importador em uma situação normal de disputa de mercado. O THC2 significa, assim, uma tentativa de 'ajuste' do mercado pelos operadores portuários, diminuindo a capacidade de competição dos RA's no mercado de armazenagem e aumentado a receita de seus terminais".

Ata da 265ª Reunião Ordinária da Diretoria da Agência Nacional de Transportes Aquaviários - Antaq. Este processo foi analisado primeiramente na 259ª R.O.D, realizada em 09.02.2010, quando o Diretor-Geral, Fernando Fialho pediu vista do mesmo. Na ocasião, o Diretor Relator votou como segue: "...VOTO pelo acolhimento do Recurso apresentado pela empresa Marimex - Despachos, Transportes e Serviços Ltda., para modificar a decisão já proferida pela Diretoria da ANTAQ, declarando que a cobrança pelos operadores portuários de taxa ou tarifa para separar, segregar ou

Acesso ao Sumário

5 Proc. nº 50300.000159/2002, julgado em 17.02.2005.

entregar cargas aos recintos alfandegados independentes é indevida e constitui prática anticompetitiva, com potencialidade de causar prejuízos à concorrência no mercado de armazenagem alfandegada".

As razões reproduzidas da Companhia Docas do Estado de São Paulo - CODESP, da mesma forma, carregam consigo as razões de seu afastamento, já que fundadas, expressamente, no fato de que o fim da THC2 importaria considerável redução da receita da sociedade.

De tudo, seja qual for o enfoque, é de se concluir que a ré não logrou demonstrar, como lhe incumbia, mercê do art. 333, inciso II, do Código de Processo Civil, prestação dos serviços capaz de justificar a cobrança do indicador THC2, de forma a concluir pela irregularidade dos lançamentos realizados.

Desse modo, impõe o acolhimento do pleito deduzido na inicial, com o afastamento da cobrança do encargo denominado "THC2", nos termos deste Acórdão.

No entanto, a mesma sorte não assiste ao pedido de repetição dos valores que foram pagos pela apelante.

Não se pode perder de vista que a cobrança aqui deduzida não envolve a cobrança de tributo representativo de crédito fiscal decorrente de obrigação tributária. Trata-se, na verdade, de encargo de índole eminentemente civil, circunstância que determina a incidência do regramento albergado na Legislação correspondente.

Essa foi a conclusão alcançada pelo Colendo Órgão Especial deste Sodalício, em v. Acórdão proferido em 23.11.2011, alicerçado, em parte, na manifestação apresentada pela Douta Procuradoria de Justiça[6]:

"O pedido constante da inicial refere-se à declaração de inexistência de relação jurídica entre as partes, e autorizadora da cobrança da tarifa denominada 'THC2 - Terminal Handling Charge 2', cobrada do terminal retroportuário na movimentação e segregação de contêineres, desembarcados dos navios até o portão do terminal(...)

Como bem asseverou em seu parecer o douto Procurador de Justiça, Motauri Ciocchetti de Souza:

'Temos para nós que razão assiste à Suscitante, nos exatos termos de seu respeitável decisum. A espécie versa acerca de relação jurídica mantida entre empresas privadas por conta de contrato de prestação de serviços portuários. Dela não desborda, em corolário, natureza tipicamente administrativa, vez que a quizila não envolve debate acerca do pacto de arrendamento mantido (...) Assim, os

Acesso ao Sumário

6 (Conflito de Competência nº 0240927-44.2011.8.26.0000, Rel. Des. Ruy Coppola, Comarca: Santos, Órgão julgador: Órgão Especial, J. 23.11.2011).

pertinentes serviços são prestados a título 'uti singuli', comportando remuneração conforme o uso que deles a pessoa faça. Nessa cepa, o pagamento pertinente será devido apenas caso haja-a efetiva utilização do serviço pelo particular: sem tal premissa nada lhe poderá ser cobrado. Justamente em tal proposta reside a natureza remuneratória do serviço, consubstanciada em tarifa ou preço público, despida de natureza tributária. (...) Em corolário, o contrato sobre o qual o elaborado libelo não possui, sequer reflexamente, natureza administrativa, regendo-o as normas típicas do Direito Empresarial".

Estabelecida tal premissa, é de se concluir que a repetição do indébito, nesse caso, só teria cabimento se comprovado que o pagamento realizado pela apelante ocorreu por erro, nos termos do art. 877, do Código Civil:

"Àquele que voluntariamente pagou o indevido incumbe a prova de tê-lo feito por erro".

A propósito, vem à tona o escólio doutrinário de FLÁVIO TARTUCE:

"Quem paga indevidamente pode pedir restituição àquele que recebeu, desde que prove que pagou por erro (art. 877, do CC). O último é obrigado a restituir, sendo cabível a ação de repetição do indébito, de rito ordinário ('actio in rem verso')"[7].

Contudo, no vertente caso a apelante afirmou que os pagamentos foram realizados de forma voluntária, reconhecendo que pagou os valores em questão a fim de obter o pronto desembaraço dos contêineres.

Dessa forma, tratando-se de pagamento efetuado em razão de sua nítida conveniência, remanesce ausente a hipótese legal que ensejaria a repetição de valores, de modo a desacolher a pretensão sucessiva deduzida pela parte.

Ademais, não se pode descurar que a autora vinha promovendo o pagamento dos valores alusivos à THC2 durante extenso período (agosto de 2008 a julho de 2010, fl. 35), sem jamais ter suscitado qualquer ilegalidade na cobrança.

Acesso ao Sumário

Não cuidou, nesse aspecto, de promover qualquer medida interpelativa capaz de demonstrar a insatisfação com os pagamentos, ou transferir ao Juízo o depósito dos valores alusivos aos encargos, enquanto provocava a discussão sobre a licitude dos valores.

Apenas em 11.08.2011, ou seja, depois de anos adimplindo regularmente o referindo encargo, quando a cifra credora já ultrapassava, em tese, a quantia de R$ 7.000.000,00 (sete milhões de reais), entendeu oportuno refutar a cobrança, pugnando pela repetição dos valores cobrados desde o nascedouro da relação

7 TARTUCE, Flávio. Manual de Direito Civil. 3. ed. rev. atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2013, p. 302.

contratual.

Nessa ordem de ideias, é de se considerar que se a apelante jamais demonstrou qualquer providência direcionada a contestar o pagamento pelos encargos cobrados pela ré, tendo, inclusive, mantido a relação contratual por extenso período sem ressalvar qualquer insatisfação, não se mostra autorizado, a essa altura, pretender o pagamento retroativo, sob pena de configurar inegável comportamento contraditório, que é rechaçado pelo ordenamento jurídico:

> **"Pela máxima venire contra factum proprium non potest, determinada pessoa não pode exercer um direito próprio contrariando um comportamento anterior, devendo ser mantida a confiança e o dever de lealdade decorrentes da boa-fé objetiva (...) O conceito mantém relação com a tese dos atos próprios, muito bem explorada no Direito Espanhol por Luis Díez-Picazo" (TARTUCE, Flávio. Direito Civil - Teoria Geral dos Contratos e Contratos em Espécie. 6ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011, vol. 3, pág. 134).**

Não se pode deixar de observar que, erigida a boa-fé objetiva a vetor interpretativo do Código Civil (art. 422, do Diploma Civilista[8]) e atribuído relevante papel aos deveres anexos do contrato, em especial, ao de lealdade, não há que se outorgar proteção a comportamentos contratualmente incongruentes manifestados pelas partes.

Nesse aspecto, prevê o enunciado nº 26, do CJF/STJ, aprovado na I Jornada de Direito Civil:

> **"Art. 422: A cláusula geral contida no art. 422 do novo Código Civil impõe ao juiz interpretar e, quando necessário, suprir e corrigir o contrato segundo a boa-fé objetiva, entendida como a exigência de comportamento leal dos contratantes".**

Estampado o cenário exposto, não há, pois, como subsistir a r. sentença de fls. 3177 a 3185, que deve ser reformada.

Ante o exposto, dá-se provimento parcial ao recurso para julgar a ação procedente, em parte, declarando a inexistência da relação jurídica entre autora e ré capaz de justificar a cobrança do encargo denominado THC2, vedando, com isso, a exigência do referido encargo pela ré.

Em razão do aqui decidido, diante do parcial acolhimento dos pleitos formulados, a sucumbência deve ser repartida por igual entre as partes, compensando-se os honorários advocatícios, que permanecem no mesmo percentual lançado na r. sentença.

8 Art. 422. Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0033988-05.2012.8.26.0224, da Comarca de Guarulhos, em que é apelante TCG DISTRIBUIDORA DE TINTAS EM GERAL LTDA., são apelados C. J. PLANO COMÉRCIO REPRESENTAÇÕES E PRESTAÇÕES DE SERVIÇOS LTDA., JOEL ISAIAS DE OLIVEIRA e DACAR QUÍMICA DO BRASIL S.A.,

ACORDAM, em 19ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 20640)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores RICARDO NEGRÃO (Presidente sem voto), MARIO DE OLIVEIRA e SEBASTIÃO JUNQUEIRA.

São Paulo, 24 de novembro de 2014.

JOÃO CAMILLO DE ALMEIDA PRADO COSTA, Relator

Ementa: AÇÃO INDENIZATÓRIA. Dano material. Hipótese em que a autora alega que as rés lhe impuseram condições extremamente desfavoráveis para o adimplemento de dívida decorrente de compra e venda de mercadorias, mediante a aplicação de juros usurários. Circunstância em que a dívida foi objeto de acordo homologado judicialmente em execução proposta por um dos corréus. Impossibilidade de se alcançar o escopo colimado nesta ação indenizatória sem a desconstituição do acordo judicial. Inadequação da via processual eleita. Falta de interesse de agir. Carência de ação. Indeferimento da petição inicial (CPC, art. 295, III). Extinção do processo sem resolução do mérito (CPC, art. 267, I e VI). Recurso improvido.

Acesso ao Sumário

VOTO

Trata-se de recurso de apelação interposto contra a r. sentença de fls. 396/407 e 419, que, em ação indenizatória, julgou improcedente o pedido inicial.

Sustenta a recorrente, em síntese, que o ajuizamento desta ação indenizatória não ofende a coisa julgada, porquanto não pretende anular o acordo homologado judicialmente nos autos da execução nem rediscutir a validade,

existência ou a legitimidade dos títulos que embasaram o título executivo, tendo em vista que o seu pedido está fundamentado no artigo 876, do Código Civil, e demonstrou o excesso de pagamento. Aduz que a petição inicial especifica minuciosamente os pagamentos realizados pela recorrente, bem como os valores abusivos cobrados pelos réus, decorrentes da prática de usura. Alega que a corré Dacar é parte legítima para compor o polo passivo desta demanda, já que se beneficiou da prática comercial imposta à apelante. Assevera que a dívida que mantinha junto aos apelados era de R$ 121.421,49, mas realizou pagamentos que totalizaram R$ 320.957,48, consistentes na transferência de um veículo no valor de R$ 45.000,00, devolução de maquinário de R$ 6.000,00, restituição de mercadorias de R$ 29.957,48, além do montante de R$ 240.000,00, atinente ao acordo nos autos da execução, de sorte que os recorridos devem ser condenados a lhe restituir o valor de R$ 199.535,99.

O recurso é tempestivo, foi preparado e respondido.

É o relatório.

Versam os autos sobre ação indenizatória em que postulou a autora a condenação das rés ao pagamento de indenização por dano material no valor de R$ 199.535,99, que alega ter suportado em razão da imposição pelas rés de condições extremamente desfavoráveis para pagamento de dívida, atinente a compra e venda de mercadorias, mediante a cobrança de juros usurários, sendo certo que, ao final, o pedido inicial foi julgado improcedente pela r. sentença de fls. 396/407 e 419.

Não merece acolhimento o recurso, porquanto falta à autora interesse de agir para a propositura desta ação indenizatória.

É que aduziu a autora na petição inicial que a corré Dacar lhe fornecia seus produtos por meio da empresa C. J. Plano, que era representante comercial da fornecedora, e era atendida pelo corréu Joel [preposto da firma representante]. Alega ainda que, no ano de 2002, sofreu grave abalo financeiro, que a obrigou a atrasar vários pagamentos, mas, para evitar os descontos das comissões pela representada, bem como impedir a suspensão do fornecimento das mercadorias pela corré Dacar à ora recorrente, o Sr. Joel se prontificou a quitar a dívida da ora apelante, exigindo, em contrapartida, o adimplemento do débito em parcelas, com a emissão de cheques pós-datados e mediante a cobrança de juros usurários no patamar de 5% a 18,83%. Afirma também que, diante de sua dificuldade de adimplir a dívida com o Sr. Joel, as partes se ajustaram no sentido de que a o débito seria quitado mediante a transferência de um veículo [no valor de R$ 45.000,00], a devolução de máquinas e mercadorias [no valor de R$ 35.957,48], bem como com a transferência da propriedade de um imóvel.

Entretanto, o Sr. Joel, desrespeitando este acordo e não concordando que parte do pagamento fosse efetuado com a transferência de bem imóvel,

Acesso ao Sumário

ingressou com execução com base em "Instrumento Particular de Subrogação e Cessão de Direitos" e em títulos de crédito representativos de dívidas da autora [cheques - fls. 36/43], que somavam a quantia nominal de R$ 162.302,35, sendo certo ainda que, nesta ação, ao final, houve a homologação judicial de acordo, em que a ora recorrente se comprometeu a quitar o débito mediante a dação em pagamento de um imóvel no valor de R$ 230.000,00, além do pagamento da quantia de R$ 10.000,00 em vinte parcelas de R$ 500,00.

Alega a autora que teria pago aos réus a importância de R$ 320.957,48 [correspondente ao somatório de R$ 45.000,00 atinente ao veículo, R$ 35.957,48 relativo a máquinas e mercadorias devolvidas, R$ 230.000,00 referente ao imóvel, transmitido em dação em pagamento na execução, além da quantia de R$ 10.000,00, objeto do acordo], ao passo que a sua dívida [atinente aos produtos fornecidos pela corré Dacar e que estavam pendentes de pagamento] era de somente R$ 121.421,01, resultando no excesso de pagamento no importe de R$ 199.535,99, que postula agora nesta ação indenizatória.

Ora, só pelos fatos narrados na petição inicial, é possível inferir que, na hipótese em apreço, ao contrário do que alega a recorrente, para alcançar o objetivo por ela colimado, faz-se imprescindível a desconstituição do acordo homologado judicialmente nos autos da execução, porquanto não remanesce dúvida de que a execução se fundou na dívida, representada por cheques e duplicatas em poder do Sr. Joel, oriunda da forma de pagamento do débito ajustada entre a autora e o corréu Joel, que agora ela reputa ser abusiva, de modo que se afigura inadequada a presente ação indenizatória.

Cumpre realçar que a ora recorrente opôs embargos à execução, alegando naquela ação incidental o pagamento do débito mediante a devolução de máquinas e mercadorias no valor de R$ 35.957,48 e a transferência de veículo no valor de R$ 45.000,00, argumento que repetiu nesta ação indenizatória, sendo certo os embargos foram julgados improcedentes pela r. sentença traslada às fls. 244/247, e, ao final, foi firmado acordo nos autos da execução, homologado pela r. decisão trasladada às fls. 253.

Acesso ao Sumário

Ora, não remanesce dúvida no sentido de que, para pretender a devolução de valor que a autora reputa ter pago indevidamente às rés, faz-se imprescindível a desconstituição do acordo homologado no feito executivo, porquanto o fundamento principal do pedido é justamente a incidência de juros usurários na constituição do débito, que foi objeto da transação.

Com efeito, a via judicial adequada para a desconstituição de acordo homologado judicialmente é a ação anulatória, a que alude o artigo 486, do Código de Processo Civil, cumprindo acrescer que "a teor da jurisprudência desta Corte, a ação anulatória, prevista no artigo 486 do Código de Processo Civil, é sede própria para a discussão a respeito dos vícios na transação

homologada judicialmente" (STJ/REsp 509793/RS, Min. Jorge Scartezzini, j. 04/05/2006), "pois o artigo 486 do Código de Processo Civil prevê que '[o]s atos judiciais, que não dependem de sentença, ou em que esta for meramente homologatória, podem ser rescindidos, como os atos jurídicos em geral, nos termos da lei civil'." (STJ/REsp 1179450/MG, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, j.15/05/2012).

Destarte, a ação indenizatória de que ora se cuida é meio processual impróprio para se alcançar a nulidade do ato judicial que homologou acordo, não remanescendo dúvida no sentido de que, na hipótese em apreço, não conta a recorrente com interesse de agir, fundado no binômio necessidade- adequação da demanda, relativamente à ação por ela proposta.

Deveras, "... para a configuração do interesse processual, impõe-se a presença de utilidade do provimento, aferida pela necessidade da atividade jurisdicional e pela adequação do procedimento e do provimento desejados" (STJ, AGRESP 721358/CE, j. 19/04/2005. Rel. Min. Gilson Dipp), cumprindo realçar que "adequação é a relação existente entre a situação lamentada pelo autor ao vir a juízo e o provimento jurisdicional concretamente solicitado. O provimento, evidentemente, deve ser apto a corrigir o mal de que o autor se queixa, sob pena de não ter razão de ser." (A. C. de Araújo Cintra, A. Pellegrini Grinover e C. Rangel Dinamarco, Teoria Geral do Processo, 23ª edição, Malheiros Editores, 2007, pág. 275).

Com efeito, o interesse de agir, no direito processual brasileiro, está fundado na existência de uma relação de utilidade entre a lesão ao direito e o provimento invocado, consubstanciadas então a necessidade concreta do exercício da jurisdição, bem assim a adequação do pronunciamento judicial colimado e do procedimento eleito.

Por fim, cumpre realçar que, consoante entendimento do Colendo Superior Tribunal de Justiça, "questões de ordem pública referentes às condições da ação e aos pressupostos processuais da execução devem ser conhecidas de ofício pelos tribunais de segundo grau de jurisdição" (REsp 1197385/ES, Rel. Min. Eliana Calmon, j. 19/08/2010), de sorte que, evidenciada de modo cristalino a carência de ação, por falta de interesse de agir, na modalidade de adequação, é de rigor indeferir a petição inicial com fulcro no artigo 295, III, do Código de Processo Civil e, em consequência, de ofício, julgar extinto o processo, sem resolução do mérito, nos termos do artigo 267, I e VI, do mesmo *codex*.

Ante o exposto, nego provimento ao recurso.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0013667-36.2009.8.26.0132, da Comarca de Catanduva, em que é apelante H.S.D. S/A, são apelados V.F.S. (JUSTIÇA GRATUITA), N.F.S.S. (JUSTIÇA GRATUITA), D.S.S. (JUSTIÇA GRATUITA), J.O.S. (FALECIDO), D.C.S. (JUSTIÇA GRATUITA) e K.B.S. (JUSTIÇA GRATUITA).

ACORDAM, em 4ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento em parte ao recurso. v.u.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 30717)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores ENIO ZULIANI (Presidente), MAIA DA CUNHA e FÁBIO QUADROS.

São Paulo, 30 de outubro de 2014.

ENIO ZULIANI, Relator

Ementa: RESPONSABILIDADE CIVIL. Troca de bebês na maternidade ocorrida em 1983 e descoberta em 2009. Cerceamento de defesa não caracterizado. Autos suficientemente instruídos. Prescrição não configurada. Aplicação da teoria da "*actio nata*", iniciando-se o prazo a partir do conhecimento da lesão ao direito subjetivo. Direito aplicado é o direito da época do descobrimento do fato, fica afastada a tese de que não se pode falar em responsabilidade objetiva do Hospital, pois o CDC não estava em vigor à época dos fatos. Uma vez demonstrado que o lamentável ocorrido se deu nas dependências do Hospital, não resta dúvida quanto à responsabilidade deste pelo ressarcimento dos danos, posto lhe incumbia zelar pela eficiência dos serviços prestados pelos profissionais em seu estabelecimento. Decadência - perda do direito potestativo pela inércia de seu titular pelo lapso temporal determinado em lei. Não há razão para se falar em prazo decadencial. Alegação de que o instituto do dano moral não pode ser aplicado, pois não previsto no ordenamento à época dos fatos que se revela inadequado, pois a pretensão só surgiu em 2009. Alegação de apreciação equivocada das provas produzidas nos autos e à má-fé perpetrada pelos

Acesso ao Sumário

recorridos, em razão da divergência dos registros de nascimento, que não prospera, pois em momento algum se verificou qualquer ato de deslealdade por parte dos recorridos que foram vitimas de lamentável ocorrido. Erro do Cartório de Registro Civil. Pais e filhos legítimos que não conviveram durante diversas fases da vida. A troca de filhos é uma transformação genética capaz de se perpetuar indene, porque os desígnios da alma são misteriosos. *Quantum* indenizatório alterado para atender ao art. 944, do CC, reduzindo para R$ 50.000,00 para cada casal e R$ 70.000,00 para cada filho trocado, com juros da mora da citação e correção monetária a partir do presente julgamento (danos morais), mantida, no mais, a sentença. Provimento, em parte.

VOTO

Vistos.

Trata-se de apelação interposta contra a sentença (fls. 381/382-v) que julgou PROCEDENTE a ação proposta por **V.F.S.** e **OUTROS** em face de **H.S.D. S/A**, em razão, de ter ficado comprovada, por meio de exame de DNA, a troca de bebês na maternidade no ano de 1983, descoberta em 2009 (26 anos depois), condenando a ré a pagar R$ 1.660,00 a título de danos materiais pelo valor do exame realizado e R$ 100.000,00 para cada genitor, além de R$ 150.000,00 para cada filho. Contrarrazões (fls. 493/500).

É o relatório.

Anota-se que foram reiterados em sede de apelação os agravos retidos interpostos (fls. 231/239; 372/378 e 367/368 dos autos do AI), o que é taxativamente exigido pelo artigo 523, §1º, do CPC. Os agravos retidos devem ser conhecidos, mas não providos. As matérias alegadas se confundem com o mérito e serão com ele analisadas.

Em preliminar alegou cerceamento de defesa (matéria alegada também em agravo retido interposto) que deve ser rebatido, de plano, pois os autos estão suficientemente instruídos, não havendo qualquer motivo para determinar a remessa dos autos para o juízo de 1º grau. A medida pleiteada (expedição de oficio para todos os cartórios de registro civil e região determinando que apresentassem certidão de todos os nascimentos ocorridos em 01.10.1983, a fim de que outras mães que deram a luz na mesma localidade pudessem contribuir com informações relevantes) não era necessária, agindo corretamente a magistrada ao indeferir tal pleito. Da mesma forma os demais requerimentos.

Acesso ao Sumário

Não apenas pela morosidade, mas pela irrelevância dela para proferir julgamento no presente caso que já possuía as informações necessárias para seu deslinde. Além do mais, como bem salientou a magistrada (fls. 225) tais diligências poderiam ter sido feitas pelo próprio réu não necessitando da intervenção do Judiciário para tal.

Quanto á preliminar de prescrição, que também foi matéria de outro agravo retido, tal não merece acato. É óbvio que o termo inicial para contagem do prazo prescricional é o momento em que surge a pretensão, isso é, o momento em que os pais obtiveram o resultado do DNA e passaram a conhecer o fato. Foi aí que surgiu o direito das apeladas. Não há qualquer possibilidade de se considerar, como pretende a apelante, que a pretensão teve inicio no ano de 1983, com o nascimento dos bebês. "*O termo* a quo *do prazo prescricional inicia-se a partir do momento em que é possível ao titular do direito reclamar contra a situação injurídica*" (STJ-2ª T., REsp 661.520).

Conforme a teoria da "***actio nata***", os parâmetros do início da contagem dos prazos prescricionais vêm sendo alterados, uma vez que a prescrição só se inicia do momento em que o titular do direito subjetivo violado toma conhecimento do fato e da extensão de suas consequências. Em sede de responsabilidade civil, que é justamente a hipótese trazida, por este princípio da "*actio nata*", o termo inicial do prazo prescricional para a ação de indenização ou reparação de danos só se inicia quando o prejudicado tomar conhecimento do fato e/ou de suas consequências. Nesse sentido: AgRg no Ag 1098461 / SP, MIN. RAUL ARAÚJO FILHO, T4 - QUARTA TURMA, DJe 02/08/2010 e também AgRg no AREsp 140217 / SP, senão vejamos:

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. AÇÃO INDENIZATÓRIA DE DANO MORAL. ***TROCA DE BEBÊS NA MATERNIDADE. ART. 27 DO CDC****. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. ARTS. 177 DO CC/16 E 206, § 3º, V E 2.028 DO CC/02. NÃO DEMONSTRAÇÃO DA VIOLAÇÃO APONTADA.* ***PRAZO PRESCRICIONAL. TERMO INICIAL. CONHECIMENTO DO FATO DANOSO****. DISSENSO JURISPRUDENCIAL NÃO DEMONSTRADO. (...)*

3. ***Sendo a prescrição instituto que atinge a pretensão e não o direito subjetivo em si mesmo, somente começa a correr no momento em que o direito subjetivo passa a ser exigível, o que ocorre quando a parte toma ciência do fato/ato ilícito gerador do direito à reparação civil.*** *(...) 5. Agravo regimental desprovido. Baseando-se na premissa, de que o direito aplicado é o direito da época do descobrimento do fato, fica afastada a tese de que não se pode falar em responsabilidade objetiva do Hospital, pois o CDC não estava em vigor à época dos fatos. Uma vez demonstrado que o lamentável ocorrido se deu nas dependências do Hospital, não resta dúvida quanto à responsabilidade deste pelo ressarcimento dos danos, posto lhe incumbia zelar pela eficiência dos*

Acesso ao Sumário

serviços prestados pelos profissionais em seu estabelecimento. (STJ - AgRg no AREsp 140217 / SP - 27/05/2014).

Força, ainda, a apelante ao dizer que caso seja aplicado o CDC, também deve ser aplicado o prazo decadencial nele previsto e reconhecida a decadência do direito, já que o serviço prestado se findou no dia 01.10.1983 ou, por fim, que seja reconhecida como prescrita a obrigação também com base nos prazos do CDC (arts. 26 e 27). O presente caso retrata um evento que se subsume ao conceito de prescrição e de nenhuma forma de decadência, já que esta é a perda do direito **potestativo** pela inércia de seu titular pelo lapso temporal determinado em lei. Portanto, não teria qualquer sentido falar em prazo decadencial na presente ação. Quanto à aplicação do prazo prescricional previsto no CDC deve ficar claro que, conforme entendimento jurisprudencial já sedimentado, sempre que houver possibilidade de incidência desse ou do Código Civil, será aplicado o que for mais benéfico ao consumidor. No caso dos autos a ação foi proposta no mesmo ano em que nasceu a pretensão, portanto, o direito estaria acobertado por qualquer dos dois Diplomas.

Pelo mesmo fundamento já supramencionado, qual seja, de que o direito aplicado ao caso é o direito da época do descobrimento da troca de bebês, a alegação de que o instituto do dano moral não pode ser aplicado, pois ele não era previsto no Código Civil de 1916 e só ingressou em nosso ordenamento em 1988 fica afastado. Ainda que assim não fosse, para que não paire qualquer dúvida sobre a admissibilidade do pleito, registre-se que o prestigiado Boletim da AASP, nº 2457, publicou [p. 3791] v. Acórdão da lavra do eminente Ministro Barros Monteiro, do STJ, com a seguinte e esclarecedora ementa:

"Responsabilidade civil - Dano moral. Fato anterior a 1988. É devida a indenização por dano moral, ainda que o fato tenha ocorrido antes da promulgação da Carta Política, pois o ordenamento jurídico já previa anteriormente a responsabilidade civil do causador do dano extrapatrimonial (art. 159 do Código Civil de 1916). Recurso especial conhecido e provido (STJ 4ª T.; Resp. 320.462-SP, j. 15.9.2005, v.u.)".

O fato que fundamenta a causa *petendi* é incontroverso. O destino juntou, novamente, anos depois, as duas mulheres, e elas desconfiaram da situação, até porque os traços físicos e a cor da pele das crianças, já crescidas, denunciavam a troca. Houve a troca de bebês, situação que JURANDIR SEBASTIÃO [*Responsabilidade médica, civil, criminal e ética*, Del Rey, 2003, p. 190] chama de "troca de identidade", típica hipótese de culpa presumida da administração hospitalar, porquanto cumpre a todos os envolvidos [enfermeiras, obstetra e pediatra] tomarem medidas rigorosas para que a mãe saia da maternidade carregando, para integração da família, o filho que saiu de seu ventre e não o rebento de outrem. N. e D. deram a luz no mesmo dia e dividiram o mesmo quarto no Hospital réu. Como o Hospital estava muito cheio naquele dia, os

Acesso ao Sumário

bebês chegaram a dividir um único berço como solução de emergência.

A tese central do apelante de que o registro de nascimento de D. consta "nascido em domicilio" e, portanto, ele não nasceu em suas dependências não prospera. Essa alegação não altera em nada o resultado obtido com o exame de DNA que comprovou a filiação. Certamente houve um erro do próprio cartorário, já que todas as provas levam à certeza de que a troca dos bebês ocorreu nas dependências do Hospital. Outro fator que corrobora tal entendimento é o fato de que o réu não possui mais os prontuários daquela época, o que devia ser de guarda permanente. Tanto é assim que o próprio Conselho Federal de Medicina na Resolução nº 1821/07, art. 8º, invocada pelo próprio réu, aduz que os prontuários devem ser preservados por no **mínimo** 20 anos. O Hospital não se desincumbiu de fazer a prova que lhe cabia. Curioso, que ao mesmo tempo que o Hospital invoca tal norma a seu favor, já menciona que tal não pode ser levada em consideração, pois editada após o ocorrido.

Sendo assim, no que toca à alegação de apreciação equivocada das provas produzidas nos autos e à má-fé perpetrada pelos recorridos, em razão da divergência dos registros de nascimento, tal também deve ser afastada, pois em momento algum se verificou qualquer ato de deslealdade ou má-fé por parte dos recorridos que foram **vítimas** de lamentável ocorrido.

O Hospital cogitou que a troca foi feita intencionalmente pelos genitores, o que chega a ser repugnante e surreal. Os hospitais e casas de saúde estão comprometidos, como todos os demais prestadores de serviços, pela guarda e segurança dos pacientes indefesos, como inválidos, recém-nascidos e doentes mentais. Eles assumem, como explanado por MARIA HELENA DINIZ obrigação semelhante à do hoteleiro [Curso de Direito Civil Brasileiro - *Responsabilidade civil*, 20ª edição, Saraiva, 7º volume, 2006, p. 363]. No caso de bebês, porque eles permanecem abrigados no berçário, com intensa circulação para fins de amamentação e exames, a equipe de enfermagem deve construir mecanismos seguros para evitar raptos, que são costumeiramente noticiados, e troca de identidades. GIOVANNA VISINTINI menciona decisão italiana reconhecendo responsabilidade do hospital por não impedir rapto de bebê que se encontrava no berçário da maternidade [*Trattato breve della responsabilità civile*, terza edicione, Cedam, 2005, p. 743]. **Qualquer falha no setor denuncia omissão e imprudência da administração hospitalar, o que obriga indenizar, tanto na forma do art. 159, do CC, de 1916, como na forma do regime da Lei 8078/90, que se aplica ao caso, já que a responsabilidade é de natureza objetiva, e independente de culpa [art. 14]**.

Acesso ao Sumário

É necessário contextualizar bem o que seria dano moral. Os direitos da personalidade foram inscritos no Código Civil, de 2002, o que permite afirmar que lesão à honra, denegrir o nome, enxovalhar a memória do morto, transgredir a proteção da imagem-retrato rendem indenizações. O repertório, variável

e ilimitado, confirma a inexistência de normas de exclusão do dano moral, remanescendo, para isso, a prudência do juiz, que deverá rejeitar pedidos nos quais não tenha ocorrido lesão a sentimentos que são caros ao homem. A troca de filhos é uma transformação genética capaz de se perpetuar indene, porque os desígnios da alma são misteriosos. Não existindo, nos traços físicos da criança estranha, um contraste com os pais e que estimule a dúvida da falsa concepção, é bem provável que os envolvidos se amem e se orgulhem uns dos outros, tanto ou mais do que aqueles que são ligados pelo sangue. Todavia, quando o segredo é rompido, a vida deles perde o requisito da normalidade, que é indispensável à paz de espírito. Nesse caso, os casais ganharam a convivência do filho afetivo e se distanciaram do biológico, o que representa restrição das faculdades inerentes ou dos direitos originários, como definia WILSON MELO DA SILVA com a doutrina pioneira sobre o assunto [*O dano moral e sua reparação*, Forense, 1969, p. 490]. O engano na identificação dos meninos fez com que as vidas das pessoas ficassem incompletas.

Aqui é oportuno aproveitar a lição de EDUARDO A. ZANNONI [*El daño en la responsabilidad civil*, 2ª edición, Buenos Aires, Astrea, 1993, p. 290]. O jurista argentino explica que a angústia, a aflição física e espiritual, a humilhação e os padecimentos são indenizáveis porque são consequências do dano, verdadeiras perturbações do estado de espírito, quando privam o lesado de um bem jurídico. A conclusão é a seguinte: "*Lo que define al daño moral no es, en sí, el dolor o los padecimientos. Ellos serán resarcibles a condición de que se provoquen por la lesión a una facultad de actuar que impide o frustra la satisfacción o goce de intereses no patrimoniales reconocidos a la víctima del evento danoso por ordenamiento jurídico*".

Os autores foram lesados pela troca de identidade e, com isso, perderam significativos valores que são próprios da vida familiar. A permanência dos filhos trocados é um lance a mais dessa dramática situação e não modifica o panorama do prejuízo existencial; atenua, apenas, o sofrimento. Os filhos são insubstituíveis para os pais e têm o direito natural de serem criados pela família legítima, de modo que é garantido assegurar que todos eles, sem distinção, sofreram abalo psíquico pela culpa hospitalar. Embora sem confirmação de o erro do berçário ter contribuído para um mau desenvolvimento da personalidade das crianças e dos pais, com repercussões agressivas, alterações comportamentais bruscas, tendências depressivas, perversas ou delituosas, não perdem, com isso, a anormalidade que os perseguirá enquanto vivos. Os sintomas são internos. Diante disso tudo fica afastada a tese da ausência de culpa e de nexo de causalidade.

Por fim, quanto ao pedido para ser minorado o valor fixado a título de danos morais, houve um intenso debate na sessão de conferência de votos e o relator aceitou a sugestão dos demais colegas para reduzir o *quantum*, nos

Acesso ao Sumário

termos do art. 944, do CC, inclusive diante da consolidação dos efeitos, tanto que sequer se cogitou de troca de residências ou de alteração do registro civil. Prevaleceu R$ 50.000,00 para cada casal afetado e mais R$ 70.000,00 para os filhos que foram trocados, o que representa o cumprimento efetivo das funções do dano moral (ressarcimento e pedagógica-punitiva). Naquela olha-se para a vítima, para a gravidade objetiva do dano que ela padeceu (Antônio Jeová dos Santos, Dano Moral Indenizável, Lejus Editora, 1.997, p. 62), nessa, olha-se para o lesante, de tal modo que a indenização represente advertência, sinal de que a sociedade não aceita seu comportamento (Carlos Alberto Bittar, Reparação Civil por Danos Morais, ps. 220/222; Sérgio Severo, Os Danos Extrapatrimoniais, ps. 186/190). Conjugando-se as duas funções é que se extrai o valor da reparação. No caso concreto, os casais sofreram e tiveram aspirações legítimas pelos filhos criados. Os rapazes, no entanto, sofreram mais e de forma diferente, porque trata-se da própria vida, com infância, adolescência e futuro afetados. Os valores da sentença são modificados (R$ 50.000,00 para cada casal e R$ 70.000,00 para cada filho). Quando se afirma que há diferença, pretende-se se referir não exatamente ao grau de intensidade da dor, mas ao conteúdo e nas aspirações prejudicadas. O montante não causa enriquecimento indevido ao autor, nem exagerado fardo financeiro à ré.

Além disso, a quantia de R$1.660,00 a título de danos materiais pelo valor do exame realizado também é devida, já que não foi objeto de recurso, encontrando-se, portanto, preclusa para qualquer rediscussão.

Quanto à fixação dos juros moratórios e de seu termo *a quo*, embora correto dizer que a incidência deveria ser a partir do fato danoso, esse critério causa perplexidade e sacrifica a parte. Melhor que os juros incidam a partir da citação, evitando o agravamento da posição do infrator. A correção monetária do dano moral começa a partir do presente julgamento.

Registre-se que a decisão colegiada deixou clara a interpretação do Tribunal no que se refere ao caso narrado, elucidando de forma apropriada os fundamentos que embasam a presente decisão. Analisando-se as razões de apelação, observa-se que a recorrente pretendeu rediscutir todo o alegado em sede de conhecimento e, ainda, utilizando-se de agravos retidos em todos os momentos que foi contrariado, além de expor novamente todos os argumentos enumerados em agravo de instrumento também indeferido, prolongando o processo além do tempo necessário. O apelante não trouxe nenhum fato concreto que pudesse alterar a sentença proferida, apenas deixou claro seu inconformismo com o resultado da ação. Não será surpreendido esse Tribunal se houver oposição de declaratórios, com caráter infringente, a fim de alterar o presente julgado, repisando todas as teses já exaustivamente alegadas.

Isso posto, dá-se provimento, em parte, ao recurso, reduzindo os valores (R$ 50.000,00 para cada casal e R$ 70.000,00 para cada um dos filhos trocados),

Acesso ao Sumário

com juros da mora da citação e correção monetária a partir do presente julgamento, mantida, no mais, a respeitável sentença.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 1002962-19.2013.8.26.0100, da Comarca de São Paulo, em que é apelante SAINT PAUL EDUCACIONAL LTDA., é apelado REDECARD S/A.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 17ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 25384)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores. IRINEU FAVA (Presidente) e AFONSO BRÁZ

São Paulo, 11 de novembro de 2014.

SOUZA LOPES, Relator

Ementa: Obrigação de fazer cumulada com indenização - Cancelamento da transação efetuado pela ré antes mesmo do ajuizamento da ação - Pretensão cominatória prejudicada - Dano moral - Ausência - Dever de indenizar inexistente - Ação julgada improcedente Decisão correta - Ratificação da r. sentença nos moldes do artigo 252 do Regimento Interno deste Egrégio Tribunal de Justiça - Recurso improvido.

VOTO

Cuida-se de apelação contra a r. sentença de fls. 172/174, declarada a fls. 190, que julgou improcedente a ação de obrigação de fazer cumulada com indenização por danos morais que SAINT PAUL EDUCACIONAL LTDA. dirigiu contra REDECARD S/A.

Sustenta que a decisão foi contrária à prova dos autos, eis que há demonstração expressa da ocorrência de circunstâncias constrangedoras, consistentes em manifestação de clientes que questionaram claramente a capacidade da apelante de atuar em sua área de especialidade. Alega que o apelado não apresentou qualquer motivo justificado para a demora no efetivo cancelamento da transação efetuada e insiste que teve a honra objetiva abalada.

Acesso ao Sumário

Busca a reforma do *decisum* e a inversão do ônus da sucumbência.

Contrariado o recurso, subiram os autos.

É o relatório.

Não prospera a irresignação recursal.

A questão foi bem analisada em Primeiro Grau, não se vislumbrando nenhum desacerto que mereça alteração por este Egrégio Tribunal.

Trata-se de ação em que a autora pretende que a ré promova o cancelamento de transação efetuada em 06/12/2012, no valor total de R$ 23.990,00, parcelado em 12 vezes, em razão de desistência do cliente na realização de um curso; além de indenização por danos morais.

Como destacado na r. sentença, *restou comprovado nos autos que a ré, dois dias antes do ajuizamento da demanda, ou seja, em 04/02/2013, já havia procedido ao cancelamento almejado, como faz prova o documento de fls. 156, o que torna prejudicada a pretensão cominatória.*

Ademais, embora a documentação anexada a fls. 57/58 demonstre o descontentamento do cliente com a demora no cancelamento da transação, não há que se falar em dano moral sofrido pela apelante.

Aliás, como ressaltado pela digna Magistrada *a quo, não logrou a autora demonstrar tenha o referido incidente (atraso no cancelamento) abalado sua reputação no mercado*.

Verifica-se do site da autora (endereço eletrônico constante no texto original) que ela continua ostentando enorme credibilidade: "A Saint Paul Escola de Negócios é a 6ª melhor na América Latina e a 54ª no ranking geral, que contempla 70 escolas do mundo todo. Está entre as três melhores escolas do Brasil, sendo a única brasileira a subir sua posição em relação às participações anteriores. Tal resultado reforça a assertividade da atuação da Saint Paul em sua consolidação entre as cinco principais escolas do país."

Em suma, a improcedência da ação era mesmo de rigor, nada havendo para ser alterado na r. sentença, ora mantida por seus próprios e jurídicos fundamentos.

Pelo exposto, nos moldes do art. 252 do Regimento Interno deste Egrégio Tribunal, ratifica-se a r. decisão monocrática e nega-se provimento ao recurso.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0114437-41.2006.8.26.0100, da Comarca de São Paulo, em que é apelante MAURO SÉRGIO BERTAGLIA, são apelados TINTURARIA INDUSTRIAL DE

TECIDOS TIT LTDA. (EM RECUPERAÇÃO JUDICIAL), INDÚSTRIA E COMÉRCIO JORGE CAMASMIE LTDA. e JORGE CAMASMIE NETO.

ACORDAM, em 20ª 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 0917)**

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

São Paulo, 24 de novembro de 2014.

ALBERTO GOSSON, Relator

Ementa: EXECUÇÃO DE TÍTULO EXTRAJUDICIAL COM GARANTIA HIPOTECÁRIA. Coexecutado em regime de recuperação judicial. Suspensão da execução contra a sociedade em recuperação e prosseguimento da demanda contra os demais coobrigados. Adjudicação da garantia hipotecária pedida e deferida, mas não formalizada, antes do deferimento da recuperação judicial. PROVIMENTO PARCIAL DA APELAÇÃO.

VOTO

Vistos.

MAURO SÉRGIO BERTAGLIA ajuizou execução por quantia certa contra devedor solvente lastreada em contrato de confissão de dívida com garantia de imóveis contra **TINTURARIA INDUSTRIAL DE TECIDOS TIT LTDA., INDÚSTRIA E COMÉRCIO JORGE CAMASMIE LTDA.** e **JORGE CAMASMIE NETO**, pela quantia original de R$ 754.399,43 a ser paga em dezenove parcelas conforme descrito na inicial.

A execução iniciou-se antes da Lei nº 11.382/2006, os executados foram citados para pagamento sob pena de penhora seguindo-se Laudo de Avaliação do imóvel sito na Avenida do Estado, 6.639, São Paulo - SP, elaborado pelo perito nomeado pelo Juízo, que concluiu pelo valor de R$ 1.207.047,00 (um milhão, duzentos e sete mil e quarenta e sete reais) envolvendo as seis matrículas distintas (nº 145.747, 145.746, 145.745, 145.744, 145.743 e 137.739, esta última com registro hipotecário; v. fls. 63 a 68 e fls. 84). Há registro da penhora à margem das matrículas em 2.8.2006.

O exequente manifestou interesse na adjudicação do imóvel fundamentando-se na Lei nº 11.382 de 7.12.2006 (fls. 175/178). O perito judicial

Acesso ao Sumário

prestou esclarecimentos deduzindo do valor de avaliação débitos do IPTU (R$ 359.979,83) a resultar num montante líquido de avaliação de R$ 847.067,17 (fls.191).

À fls. 206 o MM. Juízo de primeiro grau homologou a avaliação e deferiu a adjudicação deduzindo-se a dívida do IPTU, salientando que se o crédito fosse inferior ao valor do bem o exequente deveria depositar de imediato a diferença (fls. 206).

O exequente questionou o valor correspondente aos débitos de IPTU (fls. 214/216) e há notícia de dificuldades para se realizar o pagamento do imposto de transmissão diante da divergência entre os valores de avaliação apresentados pela perícia e aqueles constantes das certidões de dados cadastrais do imóvel e ao valor venal de referência (fls. 233/234).

À fls. 236/239 há notícia do ingresso do pedido de recuperação judicial da Tinturaria Industrial de Tecidos TIT Ltda. (proprietária dos imóveis) em 17.11.2008 com deferimento do processamento em 11.3.2009 (fls. 260).

Seguiu-se despacho de suspensão da execução referente à Tinturaria por 180 (cento e oitenta) dias (fls. 262), petição de insurgência da exequente alegando que a decisão de suspensão fora publicada em 3.6.09, mas em 6.12.07 havia sido publicada a decisão deferindo a adjudicação (fls. 263/264). Interposição de agravo de instrumento (fls. 276/289), de agravo regimental contra decisão que o indeferiu por intempestividade afastada pelo V Acórdão desta Câmara (fls. 330/339); documentos sobre a homologação do plano de recuperação juntados com cópia de Ata da Assembleia Geral de Credores que teria concordado com o afastamento dos imóveis do plano de venda para pagamento dos credores (fls. 314).

Sentença julgou extinta a execução alegando falta de interesse de agir do exequente em virtude da superveniência da recuperação judicial considerando que a novação da dívida previsto no art. 59 da Lei nº 11.101/2005 tornou inexigível o título executado (fls. 327/330) estendendo os efeitos também para os coobrigados.

Embargos declaratórios à sentença rejeitados (fls. 349/353), apelação do exequente (fls. 356/374), tempestiva, preparada (fls. 375/376), recebida (fls. 377) e respondida (fls. 385/397).

É O RELATÓRIO.

O recurso merece parcial provimento.

SUSPENSÃO DA EXECUÇÃO CONTRA A EMPRESA EM RECUPERAÇÃO JUDICIAL E CONTINUIDADE DA EXECUÇÃO CONTRA OS COOBRIGADOS:

Não se houve bem a sentença ao extinguir a execução.

A doutrina e a jurisprudência consolidaram o entendimento de que advinda a recuperação judicial, os coobrigados permanecem de forma autônoma e independente responsáveis pelo cumprimento das obrigações assumidas no contrato.

Ao versar sobre a matéria, Fábio Ulhoa Coelho pontifica:

> "De observar também que os credores sujeitos aos efeitos da recuperação judicial conservam intactos seus direitos contra coobrigados, fiadores e obrigados de regresso. Desse modo, o portador de nota promissória firmada pela sociedade empresária em recuperação pode executar o avalista desse título de crédito, como se não houvesse o benefício. Cabe ao avalista suportar, nessa situação, o sacrifício direto representado pela recuperação judicial do avalizado" (*Curso de Direito Comercial.* Vol. 3. 15ª edição. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 440).

No Recurso Especial nº 1.326.888-RS, relator Ministro Luis Felipe Salomão (DJe 05/05/2014) ficou assentado que:

> DIREITO CIVIL E EMPRESARIAL. RECUPERAÇÃO JUDICIAL. HOMOLOGAÇÃO DO PLANO. NOVAÇÃO *SUI GENERIS*. EFEITOS SOBRE TERCEIROS COOBRIGADOS. EXTINÇÃO DA EXECUÇÃO. DESCABIMENTO. MANUTENÇÃO DAS GARANTIAS. ARTS. 49, § 1º E 59, *CAPUT*, DA LEI N. 11.101/2005.
>
> 1. A novação prevista na lei civil é bem diversa daquela disciplinada na Lei n. 11.101/2005. Se a novação civil faz, como regra, extinguir as garantias da dívida, inclusive as reais prestadas por terceiros estranhos ao pacto (art. 364 do Código Civil), a novação decorrente do plano de recuperação traz como regra, ao reverso, a manutenção das garantias (art. 59, *caput*, da Lei n. 11.101/2005), sobretudo as reais, as quais só serão suprimidas ou substituídas "mediante aprovação expressa do credor titular da respectiva garantia", por ocasião da alienação do bem gravado (art. 50, § 1º). Assim, o plano de recuperação judicial opera uma novação *sui generis* e sempre sujeita a uma condição resolutiva, que é o eventual descumprimento do que ficou acertado no plano (art. 61, § 2º, da Lei n. 11.101/2005).
>
> 2. Portanto, muito embora o plano de recuperação judicial opere novação das dívidas a ele submetidas, as garantias reais ou fidejussórias, de regra, são preservadas, circunstância que possibilita ao credor exercer seus direitos contra terceiros garantidores e impõe a manutenção das ações e execuções aforadas em face de fiadores, avalistas ou coobrigados em geral.
>
> 3. Deveras, não haveria lógica no sistema se a conservação dos direitos e privilégios dos credores contra coobrigados, fiadores e obrigados de regresso (art. 49, § 1º, da Lei n. 11.101/2005) dissesse respeito apenas ao interregno temporal que medeia o deferimento da recuperação e a aprovação do plano, cessando tais direitos após a concessão definitiva

Acesso ao Sumário

com a homologação judicial.

4. Recurso especial não provido.

No corpo do julgado asseverou-se que:

Com efeito, percebe-se que a novação prevista na lei civil é bem diversa daquela disciplinada na Lei n. 11.101/2005. Se a novação civil faz, como regra, extinguir as garantias da dívida, inclusive as reais prestadas por terceiros estranhos ao pacto (art. 364 do Código Civil), a novação corrente do plano de recuperação traz, como regra, ao reverso, a manutenção das garantias (art. 59, *caput*, da Lei n. 11.101/2005), sobretudo as reais, as quais só serão suprimidas ou substituídas "mediante aprovação expressa do credor titular da respectiva garantia", por ocasião da alienação do bem gravado (art. 50, § 1º).

Por ocasião do julgamento do Resp nº 1.269.703-MG (DJe 30/11/2012) também da relatoria do Ministro Luis Felipe Salomão ponderou-se que:

3. Nesta oportunidade, peço licença aos que pensam de forma diversa para dissentir do julgado invocado como paradigma, porque, a meu juízo, não se suspendem as execuções individuais direcionadas aos avalistas de título cujo devedor principal é sociedade em recuperação judicial. A tese apresentada no recurso especial, se bem analisada, baralha a ideia de sócio solidário e a de devedor solidário e, de fato, não se sustenta. É que o *caput* do art. 6º da Lei n. 11.101/05, no que concerne à suspensão das ações por ocasião do deferimento da recuperação, alcança os **sócios solidários**, presentes naqueles tipos societários em que a responsabilidade pessoal dos consorciados não é limitada às suas respectivas quotas/ações, como é o caso, por exemplo, da sociedade em nome coletivo (art. 1.039 do CC/02) e da sociedade em comandita simples, no que concerne aos sócios comanditados (art. 1.045 do CC/02).

A razão de ser da norma que determina, tanto na falência quanto na recuperação judicial, a suspensão das ações ainda que de credores particulares dos sócios solidários é simples, pois na eventualidade de decretação da falência da sociedade os efeitos da quebra estendem-se àqueles, nos mencionados tipos societários menores, mercê do que dispõe o art. 81 da Lei n. 11.101/05: Art. 81. A decisão que decreta a falência da sociedade com sócios ilimitadamente responsáveis também acarreta a falência destes, que ficam sujeitos aos mesmos efeitos jurídicos produzidos em relação à sociedade falida e, por isso, deverão ser citados para apresentar contestação, se assim o desejarem.

Na mesma linha de entendimento confira-se o julgado na Apelação nº 0012817-04.2010.8.26.0566, da Comarca de São Carlos, em acórdão da 20ª Câmara do E. Tribunal de Justiça de São Paulo, relator, Desembargador Álvaro Torres Jr. (j. 4/8/2014): "..o deferimento da recuperação judicial da empresa devedora principal não impede a cobrança do credor aos coobrigados do devedor em recuperação judicial da devedora principal - Embora o art. 59

Acesso ao Sumário

do mesmo diploma mencione que o plano de recuperação judicial implica 'novação', ele igualmente ressalva a ação contra os coobrigados, quando se refere à expressão 'sem prejuízo das garantias' - Inteligência do art. 49 da Lei 11.101/05 - Precedentes do STJ".

Na Apelação nº 0017985-92.2009.8.26.0510, da Comarca de Rio Claro, relator Desembargador Rebello Pinho (j. 26.11.2012), e nos Agravos de Instrumento de nº 0015341-18.2013.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, relator Desembargador Luis Carlos de Barros (j. 10.6.2013) e nº 990.09.324877-8, da Comarca de São Paulo, relator Desembargador Correia Lima (j. 29.3.2010), todas da 20ª Câmara de Direito Privado deste Tribunal.

Destarte, sem prejuízo da suspensão do processo contra a TINTURARIA INDUSTRIAL DE TECIDOS TIT LTDA. o exequente continua com o direito de prosseguir a execução contra os demais coobrigados.

NÃO FORMALIZAÇÃO DA ADJUDICAÇÃO:

Por outro lado, o exequente não tem razão ao postular o direito à adjudicação do imóvel, como se este já houvesse se consolidado.

Muito embora tenha havido o deferimento da adjudicação é certo que não se seguiu a formalização necessária com a expedição da carta apta a ser encaminhada ao registro imobiliário para a transmissão da propriedade.

Nesse sentido o art. 685-B do Código de Processo Civil, acrescentado pela Lei nº 11.382/2006:

> "A adjudicação considera-se perfeita e acabada com a lavratura e assinatura do auto pelo juiz, pelo adjudicante, pelo escrivão e, se for presente, pelo executado, expedindo-se a respectiva carta, se bem imóvel, ou mandado de entrega ao adjudicante, se bem móvel".

Ora, nada disso ocorreu e os autos noticiam que houve controvérsia a respeito do valor de dívida de IPTU que deveria ser deduzido da avaliação para efeito de confronto com o débito em execução e também dificuldades para que se procedesse ao recolhimento do imposto de transmissão em razão de divergências cadastrais na municipalidade.

Foi só quando sobreveio o comunicado da recuperação judicial que o exequente açodou-se em postular a concretização da adjudicação.

CONCLUSÃO:

Dá-se parcial provimento ao recurso de apelação do exequente para reformar a sentença mantendo-se a suspensão da execução contra TINTURARIA INDUSTRIAL DE TECIDOS TIT LTDA., sujeita às vicissitudes da recuperação judicial noticiada, facultado o prosseguimento da execução contra INDÚSTRIA E COMÉRCIO JORGE CAMASMIE LTDA. e JORGE CAMASMIE NETO.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0000840-65.2009.8.26.0108, da Comarca de Jundiaí, em que é apelante CLARO S/A, é apelado ALFATERM INDÚSTRIA E COMÉRCIO LTDA..

ACORDAM, em 20ª 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 19836)**

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

São Paulo, 1 de dezembro de 2014.

REBELLO PINHO, Relator

Ementa: PROCESSO - Prova - Em ações declaratórias negativas de débito, em que o usuário nega a existência do consumo ou contratação do serviço cobrado pela concessionária prestadora do serviço, não se exige dele a produção de impossível prova negativa de ato ou fato imputado como jamais ocorrido, mas sim da concessionária a prova da legitimidade do crédito exigido, ou seja, do fato constitutivo da dívida por ela cobrada, isto é, da comprovação do ato ou fato negado pelo autor (art. 333, do CPC).

PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS - Reconhecida a prática de ato ilícito da ré, consistente na cobrança indevida de valores por serviços não usufruídos pela autora, relativamente aos efetivados com uso dos aparelhos roubados e respectivas linhas, objeto do pedido de bloqueio dos serviços de telefonia solicitado pela autora usuária à ré concessionária.

DÉBITO E INDÉBITO - Reconhecida a ilicitude da cobrança de dívida referente a serviços de telefonia não usufruídos pela autora, relativamente aos efetivados com uso dos aparelhos roubados e respectivas linhas, objeto do pedido de bloqueio dos serviços de telefonia solicitado pela autora usuária à ré concessionária e o pagamento indevido pela usuária dos serviços de dívidas inexigíveis, de rigor, a declaração de inexigibilidade do débito em questão e

a restituição do indébito.

RESPONSABILIDADE CIVIL - Configurado o ato ilícito da concessionária, consistente nas indevidas cobranças de valores por serviços de telefonia não usufruídos pela autora, relativamente aos efetivados com uso dos aparelhos roubados e respectivas linhas, objeto do pedido de bloqueio dos serviços de telefonia solicitado pela autora usuária à ré concessionária, e não caracterizada nenhuma excludente de responsabilidade, de rigor, o reconhecimento da responsabilidade e a condenação da ré na obrigação de indenizar a autora pelos danos decorrentes do ilícito em questão.

Recurso desprovido.

VOTO

Vistos.

Ao relatório da r. sentença de fls. 191/124, acrescenta-se que a demanda foi julgada nos seguintes termos: "**JULGO PARCIALMENTE PROCEDENTE** o pedido para declarar inexigíveis os débitos apontados na inicial, correspondentes às ligações ocorridas após 20/12/08, oriundas dos números de telefones indicados às fls. 03/04 que foram roubadas, bem como condenar a ré ao pagamento de indenização correspondentes ao período cobrado, nos montantes de R$ 2.197,00 e R$ 5.173,73, totalizando R$ 7.370,73, além de restituir as quantias pagas indevidamente, no montante de R$ 2.197,00. Os valores deverão ser corrigidos desde o desembolso e acrescidos de juros de mora a partir da citação. Carreio aos réus o pagamento das custas e despesas processuais, bem como honorários advocatícios arbitrados em 15% do valor da condenação."

Apelação da ré (fls. 199/207), sustentando que: (a) "após análise no sistema da Apelante nenhuma irregularidade foi constatada, eis que a Apelada não entrou em contato com a operadora no dia seguinte, mas somente em 20/01/2009"; (b) "de acordo com o protocolo nº 2000945877396, as linhas mencionadas pela Apelada somente foram suspensas após 15 dias da data do roubo, não constando a informação de quantas linhas haviam sido roubadas ou informação sobre o Boletim de Ocorrência lavrado"; (c) "consta no contrato SMP ora abaixo anexado que o cliente será responsabilizado por todos os valores cobrados anteriormente a qualquer comunicado a empresa"; e (d) deve ser observada a boa-fé objetiva e o princípio do *pacta sunt servanda*.

O recurso foi recebido (fls. 219) e processado, sem resposta da autora.

É o relatório.

Acesso ao Sumário

1. A pretensão recursal da apelante é que seu recurso seja provido, e a r. sentença reformada, "a fim de afastar a condenação imposta". Subsidiariamente, requer "seja o *quantum* fixado de acordo com os princípios da razoabilidade, bem como dentro dos limites estabelecidos na jurisprudência pátria".

2. Mantém-se a r. sentença recorrida.

2.1. A relação contratual entre as partes, em que intervém a autora pessoa jurídica empresária, não destinatária final do serviço contratado, não está subordinada ao CDC.

Inexistente, na espécie, relação de consumo entre as partes, visto que: **(a)** a autora, pessoa jurídica, não é destinatária final do serviço de telefonia contratado, porquanto destinado à atividade produtiva; e **(b)** desnecessário perquirir sobre a vulnerabilidade da parte autora, visto que não reconhecida sua qualidade de destinatária final dos serviços contratados.

No que concerne à aplicação do Código de Defesa do Consumidor, adota-se a corrente finalista mitigada ou de finalismo aprofundado, segundo a qual, para que seja caracterizada como consumidora, a pessoa jurídica deve ser destinatária final econômica do bem ou serviço adquirido, em benefício próprio e para satisfação de suas necessidades pessoais, sem ter o interesse, de repassá-los a terceiros, nem empregá-los na geração de outros bens ou serviços, e ainda, demonstrar sua vulnerabilidade, técnica, jurídica ou econômica em relação ao fornecedor, no caso concreto.

Nesse sentido, a orientação dos julgados do Eg. STJ extraídos do respectivo site: **(a)** "(...) No mais, é dizer, quanto à possibilidade, ou não, de se aplicar, em relação estabelecida entre pessoas jurídicas, os preceitos contidos no Código de Defesa do Consumidor. **Bem de ver, na espécie, que a relação de consumo tem, em um dos pólos, um fornecedor de bens ou serviços e, de outro, um consumidor, pessoa física ou, eventualmente, pessoa jurídica. Não obstante a possibilidade da pessoa jurídica poder ser incluída no conceito de consumidor, colhe-se dos precedentes desta Corte Superior, a exigência de que fique reconhecida a sua caracterização como destinatária final de bens ou serviços e, ainda, a vulnerabilidade.** Sobre a questão, confira-se o seguinte julgado: 'CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. ACIDENTE AÉREO. TRANSPORTE DE MALOTES. RELAÇÃO DE CONSUMO. CARACTERIZAÇÃO. RESPONSABILIDADE PELO FATO DO SERVIÇO. VÍTIMA DO EVENTO. EQUIPARAÇÃO A CONSUMIDOR. ARTIGO 17 DO CDC. 1. Resta caracterizada relação de consumo se a aeronave que caiu sobre a casa das vítimas realizava serviço de transporte de malotes para um destinatário final, ainda que pessoa jurídica, uma vez que o artigo 2º do Código de Defesa do Consumidor não faz tal distinção, definindo como consumidor, para os fins protetivos da lei, '... toda pessoa física ou jurídica que

Acesso ao Sumário

adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final'. 2. Abrandamento do rigor técnico do critério finalista. 3. (...). (REsp 540235/TO, Rel. Min. Castro Filho, DJU de 06.03.2006, p. 372). E ainda o REsp 733560/RJ, Rel. Min. Nancy Andrighi, DJU de 02.05.2006, p. 315. **Especificamente, quanto à exigência de que a pessoa jurídica seja reconhecidamente vulnerável na relação contratual**, veja-se o seguinte precedente: 'DIREITO DO CONSUMIDOR. RECURSO ESPECIAL. CONCEITO DE CONSUMIDOR. CRITÉRIO SUBJETIVO OU FINALISTA. MITIGAÇÃO. PESSOA JURÍDICA. EXCEPCIONALIDADE. VULNERABILIDADE. CONSTATAÇÃO NA HIPÓTESE DOS AUTOS. PRÁTICA ABUSIVA. OFERTA INADEQUADA. CARACTERÍSTICA, QUANTIDADE E COMPOSIÇÃO DO PRODUTO. EQUIPARAÇÃO (ART. 29). DECADÊNCIA. INEXISTÊNCIA. RELAÇÃO JURÍDICA SOB A PREMISSA DE TRATOS SUCESSIVOS. RENOVAÇÃO DO COMPROMISSO. VÍCIO OCULTO. 1. (...). 2. Mesmo nas relações entre pessoas jurídicas, se da análise da hipótese concreta decorrer inegável vulnerabilidade entre a pessoa-jurídica consumidora e a fornecedora, deve-se aplicar o CDC na busca do equilíbrio entre as partes. **Ao consagrar o critério finalista para interpretação do conceito de consumidor, a jurisprudência deste STJ também reconhece a necessidade de, em situações específicas, abrandar o rigor do critério subjetivo do conceito de consumidor, para admitir a aplicabilidade do CDC nas relações entre fornecedores e consumidores-empresários em que fique evidenciada a relação de consumo.** 3. (...). 4.Recurso especial não conhecido' (REsp 476428/SC, Rel. Min. Nancy Andrighi, DJU de 09.05.2005, p. 390). **In casu, o primeiro requisito restou rechaçado pelo v. acórdão recorrido, visto que o serviço contratado destinava-se ao incremento da atividade lucrativa da parte ora agravante. Nestas circunstâncias, com acerto a Corte estadual ao deixar apreciar a demanda sob a perspectiva dos preceitos previstos do Código de Defesa do Consumidor**. Nega-se, portanto, provimento ao recurso.' (Ag 1322408/SP, rel. Min. Massami Uyeda, data da publicação: 01/09/2010, o destaque não consta do original); e (...) 'RECURSO ESPECIAL. **PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS DE MONITORAMENTO. FALHA NO SISTEMA RECONHECIDA. QUALIFICAÇÃO DA PESSOA JURÍDICA COMO CONSUMIDORA. ALEGADA VIOLAÇÃO À INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA. AUSÊNCIA DE PROVA CONCLUSIVA SOBRE O MOTIVO DA FALHA DO SISTEMA. ALEGAÇÃO NÃO PROVADA PELA PARTE.** RECURSO A QUE SE NEGA SEGUIMENTO. DECISÃO (...) É o breve relatório. Decido. 2. **Cinge-se a controvérsia principal em saber se uma pessoa jurídica que contrata prestação de serviço de monitoramento físico e eletrônico, consistente na disponibilização de alarme e sensores de presença, pode ou não ser considerada consumidora, nos termos do art. 2.º do CDC.** Alega a

Acesso ao Sumário

recorrente que o acórdão recorrido teria violado os art. 2.º do Código de Defesa do Consumidor, pois teria, equivocadamente, considerado a recorrida como consumidora da recorrente. É fato inconteste que os legisladores, quando da redação da Lei 8.078/90, não fizeram nenhuma distinção entre pessoas física e jurídica para se beneficiarem do Código de Defesa do Consumidor. Ao contrário, em seu artigo 2.º foram claros ao estabelecer que ambas podem utilizar-se da proteção conferida pelo CDC, bastando que, para tanto, os bens ou serviços adquiridos sejam provenientes de um fornecedor e que a pessoa que os adquiriu seja 'destinatário final' dos mesmos. **Portanto, para se saber se determinada pessoa pode ou não ser considerada consumidora nos termos do art. 2.º do CDC, deve-se verificar enquadra na o enquadramento na definição de 'destinatário final'**. A este respeito, a Segunda Seção deste STJ superou discussão acerca do alcance da expressão 'destinatário final', constante do art. 2º do CDC, consolidando a teoria subjetiva (ou finalista) como aquela que indica a melhor diretriz para a interpretação do conceito de consumidor (REsp n° 541.867/BA, Rel. Min. Antônio de Pádua Ribeiro, Rel. para o acórdão Min. Barros Monteiro, DJ 16.05.2005). **Segundo a teoria preferida, a aludida expressão deve ser interpretada restritivamente. Com isso, o conceito de consumidor deve ser subjetivo e entendido como tal aquele que ocupa um nicho específico da estrutura de mercado - o de ultimar a atividade econômica com a retirada de circulação (econômica) do bem ou serviço, a fim de consumi-lo, de forma a suprir uma necessidade ou satisfação eminentemente pessoal. Para se caracterizar o consumidor, portanto, não basta ser, o adquirente ou utente, destinatário final fático do bem ou serviço: deve ser também o seu destinatário final econômico; isto é, a utilização deve romper a atividade econômica para o atendimento de necessidade privada, pessoal, não podendo ser reutilizado, o bem ou serviço, no processo produtivo, ainda que de forma indireta.** Nesse sentido é também o entendimento de Cláudia Lima Marques, Antônio Herman V. Benjamin e Bruno Miragem, para quem: 'Destinatário final é aquele destinatário fático e econômico do bem ou serviço, seja ele pessoa jurídica ou física. Logo, segundo esta interpretação teleológica, não basta ser destinatário fático do produto, retirá-lo da cadeia de produção, levá-lo para o escritório ou residência - é necessário ser destinatário final econômico do bem, não adquiri-lo para revenda, não adquiri-lo para uso profissional, pois o bem seria novamente instrumento de produção cujo preço será incluído no preço final do profissional que o adquiriu.' (Comentários ao Código de Defesa do Consumidor: arts. 1º a 74, aspectos materiais, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 71). **Assim, ainda que a recorrida seja uma pessoa jurídica, ela contratou - segundo a sentença e o acórdão recorrido - prestação de serviços de monitoramento de sistema de segurança e alarmes da própria empresa, razão pela qual ela é considerada**

Acesso ao Sumário

destinatária final do serviço oferecido pela recorrente. Dessa forma, inegável que a recorrida é consumidora dos serviços oferecidos pela recorrente e que, por conseqüência, o Código de Defesa do Consumidor deve ser aplicado nessa relação. Diante disso, não há que se falar em violação ao art. 2.º do CDC, conforme precedente abaixo: 'CONSUMIDOR. RECURSO ESPECIAL. PESSOA JURÍDICA. SEGURO CONTRA ROUBO E FURTO DE PATRIMÔNIO PRÓPRIO. APLICAÇÃO DO CDC. - O que qualifica uma pessoa jurídica como consumidora é a aquisição ou utilização de produtos ou serviços em benefício próprio; isto é, para satisfação de suas necessidades pessoais, sem ter o interesse de repassá-los a terceiros, nem empregá-los na geração de outros bens ou serviços. - Se a pessoa jurídica contrata o seguro visando a proteção contra roubo e furto do patrimônio próprio dela e não o dos clientes que se utilizam dos seus serviços, ela é considerada consumidora nos termos do art. 2.° do CDC. Recurso especial conhecido parcialmente, mas improvido.' (REsp 733.560/RJ, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 11/04/2006, DJ 02/05/2006 p. 315) 3. **Ademais, em que pese todo o acima exposto, inexistente violação ao artigo 6º, inciso VIII, do Código de Defesa do Consumidor, pois visando garantir o pleno exercício do direito de defesa do consumidor, estabelece-se a inversão do ônus da prova quando a alegação seja verossímil ou quando constatada a sua hipossuficiência.** No presente caso, não foi o que ocorreu, pois depreende-se da sentença de fls. 283 que 'cabia à ré indicar qual foi a falha ocorrida na linha telefônica e quando esta falha se deu, mas não o fez, de modo que, sua responsabilidade pelo evento daí deflui'. Assim, embora seja entendimento dominante no STJ de que, reconhecida a hipossuficiência técnica do consumidor, é possível a inversão do ônus probatório, o caso ora em análise não trata dessa hipótese. A recorrente, quando de sua contestação, alegou que 'o equipamento não apresentou falhas, mas que o telefone é que não funcionou, isto porque o aparelho apresentou sinal FC (falta de comunicação)' (fls. 280), sendo certo que a prova desta alegação cabia à empresa ré, que alegou fato modificativo ao direito do autor. Inviável, portanto, o cabimento do recurso pela alínea 'c', tendo em vista a falta de similitude fática entre o acórdão paradigma, que explicita a impossibilidade da inversão do ônus da prova com base no disposto no CDC no momento em que proferida a sentença, e o acórdão recorrido. 4. Diante do exposto, com fundamento no artigo 557, caput, do CPC, nego seguimento ao recurso especial." (REsp 1090725/SP, rel. Luis Felipe Salomão, data da publicação: 23/09/2009, o destaque não consta do original).

Nesse sentido, para caso análogo ao dos autos, a orientação do julgado extraído do *site* deste Eg. Tribunal de Justiça: "CONTRATO - Ação de rescisão contratual cumulada com pedido declaratório de inexistência de débito e de indenização por danos morais - **Prestação de serviços de telefonia móvel**

Acesso ao Sumário

a microempresa - Impugnação dos valores cobrados pela empresa de telefonia - Hipótese em que o comodato dos aparelhos e o direito de uso das linhas telefônicas foram contratados com a finalidade do incremento das atividades empresariais da devedora, não caracterizada sua condição de consumidora final - Preliminar de cerceamento de defesa rejeitada - Inaplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor ao caso - Pedido inicial julgado improcedente - Sentença mantida - Recurso improvido." (19ª Câmara de Direito Privado, Apelação nº 9169198-72.2006.8.26.0000, Rel. Des. João Camillo de Almeida Prado Costa, v.u., j. 28.02.2011, destaque não consta no original).

2.2. Apesar de não regida pelo CDC a relação jurídica entre as partes, adota-se a orientação de que a prestadora de serviço responde pelos danos causados aos usuários, no que concerne, dentre outras, à segurança dos sistemas que utiliza e à inclusão/manutenção de débitos em arquivos de consumo, em razão da relação contratual existente entre as partes.

2.3. Em ações declaratórias negativas de débito, em que o usuário nega a existência do consumo ou contratação do serviço cobrado pela concessionária prestadora do serviço, não se exige dele a produção de impossível prova negativa de ato ou fato imputado como jamais ocorrido, mas sim da concessionária a prova da legitimidade do crédito exigido, ou, seja, do fato constitutivo da dívida por ela cobrada, isto é, da comprovação do ato ou fato negado pelo autor (art. 333, do CPC).

Nesse sentido, quanto à distribuição do ônus da prova, objeto do art. 333, do CPC, em ação declaratória negativa, a orientação: **(a)** dos julgados do Eg. STJ extraídos do respectivo *site*: **(a.1)** "DECISÃO (...) **O acórdão recorrido encontra-se em consonância com o entendimento preconizado por esta Corte no sentido de que, nas ações declaratórias negativas, cabe à parte adversa a comprovação do ato ou fato negado pelo autor.** Nesse sentido: 'PROCESSO CIVIL. ÔNUS DA PROVA. FATO AFIRMADO PELO AUTOR E CONFESSADO PELO RÉU. DESNECESSIDADE DE PROVA. CPC, ARTS. 333 E 334. PRECEDENTES. RECURSO DESACOLHIDO. **I - Em regra, o ônus da prova incumbe a quem alega o fato, sendo desnecessário provar os fatos afirmados por uma parte e confessados pela parte contrária, sendo igualmente certo, até porque proclamado pela lei, que, salvo nas declaratórias negativas, ao autor cabe a prova dos fatos constitutivos, e ao réu a prova dos fatos extintivos, impeditivos ou modificativos.** II - Tendo o acórdão concluído pela suficiência das provas dos autos para julgar procedente o pedido, o reexame do conjunto probatório resta vedado a esta instância especial, a teor do enunciado nº 7 da súmula/STJ.' (REsp 161.629/ES, Rel. Ministro SÁLVIO DE FIGUEIREDO TEIXEIRA, DJ 21.02.2000) Nego provimento ao agravo."(Ag 650254/MG, rel. Min. Fernando Gonçalves, data da publicação:

Acesso ao Sumário

21/09/2007, o destaque não consta do original); e **(a.2)** "PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. PROTESTO DE DUPLICATA. EXISTÊNCIA DE RELAÇÃO JURÍDICA SUBJACENTE AO TÍTULO. ÔNUS DA PROVA. PROVA NEGATIVA. IMPOSSIBILIDADE MATERIAL. **I. Tratando-se de alegação de inexistência de relação jurídica ensejadora da emissão do título protestado, impossível impor-se o ônus de prová-la ao autor, sob pena de determinar-se prova negativa, mesmo porque basta ao réu, que protestou referida cártula, no caso duplicata, demonstrar que sua emissão funda-se em efetiva entrega de mercadoria ou serviços, cuja prova é perfeitamente viável. Precedentes.** II. Recurso especial conhecido e provido." (STJ-4ª Turma, REsp 763033/PR, rel. Min. Aldir Passarinho Junior, v.u., j. 25/05/2010, DJe 22/06/2010, o destaque não consta do original); **(b)** de Celso Agrícola Barbi: "**No tocando às declaratórias negativas, todavia, dúvidas têm surgido, dada a circunstância da posição do titular do direito e da do obrigado serem inversas, isto é, nessas ações o credor é réu e o devedor é autor.** Daí a dificuldade derivada dos conceitos tradicionais, de que o ônus da prova cabe ao autor, de que na exceção o réu se faz autor e outros semelhantes. **A solução do problema está em não se encararem as partes sob o ponto de vista de autor ou réu, mas sim sob o aspecto da natureza dos fatos a serem provados, isto é, da natureza constitutiva, extintiva, modificativa ou obstativa dos fatos. E a prova desses fatos terá se ser atribuída nos termos do Código de Processo Civil vigente, que resolve satisfatoriamente a questão.** O exemplo de um caso típico de ação declaratória negativa serve para ilustrar a afirmação: *A* propõe ação declaratória negativa contra *B*, afirmando que este se diz credor por dívida decorrente de contrato; sustenta que a dívida não mais existe, porque já foi paga. *B* contesta a ação afirmando que não houve pagamento. Na hipótese *A* deve provar o fato *extintivo* (pagamento), enquanto *B* tem o ônus de prova a existência do fato *constitutivo* (contrato). Em outro caso, *A* propõe ação declaratória negativa contra *B*, porque este se diz seu credor por dívida decorrente de um contrato. A afirma que jamais houve contrato entre eles. *B* contesta afirmando a existência do contrato e da dívida. Caberá então a *B* a prova da existência do fato *constitutivo* (contrato). Finalmente, se *A* move contra *B*, pleiteando a declaração da nulidade de um contrato, pelo vício da simulação inocente, e *B* contesta, caberá a *B* a prova da existência do contrato, isto é, do fato constitutivo, ficando a cargo de *A* a prova da existência do fato *impeditivo* (simulação). **De tudo isto decorre a ociosidade de maior debate sobre a questão probatória em termos especiais para a ação declaratória, pois a natureza dos fatos não é modificada pelo tipo de ação.**" ("Ação Declaratória principal e incidente", 4ª ed., Forense, 1976, RJ, p. 156, o destaque não consta do original); e **(d)** de Ernani Fidélis dos Santos: "A regra que impera mesmo em processo é a de que 'quem alega o fato deve prová-lo'. O fato será constitutivo, impeditivo,

Acesso ao Sumário

modificativo ou extintivo do direito, não importando a posição das partes no processo. Desde que haja a afirmação da existência ou inexistência do fato, de onde se extrai situação, circunstância ou direito a favorecer a quem alega, dele é o ônus da prova. **Durante certo tempo vigorou o principio negativa *non sunt probanda*, que cede lugar, agora, ao princípio mais abrangente mais lógico de quem alega a constituição, impedimento, extinção ou modificação de direito deve prová-lo, sem a preocupação do posicionamento das partes com a questão das negativas.** Se paira incerteza sobre a servidão entre prédios e o proprietário do que seria serviente pretende declaração de sua inexistência, mesmo sendo autor, ao réu incumbe o ônus da prova contrária, isto é, provar a servidão, já que ela se refere a fato constitutivo do direito a favorecê-lo. **Na ação onde se pleiteia a declaração de negativa de dívida, o autor nada deve provar. O fato constitutivo é o crédito e o ônus da prova, nesse caso, reverte-se para o credor, que é o réu."**) ("Manual de Direito Processual Civil - Processo de Conhecimento, vol. 1, 12ª ed., Saraiva, 2007, SP, p. 41, item 64, o destaque não consta do original).

2.4. No caso dos autos: **(a)** reconhece-se a existência a prática de ato ilícito da ré, consistente na cobrança indevida de valores por serviços não usufruídos pela autora, relativamente aos efetivados com uso dos aparelhos roubados e respectivas linhas, objeto do pedido de bloqueio dos serviços de telefonia solicitado pela autora usuária à ré concessionária; **(b)** reconhecida a ilicitude da cobrança de dívida referente a serviços de telefonia não usufruídos pela autora, relativamente aos efetivados com uso dos aparelhos roubados e respectivas linhas, objeto do pedido de bloqueio dos serviços de telefonia solicitado pela autora usuária à ré concessionária e o pagamento indevido pela usuária dos serviços de dívidas inexigíveis, de rigor, a declaração de inexigibilidade do débito em questão e a restituição do indébito; e **(c)** configurado o ato ilícito da concessionária, consistente nas indevidas cobranças de valores por serviços de telefonia não usufruídos pela autora, relativamente aos efetivados com uso dos aparelhos roubados e respectivas linhas, objeto do pedido de bloqueio dos serviços de telefonia solicitado pela autora usuária à ré concessionária, e não caracterizada nenhuma excludente de responsabilidade, de rigor, o reconhecimento da responsabilidade e a condenação da ré na obrigação de indenizar a autora pelos danos decorrentes do ilícito em questão.

Acesso ao Sumário

Quanto a essas questões, ausente argumento hábil da ré apelante para demonstrar o desacerto do r. ato judicial recorrido, para evitar inútil tautologia e como autoriza o art. 252, do RITJ, adota-se a fundamentação da r. sentença recorrida, como razão de decidir e que se transcreve:

> "(...) O boletim de ocorrência de fls. 13/15 dá conta de que houve o roubo na sede da empresa autora, na data de 19/12/08, sendo o evento comunicado no dia 20/12/08. Na data de 02/02/09 foi aditado o boletim,

para constar o número dos boletins subtraídos.

A autora sustenta que realizou a comunicação e o pedido de bloqueio na data de 20/12/08, enquanto o réu sustenta que a autora somente entrou em contato no dia 20/01/09 e que o protocolo de nº 2009945877396 indica que as linhas foram suspensas somente quinze dias após o roubo.

Se o roubo ocorreu na data de 19/12/08, quinze dias após ocorreria em 04/01/09.

A tela de fls. 118 não indica a data do protocolo, o que retira credibilidade da informação prestada pelo réu. Há menção a outro protocolo, de número 200928418581, bem como a outros quatro protocolos, também sem data de sua ocorrência.

Partindo-se do pressuposto que a comunicação ocorreu em 04/01/09 e que a fatura de fls. 18 indica que é relativa ao período de 09/12/08 a 08/01/09 já haveria desconto na fatura, posto que houve cobrança de período posterior a data de 08/01/09. As cobranças, porém, persistiram nos meses que se sucedem, em valores excedentes ao padrão de consumo.

De outro lado, a arguição do autor, de que ligou para comunicar o roubo, pedindo a suspensão do serviço se mostra verossímil.

A uma, pois se trata de pessoa jurídica e assim, comum a diminuição das atividades no período de festas de fim de ano, não se justificando o uso fora do comum, conforme o que ocorreu nos autos.

A duas, posto que sequer o réu indica as datas dos protocolos e assim, não há porque inferir que a autora não tivesse ligado logo após o roubo.

Logo, cabe ao prestador de serviço demonstrar a má-fé por parte do usuário, posto que a boa-fé se presume.

Assim, entendo que procede o pedido de declaração de inexigibilidade dos débitos apontados na inicial.

A cobrança persistiu nos meses que se sucederam, sem pronta solução por parte do réu, ou ainda, qualquer desconto, ainda que se admita que a comunicação do roubo teria se dado em 04/01/09, quinze dias após o roubo, persistindo nos meses de fevereiro e março, pelos períodos subsequentes, com a suspensão dos serviços em razão da inadimplência.

Assim, tal quadro em sua totalidade demonstra a ocorrência de dano moral, e não mero desconforto".

Observa-se que: **(a)** nos termos do art. 252, do Regimento Interno deste Eg. Tribunal de Justiça que estabelece: "**Nos recursos, em geral, o relator poderá limitar-se a ratificar os fundamentos da decisão recorrida, quanto, suficientemente motivada, houver de mantê-la**"; e **(b)** "**É predominante a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça em reconhecer a viabilidade**

Acesso ao Sumário

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." (STJ-2ª Turma, REsp 662272/RS, rel. Min, João Otávio de Noronha, v.u., j. 04/09/2007, DJ 27/09/2007 p. 248, o destaque não consta do original).

Salienta-se que nenhuma prova produzida permite o reconhecimento da culpa exclusiva de terceiro ou culpa exclusiva ou parcial da autora, nem mesmo a ocorrência de caso fortuito ou força maior, para excluir a responsabilidade da prestadora de serviços ré pelos danos decorrentes do ilícito em questão.

Anota-se que a r. sentença permaneceu irrecorrida, na parte em que fixou os valores da indenização e do indébito, a que foi condenada a apelante, visto que as quantias fixadas não foram impugnadas especificamente, daí porque essas questões não foram devolvidas ao conhecimento deste Eg. Tribunal de Justiça.

Observa-se que a r. sentença permaneceu irrecorrida, na parte que fixou o valor da indenização por danos materiais, visto que o arbitramento não foi impugnado especificamente, daí por que tal questão não foi devolvida ao conhecimento deste Eg. Tribunal de Justiça (CPC, art. 512, 514, II e 515). Nesse sentido, quanto à limitação do conhecimento e julgamento à matéria efetivamente impugnada no apelo, as notas de Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery: (a) "**Extensão da substituição**. A substituição pode ser total ou parcial, conforme a impugnação for total ou parcial. O efeito substitutivo do recurso só atinge a parte do recurso que for conhecida pelo tribunal. No mais, remanesce íntegra a decisão (ou parte dela) que não sofreu impugnação ou cuja parte do recurso não foi conhecida pelo tribunal." ("Código de Processo Civil Comentado e Legislação Extravagante", 10ª edição, RT, 2007, p. 848, nota 3 ao art. 512); (b) "**Fundamentação**. O apelante deve dar as razões, de fato e de direito, pelas quais entende deva ser anulada ou reformada a sentença recorrida. Sem as razões do inconformismo, o recurso não pode ser conhecido" ("Código de Processo Civil Comentado e Legislação Extravagante", 10ª edição, RT, 2007, p. 853, nota 5 ao art. 512, II); e (c) "**Devolução**. O efeito devolutivo da apelação faz com que seja devolvido ao tribunal *ad quem* o conhecimento de toda a matéria efetivamente impugnada pelo apelante em suas razões de recurso. Recurso ordinário por excelência, a apelação tem o maior âmbito de devolutividade dentre os recursos processuais civis. A apelação presta-se tanto á correção dos *errores in iudicando* quanto aos *errores in procedendo*, com a finalidade de reformar (função rescisória) ou anular (função rescindente) a sentença, respectivamente. O apelo pode ser utilizado tanto para a correção de injustiças como para a revisão e reexame de provas. **A limitação do mérito do recurso, fixada pelo efeito devolutivo, tem como consequências: a) limitação do conhecimento do tribunal, que fica restrito à matéria efetivamente impugnada (*tantum devolutum quantum appellatum*); b) proibição de reformar para pior; c)**

Acesso ao Sumário

proibição de inovar em sede de apelação (proibição de modificar a causa de pedir ou o pedido." ("Código de Processo Civil Comentado e Legislação Extravagante", 10ª edição, RT, 2007, p. 856, nota 1 ao art. 515, o destaque não consta do original).

2.5. Isto é o quanto basta para o desprovimento da apelação.

Desnecessário perquirir sobre as demais questões alegadas pela parte, visto que qualquer entendimento adotado não alteraria o julgamento do presente recurso, ante a fundamentação adotada.

Como anota Theotonio Negrão, "A função judicial é prática, só lhe importando as teses discutidas no processo enquanto necessário para o julgamento da causa. Nessa linha, o juiz não precisa, ao julgar procedente a ação, examinar-lhe todos os fundamentos. Se um deles é suficiente para esse resultado não está obrigado ao exame dos demais (STJ-2ª Turma, REsp 15.450-SP- EDcl, rel. Min. Ari Pargendler, j. 1.4.96, p. 14.399, 1ª col., em.)" ("Código de Processo Civil e Legislação Processual em Vigor", 34ª ed., Saraiva, 2002, SP, p. 466, nota 15c ao art. 458).

3. Em consequência, o recurso deve ser desprovido.

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

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0008674-18.2012.8.26.0625, da Comarca de Taubaté, em que é apelante BANCO BRADESCO S/A, é apelado DORIVAL ALVARENGA ME.

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, deram provimento ao recurso. Fica vencida a Relatora sorteada, que declara voto.", de conformidade com o voto do relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 30052)**

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

São Paulo, 30 de outubro de 2014.

HERALDO DE OLIVEIRA SILVA, Relator Designado

Ementa: AÇÃO DE PRESTAÇÃO DE CONTAS - Inadequação da via eleita - Carência de ação por falta de interesse de agir - Inicial que encerra pedidos

Acesso ao Sumário

de cunho genérico, sem esclarecimentos de quais lançamentos seriam duvidosos, alegando a autora a ocorrência de anatocismo pela Medida Provisória nº 1963-17/2000, incidência de juros excessivos, entre outros temas, que não se relacionam com eventuais lançamentos obscuros em conta a amparar o fim colimado, incompatível com o fim a que se destina a ação de prestação de contas - Sentença reformada - Extinção ante a carência de ação reconhecida - Recurso provido.

VOTO

Trata-se de feito intitulado de "ação de prestação de contas", julgado procedente pela r. sentença de fls. 55/56, cujo dispositivo ora se transcreve: ***"Julgo procedente o pedido formulado na petição inicial e condeno o réu a prestar as contas exigidas, no prazo de 48 horas, sob pena de não lhe ser lícito impugnar as que o autor apresentar. Condeno o réu ao pagamento das custas e despesas do processo, e de honorários de advogado, que arbitro em 10% do valor dado à causa, na forma do art. 20, § 3º, do Código de Processo civil. P.R.I."***

Não se conformando com os termos da r. sentença, o banco requerido apresentou apelação (fls. 59/61, sustentando, em apertada síntese, que a empresa autora não formulou em nenhum momento indicação válida que amparasse a pretensão à prestação de contas, não se desincumbindo do dever de apontar expressamente quais seriam os lançamentos que eventualmente estariam sendo efetuados de modo incompatível com o que fora avençado. Destaca que, com efeito, a prestação de contas já estava sendo realizada mediante o fornecimento de faturas. Requer a reforma do *decisum* para que a ação seja julgada extinta, sem resolução do mérito ou, caso superado o argumento liminar, que seja reconhecida a improcedência do pedido inicial, invertendo-se os ônus da sucumbência.

Recurso tempestivo e respondido.

É o relatório.

A ação de prestação de contas tem por finalidade exigir contas de quem deve prestá-las e desde que comprovada recusa ou mora por parte daquele com obrigação de prestá-las, nos termos do artigo 914 do Código de Processo Civil.

É tranquilo o entendimento de que o correntista tem o direito de exigir a prestação de contas referente a conta, aplicação, etc., tanto é, que foi consagrado tal posicionamento pela Súmula n° 259, do Superior Tribunal de Justiça, com o seguinte verbete:

"A ação de prestação de contas pode ser proposta pelo titular de

Acesso ao Sumário

conta corrente bancária".

Porém, a prestação de contas visa a verificar eventual crédito ou débito, enquanto que a anulação de cláusulas contratuais pretende a descaracterização do título, e, inclusive, não há compatibilidade entre as ações.

O E. Superior Tribunal de Justiça, já decidiu a respeito:

"Não é lícito cumular pedidos de prestação de contas e anulação de título de crédito" *(STJ - 3ª Turma, REsp 242934 - AgRg, Rel. Min. Gomes de Barros, j. 21.02.06, negaram provimento, vu, DJU 08.05.06, p. 193).*

Importante mencionar que o interesse processual consiste na utilidade do provimento jurisdicional solicitado, e tal utilidade depende da presença de dois elementos quais sejam: necessidade de tutela jurisdicional e adequação do provimento solicitado.

"O interesse processual é aquele que se expressa pela indispensabilidade do uso do processo para o autor, sob pena de, não o tendo, ficar o autor sem meios para fazer valer sua pretensão. Não há, propriamente, neste passo, que se falar em direito, pois este somente aparece, a final, na sentença. O que se há de considerar suficiente é a existência de uma pretensão, ou seja, afirmação de um direito, ou a opinião de ter direito. Essa afirmação ou opinião do autor, todavia, não há de ser tal, suscetível de aferição pelo Juiz. O interesse processual, desta forma, é aferido como existência traves de um critério eminentemente objetivo, e não pelo critério subjetivo do autor" (Código de Processo Civil Comentado, Editora RT 1975, volume I, página 316).

O interesse de agir, no processo civil, está fundado no trinômio necessidade-utilidade-adequação, sendo o princípio válido para propor a ação, contestá-la, ou mesmo recorrer de decisões desfavoráveis.

Vale esclarecer que, se houver a discordâncias dos lançamentos constantes nos extratos, cabe ao correntista questionar expressamente o que vem a ser divergente da sua interpretação com relação aos lançamentos tidos, no entanto, não cabe um pedido genérico de prestação de contas da conta corrente desde o início até os dias atuais, pois esta deve decorrer de uma lógica de lançamentos impróprios.

Deve se verificar critérios, especialidades, ou qualquer taxa que possa ter sido feita de modo divergente, mas nunca a pretensão genérica de que as contas devam ser prestadas, sem saber qual a extensão da pretensão inicial.

O que a empresa autora almeja é saber o exato valor do débito e a legitimidade do mesmo, e não há nenhuma divergência de valores a ser discutida, uma vez que a autora sequer esclarece os valores controvertidos, tendo em vista a generalidade de seu requerimento, para apresentação dos lançamentos feitos desde a abertura de sua conta.

Ressalvo que a ação de prestação de contas não serve para discutir taxa de

Acesso ao Sumário

juros, eventual capitalização, e sim harmonização dos respectivos lançamentos computados, mediante apresentação de contas de forma mercantil como determinada pelo artigo 917 do Código de Processo Civil.

O que se denota na hipótese em comento é a inadequação da via eleita para o fim almejado, uma vez que na pretensão formulada, não se entreviu o vínculo capaz de justificar a prestação de contas, posto que pretende a emissão de documento, revisão de contrato que não pode ser feita nesses autos.

Além disso, essa turma julgadora tem apreciado essa matéria em diversos recursos, com idêntico entendimento, conforme se verifica da Apelação nº 1.155.063-5, de relatoria da Desembargadora Zélia e Maria Antunes Alves com a seguinte ementa:

"Prestação de contas - Contrato bancário - Pretensão do esclarecimento dos lançamentos efetuados para composição do débito - Inadmissibilidade - Medida judicial inadequada para revisão de cláusulas de condições do contrato - Ação julgada procedente - Recurso provido."

Na mesma linha de entendimento, merecem destaque recentíssimos julgados desta C. Corte:

"PRESTAÇÃO DE CONTAS. Contrato de conta corrente. Alegações genéricas e sem indicação dos motivos determinantes do pedido. Ausência de impugnação específica quanto aos lançamentos. Ausência de interesse de agir. Reconhecimento. Extinção do processo sem exame do mérito. Carência da ação reconhecida. Recurso provido, para esse fim". (TJSP - 38ª Câmara de Direito Privado - Apelação 1051604-23.2013.8.26.0100 - Rel. Fernando Sastre Redondo - J. 03.09.2014). Grifos nossos.

"Prestação de contas. Operações bancárias. Extinção sem resolução do mérito. Inépcia. Falta de interesse de agir. Prestígio. Pacífico o entendimento de que é possível ajuizar ação de prestação de contas pelo correntista para obter pronunciamento judicial sobre lançamentos efetuados em conta-corrente a teor da Súmula 259 do STJ. Entretanto, 'o pedido não pode ser genérico, porquanto deve ao menos especificar o período e a respeito de quais movimentações financeiras busca esclarecimentos, o que não ocorreu no presente caso' (AgRg no AREsp 18048/PR), sendo imprestável a mera referência genérica e vazia a respeito' (REsp: 1.318.826/SP). Insurgência vaga e imprecisa autoriza a extinção prematura. Cenário do artigo 252 do RITJSP. Sentença mantida. Recurso improvido". (TJSP - 22ª Câmara de Direito Privado - Apelação nº 0006507-09.2012.8.26.0114 - Relator Sérgio Rui - J. 11.09.2014). Grifos nossos.

No mesmo sentido, do E. Superior Tribunal de Justiça, transcreve-se:

"(...) Embora cabível a ação de prestação de contas pelo correntista, independentemente do fornecimento extrajudicial de extratos detalhados, tal

Acesso ao Sumário

ação não se destina à revisão de cláusulas contratuais e não prescinde da indicação, na inicial, ao menos de período determinado em relação ao qual se pede esclarecimento, com exposição de motivos consistentes, ocorrências duvidosas na conta- corrente, que justificam a provocação do Poder Judiciário mediante referida ação (Súmula 83 do STJ).(...)" (STJ - 4ª Turma - AgRg no REsp 145450/MG - Rel. Min. Maria Isabel Gallotti - J. 05.08.2014 - DJe 15.08.2014).

Portanto, a r. sentença merece ser reformada para julgar extinta a ação, sem resolução do mérito, por falta de interesse de agir, nos termos do artigo 267, inciso VI, do Código de Processo Civil. Em razão da sucumbência, a autora arcará com as custas, despesas processuais e honorários advocatícios, que fixo em R$1.000,00.

Ante o exposto, dou provimento para o fim acima.

DECLARAÇÃO DE VOTO VENCIDO

(Voto nº 15373)

Ousei discordar do entendimento adotado pela douta maioria da Turma Julgadora, que deu provimento ao recurso, pois, pelo meu voto negava provimento.

Com o devido respeito ao entendimento adotado pela Douta Maioria, composta pelos eminentes Desembargadores Heraldo de Oliveira e Francisco Giaquinto, entendi que o banco réu teria a obrigação de prestar contas à correntista.

Pretendeu a autora obter uma prestação de contas, a fim de examinar a regularidade da dívida decorrente dos contratos de empréstimos e abertura de crédito em conta corrente.

Manifestou sua discordância com o valor apresentado pela instituição financeira como devido e trouxe o número da conta corrente e da agência bancária, além das cédulas de crédito bancário de fls. 11-31.

De fato, como já ficou decidido, "*o interessado na ação de prestação de contas é a parte que não saiba em quanto importa seu crédito ou débito líquido, nascido em virtude de vínculo legal ou negocial gerado pela administração de bens ou interesses alheios. O autor, por isso, pode vir a juízo, seja para exibir as contas e pedir a sua aprovação por sentença, seja para compelir o réu a apresentá-las e sujeitá-las à deliberação judicial*" (Resp nº 242.204-RJ, 4ª T., **Rel. Min. Jorge Scartezzini**, j.4.8.2005).

É indiscutível o direito do correntista de propor ação de prestação de contas, consoante o enunciado da Súmula nº 259 do Colendo Superior Tribunal

Acesso ao Sumário

de Justiça.

Não pretendeu a autora discutir judicialmente a validade das cláusulas contidas nos contratos celebrados, mas apenas verificar a exatidão das contas a serem apresentadas pelo banco, que forneceriam eventualmente elementos de convicção para que pudesse eventualmente ajuizar uma demanda, caso ficassem apurados lançamentos indevidos em sua conta.

Possui a empresa autora, é certo, interesse processual para a propositura da presente ação, tanto na modalidade *necessidade* do provimento jurisdicional pretendido, como quanto à *adequação* da via por ela eleita, ajuizando demanda a fim de obter certeza quanto à correção dos valores lançados em sua conta corrente, sendo certo que a ação de prestação de contas não se destina apenas a obrigar a outra parte a exibir contas, mas objetiva também a obtenção de um pronunciamento judicial acerca da sua exatidão.

Tem o banco, assim, evidente obrigação de prestar contas dentro do prazo que lhe foi assinalado pelo juiz singular, a fim de que a autora tenha conhecimento de todo o ocorrido em sua conta corrente gerida pelo banco réu, independentemente de anterior envio de extratos.

As contas a serem prestadas na forma mercantil deverão vir necessariamente acompanhadas de documentos que as justifiquem, nos termos do que determina o artigo 917 do Código de Processo Civil, de modo que possa a autora compreender todos os lançamentos efetuados pelo banco e analisar a sua regularidade.

Insista-se que o correntista tem o direito (e não mero interesse processual), "de vir a juízo, fundado na existência do contrato de conta corrente, afirmando sua inconformidade com os lançamentos feitos, para pedir a prestação de contas a quem a administra, que dispõe da movimentação dos seus recursos e efetua os lançamentos de débito e crédito" (REsp nº 96.207-SC, 4ª T., julgado em 24.9.96, v.u., **Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira**).

Por isso, impedir a apuração da regularidade dos lançamentos em ação de prestação de contas, sob o pretexto de anterior prestação de contas por meio de extratos de movimentação bancária, implica negar o próprio *direito* de obtê-las.

A mera apresentação de extratos *não* exime o banco de, instado judicialmente, apresentar uma prestação de contas em forma contábil.

O simples envio pela instituição financeira de extratos sobre a movimentação da conta é insuficiente para dirimir possíveis dúvidas do correntista acerca dos lançamentos realizados, pois neles não constam maiores explicações acerca dos encargos e da metodologia adotada nos cálculos feitos pelo banco réu.

A esse respeito, confira-se:

"A matéria já foi objeto de debate nesta Corte, onde restou assentada

Acesso ao Sumário

a possibilidade da ação, porquanto o correntista faz jus à obtenção dos dados pertinentes, **eis que os demonstrativos e extratos da conta são documentos unilaterais, e a presunção é a de que, até considerados corretos é de se presumir como devedor o obrigado a prestá-las, ao teor do art. 1.301 do Código Civil e 914, I e II, do CPC, em relação aos depósitos mantidos junto ao banco e das relações jurídicas daí oriundas, inclusive mútuo de 'cheque-especial', sobre a administração financeira do seu dinheiro"** (Resp nº 435.332-MG, 4ª T., **Rel. Min. Aldir Passarinho Júnior**, j.6.5.2003, destaques nossos).

Cabe ressaltar que o Colendo Superior Tribunal de Justiça já decidiu que "*não é genérico o pedido de prestação de contas que indica a relação jurídica existente entre as partes - a administração de cartão de crédito - e o período em que entende necessária os esclarecimentos*" (AgRg no Ag nº 925.210/SC, **Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI**, TERCEIRA TURMA, julgado em 06/05/2008, DJe 23/05/2008).

No presente caso, tendo as partes celebrado contrato cuja execução se protraiu no tempo, é necessário garantir à autora o controle da evolução do débito, cujos cálculos são feitos unilateralmente pelo banco, segundo diretrizes estabelecidas em contrato de adesão, normalmente não exibido ao consumidor.

Dessa forma, e, ressaltando o redirecionamento do entendimento adotado por esta Colenda 13ª Câmara de Direito Privado, por força dos precedentes recentes da Corte Superior, impunha-se a manutenção da r. sentença proferida, que julgou procedente a primeira fase da ação de prestação de contas.

Diante de todo o exposto, pelo meu voto, **negava provimento ao recurso**.
ANA DE LOURDES COUTINHO SILVA DA FONSECA, Relatora

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0013100-83.2014.8.26.0114, da Comarca de Campinas, em que é apelante BANCO VOLKSWAGEN S/A, é apelado RICARDO GONÇALVES DIAS (JUSTIÇA GRATUITA).

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 17ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 15035)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores IRINEU FAVA (Presidente sem voto), PAULO PASTORE FILHO e HENRIQUE NELSON

Acesso ao Sumário

CALANDRA.

São Paulo, 7 de novembro de 2014.

AFONSO BRÁZ, Relator

Ementa: APELAÇÃO. IMPUGNAÇÃO À ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA. Sentença que rejeitou a impugnação e manteve os benefícios concedidos ao apelado. Situação econômica revelada que descaracteriza a condição de necessitado e de hipossuficiente do impugnado. Benefício revogado. RECURSO PROVIDO.

VOTO

A r. sentença de fls. 32/33, de relatório adotado, rejeitou a impugnação à assistência judiciária, deduzida nos autos de ação revisional de contrato bancário (financiamento de veículo), mantendo os benefícios anteriormente concedidos ao autor.

Apela o impugnante (fls. 37/40) alegando que os benefícios da assistência judiciária devem ser revogados, porquanto o impugnado contratou advogado particular, além de celebrar contrato de financiamento de veículo com parcelas incompatíveis com a alegada hipossuficiência. Afirma que o apelado comprovou seus rendimentos no momento da contratação e que percebe em média R$ 3.100,16. Sustenta que não basta a mera declaração de pobreza para concessão do benefício e que o impugnado não demonstrou a insuficiência de recursos que possibilite a sua concessão. Busca a reforma do *decisum*.

Recurso regularmente processado sem contrarrazões.

É o relatório.

O recurso merece provimento.

É do comando constitucional que a assistência jurídica integral e gratuita seja prestada aos que comprovarem insuficiência de recursos.

Não se pode olvidar da supremacia da norma constitucional, porém podemos harmonizar tais dispositivos, expurgando-se do benefício àqueles que não revelam efetiva necessidade do favor estatal. Sem esse filtro, necessário para atender os realmente necessitados, teremos uma distribuição indiscriminada do benefício, em favorecimento de todos, sem nenhum critério, onerando desnecessariamente o Estado e reduzindo a efetiva defesa daqueles que efetivamente dela necessitam.

Assim, a mera declaração não comprova a hipossuficiência para os fins deste feito e, dessa forma, não fornece lastro suficiente a concessão da justiça

Acesso ao Sumário

gratuita.

O direito assegurado pela Lei nº 1.060/50 não é absoluto e a declaração de que o requerente é pobre terá de ser apreciada em seus devidos termos, tanto que o artigo 5º autoriza o indeferimento do pedido de assistência judiciária se o juiz tiver fundadas razões e os elementos trazidos aos autos não autorizem a dar crédito à declaração de miserabilidade.

O julgador deve analisar a real necessidade da concessão do benefício de assistência judiciária, caso a caso, para então aferir se o requerente tem ou não condições de arcar com os encargos do processo.

A caracterização da insuficiência econômica, necessária para a concessão do benefício da assistência judiciária, deve resultar da consideração do valor da taxa judiciária a ser recolhida inicialmente e da possibilidade da ocorrência das despesas elencadas no artigo 3º, incisos IV a VII da Lei nº 1.060/50[1], é o que se depreende do art. 13 do referido diploma que estabelece expressamente: "*Se o assistido puder atender, em parte, as despesas do processo, o Juiz mandará pagar as custas que serão rateadas entre os que tiverem direito ao seu recebimento*".

No caso presente, não obstante ter apresentado declaração de pobreza, o impugnado se qualifica como guarda municipal e sua remuneração líquida de R$ 2.153,53 (fls. 16) não condiz com a obrigação pactuada, qual seja, o financiamento de R$ 39.798,46, com pagamento em 60 prestações mensais de R$ 1.087,53, para financiamento de veículo (v. fls. 09/16).

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

---

1 Lei 1060/50 - Art. 3º. A assistência judiciária compreende as seguintes isenções:

I - das taxas judiciárias e dos selos;

II - dos emolumentos e custas devidos aos Juízes, órgãos do Ministério Público e serventuários da justiça;

III - das despesas com as publicações indispensáveis no jornal encarregado da divulgação dos atos oficiais;

IV - das indenizações devidas às testemunhas que, quando empregados, receberão do empregador salário integral, como se em serviço estivessem, ressalvado o direito regressivo contra o poder público federal, no Distrito Federal e nos Territórios; ou contra o poder público estadual, nos Estados;

V - dos honorários de advogado e peritos.

VI - das despesas com a realização do exame de código genético - DNA que for requisitado pela autoridade judiciária nas ações de investigação de paternidade ou maternidade. (Incluído pela Lei nº 10.317, de 2001).

VII - dos depósitos previstos em lei para interposição de recurso, ajuizamento de ação e demais atos processuais inerentes ao exercício da ampla defesa e do contraditório. (Incluído pela Lei Complementar nº 132, de 2009).

Parágrafo único. A publicação de edital em jornal encarregado da divulgação de atos oficiais, na forma do inciso III, dispensa a publicação em outro jornal. (Incluído pela Lei nº 7.288, de 1984).

Acesso ao Sumário

Por isso, **DOU PROVIMENTO** ao recurso para acolher o pedido de impugnação à assistência judiciária, revogando os benefícios concedidos ao apelado.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0968075-86.2012.8.26.0506, da Comarca de Ribeirão Preto, em que é apelante LUIZ CLAUDIO DE CAMARGO (JUSTIÇA GRATUITA), é apelado BANCO PECÚNIA S/A.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 17ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso, V.U.", de conformidade com o voto do relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 17174)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores IRINEU FAVA (Presidente sem voto), HENRIQUE NELSON CALANDRA e SOUZA LOPES.

São Paulo, 26 de novembro de 2014.

PAULO PASTORE FILHO, Relator

Ementa: CAUTELAR INOMINADA - Pretensão de compelir o réu a adotar medidas administrativas necessárias à realização de cálculos para apuração do valor exato da obrigação do autor e de seu saldo devedor, por meio de planilha que evidencie o valor principal da dívida, seus encargos e despesas contratuais - Encargos previstos no contrato, cuja cópia se presume tenha sido entregue ao autor, que pode promover o cálculo necessário e, se o caso, ajuizar ação revisional - Via processual eleita que se afigura inadequada para o fim pretendido - Ausência de interesse de agir - Sentença que extinguiu o processo sem resolução do mérito mantida - Recurso não provido.

Acesso ao Sumário

VOTO

O apelante pretende a reforma da r. sentença de fls. 65/68, cujo relatório se adota, que indeferiu a petição inicial da ação cautelar movida em face do apelado, por falta de interesse de agir, julgando extinto o processo, sem

resolução do mérito, nos termos dos art. 267, VI, do Código de Processo Civil, condenando-o ao pagamento das custas e despesas processuais, observada a gratuidade de justiça a ele concedida.

Afirma (fls. 73/97) que a r. decisão não pode prevalecer, sustentando, em suma, que, ao pretender a apresentação da planilha de cálculos mencionada na inicial, objetiva tomar conhecimento dos valores que lhe estão sendo cobrados em razão do contrato que realizou junto ao apelado, de modo a possibilitar o estudo da necessidade de eventual medida judicial ou não, sendo dever da instituição financeira fornecer não só cópia do contrato, mas também ser clara na indicação dos custos e valores referentes a ele, fornecendo ao tomador cópia da planilha utilizada para o cálculo do denominado "custo efetivo total".

Entende, assim, estar presente o interesse de agir.

O recurso foi recebido em ambos os efeitos (fls. 179), dispensado o preparo por ser o apelante beneficiário da gratuidade de justiça (fls. 68).

Não há contrariedade, porquanto a relação contratual não se completou.

É o relatório.

A r. sentença merece ser mantida.

No caso em tela, o apelante pretende a adoção de medidas administrativas para a confecção dos "*cálculos necessários à apuração do valor exato da obrigação e de seu saldo devedor, a ser realizado por meio de planilha de cálculo que evidencie de modo claro, preciso e de fácil entendimento e compreensão, o valor principal da dívida, seus encargos e despesas contratuais, a parcela de juros e os critérios de sua incidência, a parcela correspondente a multas e demais penalidades previstas no contrato*" (fls. 74).

Com efeito, os encargos mencionados estão previstos no contrato de financiamento firmado com o apelado, e a cópia deste presume-se em poder do apelante, que não pediu sua exibição em Juízo.

Nesse sentido, se o recorrente dispõe do contrato, pode promover o cálculo aritmético para verificar se o valor das parcelas corresponde ao contratado e, assim, se for o caso, encontrando eventual abuso ou ilegalidade, ajuizar a competente ação revisional.

De mais a mais, a presente medida não é a via adequada para o apelante obter a planilha de cálculo em questão.

Isso porque a "planilha" almejada não é documento próprio ou comum e pré-constituído, nos termos do artigo 844, inciso II, do Código de Processo Civil. Trata-se, na verdade, de documento que demandaria ser elaborado pelo recorrido, situação que não se enquadra entre as hipóteses que admitem exibição judicial.

A situação, enfim, configuraria autêntica atividade de prestação de contas

Acesso ao Sumário

pela instituição financeira, com a explicação de sua conduta em relação aos valores do contrato celebrado com o apelante, o que não atende ao requisito do meio judicial eleito.

Diante destas considerações, a extinção do processo por falta de interesse era mesmo de rigor.

Ante o exposto, nega-se provimento ao recurso.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0038989-02.2005.8.26.0002, da Comarca de São Paulo, em que é apelante BANCO ITAUBANK S/A, é apelado CARLOS ANDRÉ FERREIRA BOCCATO (NÃO CITADO).

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. Por maioria de votos.", vencido o Relator sorteado, que declara voto. **(Voto nº 28.933)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores GILBERTO DOS SANTOS, vencedor, MARINO NETO, vencido, GILBERTO DOS SANTOS (Presidente) e RENATO RANGEL DESINANO.

São Paulo, 3 de novembro de 2014.

GILBERTO DOS SANTOS, Relator Designado

Ementa: AÇÃO DE COBRANÇA. Saldo devedor de contrato bancário. Distribuição da ação no prazo para o seu exercício. Autor que jamais deixou paralisado o feito, envidando esforços para tentar localizar o réu. Demora na citação imputável aos mecanismos da Justiça. Impossibilidade, no caso, de se punir o autor com o decreto de prescrição intercorrente, pois em nenhum momento se verificou inércia sua. Aplicação da orientação ditada pela Súmula 106 do STJ. Recurso provido para afastar a extinção do processo.

VOTO

Trata-se de ação de cobrança de saldo devedor de contrato bancário pela quantia de R$ 38.500,89, cujo processo foi julgado extinto pela r. sentença de fls. 443/444, que reconheceu a prescrição intercorrente.

O autor apela (fls. 451/456) pedindo a reforma do julgado, pois jamais deixou o processo paralisado. A citação não aconteceu tão só porque, apesar das inúmeras diligências levadas a cabo, o réu ainda não foi localizado. Assim, não havendo desídia de sua parte, não pode ser punido com a extinção do feito.

Recurso preparado (fls. 457/458) e não respondido.

É o relatório.

Respeitado o convencimento da ilustre MMª. Juíza de primeiro grau, a r. sentença precisa ser reformada.

A ação foi distribuída em 16.06.2005 visa à cobrança de saldos de contratos bancários cujas parcelas se venceram entre março/2004 a agosto/2005.

A ordem de citação foi dada em 17.06.2005 (fls. 265) e desde lá se tenta encontrar o réu. Foram realizadas muitas diligências nos endereços conhecidos e também naqueles conseguidos por meio de ofícios expedidos para diversos órgãos (Receita Federal, Eletropaulo, Empresas de Telefonia, Banco Central etc.), porém sendo tudo em vão.

Assim, como se vê dos autos, em nenhum momento o autor deixou o feito abandonado. A última diligência fora realizada em 10.02.2011 (fls. 439) e a r. sentença proferida aos 30.09.2011, sendo importante destacar que nunca foi determinado ao autora que promovesse a citação do réu por edital.

Em tais circunstâncias, com todo o respeito, é verdadeiramente impossível dizer de "prescrição intercorrente", pois o autor não pode ser punido por fato a que não deu causa.

Ao meu sentir, aplica-se ao caso a disposição do art. 219, § 2º, do Código de Processo Civil, pois a demora na citação se deu exclusivamente por fato imputável ao serviço judiciário ou a outros fatores alheios, mas não imputáveis ao autor.

Nesse sentido, aliás, dispõe a Súmula 106 do Colendo Superior Tribunal de Justiça: "*Proposta a ação no prazo fixado para o seu exercício, a demora na citação, por motivos inerentes ao mecanismo da justiça, não justifica o acolhimento da arguição e prescrição ou decadência*".

Por tais razões, dou provimento ao recurso, para reformar a r. sentença, cassando a extinção do processo para que este tenha seu prosseguimento, com as medidas cabíveis.

DECLARAÇÃO DE VOTO VENCIDO

(Voto nº 14752)

Com o devido respeito, ouso divergir da solução assentada pela douta maioria, a quem rendo minhas homenagens.

Acesso ao Sumário

Cuida-se de apelação de sentença que julgou extinta ação de cobrança ajuizada por **Banco Itaubank S/A** em face de **Carlos André Ferreira Boccato**, nos termos do artigo 269, inciso IV, do Código de Processo Civil, diante do reconhecimento da prescrição. O banco foi condenado ao pagamento das custas e despesas processuais.

O apelante alega que desde o ajuizamento da ação vem tentando localizar o réu. Assim, não há que se falar em desídia ou inércia do banco, que não pode ser penalizado com o reconhecimento da prescrição. Discorre acerca da aplicação a Súmula 106 do Superior Tribunal de Justiça ao presente caso.

A ação monitória está embasada em contrato firmado em 05/02/2004. Desse modo, deve ser considerado o prazo quinquenal previsto para a pretensão de cobrança de dívida líquida constante de instrumento particular, nos termos do artigo 206, § 5º, inciso I, do Código Civil.

Ajuizou-se a ação em 16/06/2005 objetivando o recebimento de trinta e oito mil, quinhentos e noventa reais e nove centavos (R$ 38.590,09), decorrente do inadimplemento de um contrato de empréstimo, a ser pago em parcelas fixas entre 03/2004 e 08/2005.

O mandado de citação do réu retornou negativo, o que motivou o banco a requerer a expedição de ofício a diversos órgãos objetivando a localização dos endereços do réu. Nos novos endereços, entretanto, as diligências para localização do réu restaram infrutíferas entre os anos de 2005 e 2010.

Conquanto a ação tenha sido ajuizada tempestivamente, a citação não ocorreu nos termos do artigo 219, § 2º e § 3º, do Código de Processo Civil. O autor escolheu insistir, por mais de cinco anos, em diligências que se mostraram infrutíferas.

E continuar insistindo em diligências infrutíferas tornaria o processo interminável, o que contraria os princípios da eficiência e da celeridade processual.

Note-se que as exaustivas diligências poderiam ser afastadas com o requerimento de citação por edital, já que as inúmeras tentativas de citação do requerido, ao longo dos anos, não foram frutíferas. Vejam-se os comentários ao artigo 219, extraída do Código de Processo Civil de Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery:

"*(...) pelo CC 202, a interrupção se dá com o despacho, que será completado por outro ato: a citação. Trata-se de ato complexo. No sistema do CPC, a interrupção se dá pela citação, retroagindo seus efeitos à data da propositura da ação. Entendemos que, ainda que aparentemente possa parecer haver antinomia entre as duas regras, não há incompatibilidade entre o CPC 219 e o CC 202, porque, na prática, os efeitos do cumprimento de ambas as normas será o mesmo:* ***a) CC 202: o que determina a interrupção da prescrição é o***

despacho que ordenar a citação, que terá de ser feita necessariamente dentro do prazo e na forma do CPC 219 §§ 2º e 3º; b) CPC 219: o que determina a interrupção da prescrição é a efetiva citação, que terá de ser feita dentro do prazo e na forma do CPC 219 §§ 2º e 3º, retroagindo seus efeitos à data da propositura da ação *(despacho do juiz ou distribuição CPC 263). (...)*"

Nesse sentido:

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. AÇÃO MONITÓRIA. AUSÊNCIA DE CITAÇÃO DO RÉU. PRESCRIÇÃO INTERCORRENTE. OCORRÊNCIA. DECISÃO QUE SE MANTÉM, NA ÍNTEGRA, POR SEUS PRÓPRIOS FUNDAMENTOS.

1. Os fatos dados por incontroversos pelos autos são: I) a data de emissão do cheque é de 11/6/2003; II) a ação monitória foi ajuizada em 30/6/2005; III) não localização da ré; IV) não há pedido de citação por edital; V) até a prolação da sentença, em 13/12/2011, a devedora ainda não tinha sido citada. 2. O art. 219 do CPC, especificamente, em seu § 4º, é claro ao consignar: "Não se efetuando a citação nos prazos mencionados nos parágrafos antecedentes, haver-se-á por não interrompida a prescrição." 3. ***No presente caso, para que não se operasse a prescrição intercorrente, a citação válida da devedora deveria ter ocorrido dentro do período de cinco anos a contar da data de emissão do cheque. Não efetivada a citação tradicional, nem tendo o credor requerido ao Juízo fosse feita a citação por edital, para que, mesmo fictamente, se angularizasse a relação processual, possibilidade essa prevista na legislação processual, o prazo, dentro do procedimento monitório instaurado, transcorreu sem interrupção da prescrição****.*

4. Decisão agravada que se mantém por seus próprios fundamentos. 5. Agravo regimental não provido. (STJ, Ministro Relator Raul Araújo, j. 22/10/2013)

Posto isso, pelo meu voto negava provimento ao recurso para manter a r. sentença que reconheceu a ocorrência da prescrição.

MARINO NETO, Relator

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0049385-65.2009.8.26.0562, da Comarca de Santos, em que é apelante FÁBIO DE SOUZA LIMA (JUSTIÇA GRATUITA), é apelado VIAÇÃO PIRACICABANA LTDA..

Acesso ao Sumário

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 12ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Anularam, de ofício, a sentença proferida, restando prejudicado o apelo. V.U.", de conformidade com o voto do relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 19123)**

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

São Paulo, 4 de novembro de 2014.

JACOB VALENTE, Relator

Ementa: RESPONSABILIDADE CIVIL - Dano moral - Acidente rodoviário - Ação julgada improcedente, ao fundamento de inexistência de prova de que o autor se encontrava no interior do veículo no momento da colisão, além de inexistir prova de dano físico ou psicológico apto a sustentar o pleito de indenização por dano moral - Sentença que merece ser anulada - Fatos que serviram de fundamento para a improcedência do pedido que poderiam ser aferidos por outros meios, caso tivesse havido dilação probatória - Verdade real que deve ser buscada - Sentença anulada de ofício, nos termos do presente acórdão, prejudicada a apelação.

VOTO

1. Trata-se de recurso de apelação tirado contra a r. sentença que julgou improcedente a ação de indenização por dano moral decorrente de acidente rodoviário, movida por FÁBIO DE SOUZA LIMA, representado por sua genitora em razão de sua menoridade, em face de VIAÇÃO PIRACICABANA LTDA., ao fundamento de que nada há nos autos que comprove que o autor se encontrava no interior do ônibus no momento da colisão, além de inexistir comprovação de qualquer dano de ordem física ou psicológica que confirme a tese de que suportou dano moral.

Por conta da sucumbência ficou ele responsável pelo pagamento das custas, das despesas processuais e dos honorários advocatícios, com execução condicionada, porém, ao quanto disposto no art. 12 da Lei nº 1.060/50.

Inconformado, apela, aduzindo, em síntese, que por ser menor impúbere sempre está acompanhado dos seus genitores, que sequer possuem outro meio de transporte.

Acesso ao Sumário

Assevera que os danos morais se presumem e decorrem da própria dinâmica dos fatos que culminaram com o acidente descrito na inicial, cuja ocorrência não foi impugnada pela ré.

Finalmente, arguiu que tratando-se de responsabilidade objetiva, a reponsabilidade da ré é manifesta, sendo de rigor a reforma da decisão, com inversão do ônus da sucumbência.

Recurso formalmente em ordem, devidamente processado, sem preparo em face da gratuidade concedida ao autor e com resposta às fls. 96/100.

Anota-se a existência de parecer da Procuradoria Geral de Justiça às fls. 108/113 pugnando pela anulação da sentença por cerceamento de defesa, uma vez que o ponto fundamental da sentença poderia ter sido dirimido por meio da produção de outras provas que não a documental, o que não ocorreu.

É o relatório do necessário.

2. Atento ao parecer da Doutra Procuradoria Geral de Justiça, conclui-se que a sentença realmente merece ser anulada.

Isso porque, como bem mencionado pela Procuradora, a presença, ou não, do autor no ônibus, apta a amparar o pleito de indenização por dano moral por conta dos abalos psicológicos que afirmou ter sofrido, poderia ter sido aferida por meio da prova oral, seja ela o depoimento pessoal, seja por meio da oitiva de testemunhas.

E o fato de não ter constado o seu nome no boletim de ocorrência não comprova que não estava no coletivo no momento da colisão, fato que não foi nem minimamente negado pela ré, que afiançou, inclusive, que o autor em nenhum momento solicitou seu auxílio de forma administrativa.

De mais a mais, o acidente restou incontroverso, pretendendo a ré, apenas se esquivar da responsabilidade arguindo culpa de terceiro.

Anote-se, igualmente, que a ausência de lesão física tampouco se mostra apta a afastar o pleito de indenização por dano moral, que se traduz na dor interna suportada por alguém em detrimento de determinado fato.

Assim, em atenção à efetividade da jurisdição e com o objetivo de concretização da verdade real, anula-se a sentença de primeiro grau, determinando seja produzida prova oral, com vistas à apuração dos fatos controvertidos, somente após o quê deverá ser a lide decidida.

3. Anula-se, pois, de ofício, a sentença apelada, nos termos do presente acórdão, prejudicado o apelo.

ACÓRDÃO

Acesso ao Sumário

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0141489-17.2003.8.26.0100, da Comarca de São Paulo, em que é apelante ROMMEL & HALPE LTDA., é apelado BANCO ITAÚ S/A.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 11ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento em parte ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 14.833)**

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

São Paulo, 4 de novembro de 2014.

WALTER FONSECA, Relator

Ementa: DECLARATÓRIA DE NULIDADE DE TÍTULO EXECUTIVO EXTRAJUDICIAL - CONTRATO DE ABERTURA DE CRÉDITO EM CONTA CORRENTE - JULGAMENTO DE OFÍCIO COM RELAÇÃO AOS JUROS COBRADOS PELA INSTITUIÇÃO FINANCEIRA - JULGAMENTO EXTRA-PETITA CARACTERIZADO - Tratando-se de direito patrimonial disponível, é vedado ao juiz afastar cláusula contratual de ofício - No caso, os autores apelantes não alegaram ilegalidade alguma acerca da cobrança juros acima do patamar legal de 12% ao ano. Sentença parcialmente anulada, nessa parte.

DECLARATÓRIA DE NULIDADE DE TÍTULO EXECUTIVO EXTRAJUDICIAL - CONTRATO DE ABERTURA DE CRÉDITO EM CONTA CORRENTE - ILEGALIDADE E ILEGITIMIDADE DE SAQUE DE LETRA DE CÂMBIO EM RAZÃO DE SALDO DEVEDOR EM ABERTO - DESCABIMENTO - O instrumento pactuado entre as partes permitia o saque da aludida letra de câmbio, com o qual anuíram os autores, livre e espontaneamente. A prova pericial aferiu que o saldo devedor da conta corrente da autora atingiu valor quase igual ao expresso na letra de câmbio, não havendo, por isso, verdade na alegação de incerteza, iliquidez e inexigibilidade. Recurso desprovido, nessa parte.

Acesso ao Sumário

DECLARATÓRIA DE NULIDADE DE TÍTULO EXECUTIVO EXTRAJUDICIAL - CONTRATO DE ABERTURA DE CRÉDITO EM CONTA CORRENTE - PRETENSÃO DE AFASTAMENTO DA CAPITALIZAÇÃO DOS JUROS - DESCABIMENTO - Não há capitalização de juros nos contratos abertura de crédito em conta corrente/ cheque especial, na medida em que o crédito utilizado pelo mutuário em um mês passa a constituir um novo empréstimo no mês seguinte, e além do mais, havendo pagamento parcial da dívida, imputam-se primeiro os juros vencidos, que não se incorporam ao capital para cálculo do mês seguinte. Recurso desprovido, nessa parte.

VOTO

Vistos...

Ação declaratória de nulidade de título executivo extrajudicial, precedida de medida cautelar inominada, julgadas improcedentes, sob o fundamento de que é válido e legítimo o saque de letra de câmbio autorizada por contrato de abertura de crédito em conta corrente, sendo seu protesto o meio hábil para comprovar a mora do devedor. Concluiu-se pela não ocorrência de onerosidade excessiva no contrato de abertura de crédito de conta corrente que deu origem à Cédula de Crédito Bancário, ficando afastada a limitação de juros em taxa superior a 12% ao ano e a alegação de ocorrência de anatocismo (fls. 524/558).

Inconformados, os autores interpõem recurso de apelação, arguindo, em preliminar, julgamento *extra petita* com relação à tese de limitação dos juros. No mérito, a ilegalidade da capitalização de juros sobre juros no contrato celebrado entre as partes. Assere que o saldo devedor existente na conta corrente não é o mesmo cobrado pela Letra de Câmbio, o que lhe retira os caracteres de liquidez, certeza e exigibilidade, bem como a ilegalidade do saque do aludido título. Perseguem, assim, o acolhimento da preliminar e no mérito, a reforma da r. sentença com a procedência da ação (fls. 542/554).

Tempestivo, preparado e respondido, o recurso está pronto para julgamento.

É o relatório.

Inicialmente, verifica-se que parte da r. sentença incorreu em julgamento *extra petita*.

É que os autores apelantes não alegaram ilegalidade alguma acerca da cobrança de juros acima do patamar legal de 12% ao ano, de modo que, tratando-

Acesso ao Sumário

se de direito patrimonial disponível, sem o pedido e a causa de pedir respectiva, não poderia o juiz singular apreciar a questão.

Nesse sentido, verifica-se que não houve irresignação ou inconformismo na petição inicial quanto aos juros remuneratórios aplicados pela instituição bancária, mas, tão somente, pedido de afastamento de suposto anatocismo praticado pelo banco apelado.

No mérito, o recurso não merece guarida.

Não há se falar em saque indevido de letra de câmbio, por ausência de previsão contratual.

Como se infere, houve estipulação na Proposta da Abertura de Conta Corrente - Pessoa Jurídica, existindo cláusula específica por meio da qual o cliente autoriza o banco credor, a sacar título de crédito em virtude de saldo devedor em aberto.

Para maior clareza, transcreve-se o teor das aludidas cláusulas contratuais: "*5.7 - O Cliente autoriza o banco a sacar, letras de câmbio para a cobrança de qualquer quantia em atraso. 5.7.1 - O Cliente obriga-se a aceitar essas letras de câmbio, mesmo se apresentadas para aceite por terceiros.*" (fls. 55).

Assim, o instrumento pactuado entre as partes possibilitava o saque da aludida letra de câmbio, com o qual anuíram os autores, livre e espontaneamente.

Da mesma forma, não há se falar em descompasso entre o valor cobrado no título e saldo devedor da conta corrente da autora.

A prova pericial aferiu que o saldo devedor da conta corrente da autora atingiu valor quase igual ao expresso na letra de câmbio, não havendo, por isso, verdade na alegação de incerteza, iliquidez e inexigibilidade.

Ficou assentado no *decisum* atacado que: "*O minucioso e preciso laudo do perito judicial esclareceu que, de acordo com os extratos bancários da conta corrente da autora, constatou-se que foram efetuados saques a descoberto, externo, sem provisão de fundos, de forma ininterrupta no período de 13.05.2002 até 15.09.2003. Destacou que o saldo devedor da conta corrente da autora atingiu o valor quase idêntico ao da letra de câmbio (fls. 457). Por fim, afirmou que de acordo com as taxas de juros aplicadas pelo réu, o saldo devedor da autora, apurado aos 15.09.2003 (data do último lançamento) atinge a quantia de R$7.470,39*" (fls. 525).

Não há ilegalidade ou abusividade, pois, que macule a letra de câmbio sacada pelo banco réu.

Por outro lado, inexistiu capitalização de juros, na hipótese dos autos.

Necessária a compreensão sobre o contrato de abertura de crédito ou de cheque especial (fls. 482/483), que tem característica peculiar. É que o banco coloca à disposição do correntista a possibilidade de utilizar dinheiro

que não possui. Então, com a utilização desse dinheiro, a conta fica com saldo negativo, isto é, o correntista, por sua vontade, passa a ser devedor de mútuo, mas com dever de cobrir o saldo negativo periodicamente, para que o credor possa cobrar os juros. Não há empréstimo bancário sem o pagamento de juros remuneratórios. Assim, se o correntista deixa de efetuar o depósito, para que o banco receba os juros, entende-se que o correntista obteve novo crédito, com cujo montante pagou o que devia, inclusive os juros então incidentes. Não se vê, em consequência, a ocorrência do anatocismo, impróprio cogitar-se de capitalização de juros.

Havia o dever de ser providenciado saldo credor suficiente para que, mensalmente, ou ao término do período estabelecido, pudesse o réu cobrar os juros. Se o correntista cumprir estritamente sua obrigação de providenciar saldo no dia determinado no mês para que o banco cobre os juros, jamais acontecerá a capitalização de juros. Mas, se a conta não for suprida de dinheiro suficiente para o débito mensal dos juros, há que se entender que esse valor dos juros debitados significa novo empréstimo concedido pelo banco. Só assim haverá tratamento igual a quem paga em dia os juros contratuais e a quem deixa de providenciar o saldo para que haja a cobrança dos juros contratuais.

Cabe notar que uma pessoa pode celebrar um contrato com o banco A e, no vencimento do mútuo, obter do banco B o dinheiro para o pagamento ao banco A. No vencimento desse segundo empréstimo, o pagamento ao banco B é feito com dinheiro obtido junto ao banco A. Ora, se assim não haveria a caracterização de anatocismo, também não se pode concluir pela capitalização de juros pelo pagamento ao banco A mediante a obtenção de novo empréstimo com o mesmo banco A. Cada contrato, no caso, deve ser analisado isoladamente. Assim, não se dará a capitalização de juros.

Se possível fosse cogitar de capitalização de juros, ainda assim haveria obstáculo bastante sério para a caracterização do anatocismo, pois é necessário levar em consideração o preceituado no art. 993 do Código Civil, que dispõe que, havendo capital e juros, o pagamento imputar-se-á primeiro nos juros vencidos, e, depois no capital, salvo estipulação em contrário, ou se o credor passar a quitação por conta do capital. Cada vez que se realiza crédito na conta, há o pagamento dos juros, de modo a impedir a sua capitalização, nos termos do disposto no art. 993 do Código Civil de 1916 (art. 354 do Código Civil atual). Pagos os juros, não haveria a sua inclusão no capital ainda pendente de pagamento. Qualquer crédito realizado na conta afasta a eventual possibilidade de capitalização, se o seu montante for suficiente para o pagamento dos juros.

Pelo exposto, **dá-se parcial provimento ao recurso**, para anular a parte *extra petita* da r. sentença com relação aos juros remuneratórios, que não foram objeto de pedido na inicial, remanescendo, no mais, a improcedência da ação.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0068754-68.2012.8.26.0100, da Comarca de São Paulo, em que é apelante FABIO LUIZ CIFARELLI MONTEIRO, é apelado BANCO SANTANDER (BRASIL) S/A.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 12ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 18192)**

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

São Paulo, 4 de novembro de 2014.

JOSÉ REYNALDO, Relator

Ementa: Responsabilidade civil. Cancelamento imotivado, pelo banco réu, de financiamento noticiado à concessionária do veículo adquirido pelo autor. Dever de indenizar configurado. Exposição do financiado à situação vexatória, colocando em dúvida sua idoneidade perante terceiro. Dano moral. Valor. Arbitramento. Observância da repercussão restrita do fato, bem como do princípio da modicidade e da finalidade de compensar o lesado sem propiciar seu enriquecimento sem causa. Ação procedente. Apelação provida.

VOTO

Ao relatório da r. sentença de fls. 66/67, acrescenta-se que ação de indenização de danos morais decorrentes de cancelamento de crédito concedido para o financiamento de veículo foi julgada improcedente, condenando do autor ao pagamento das custas processuais e honorários de advogado, arbitrados em 10% (dez por cento) do valor da causa.

Apela o demandante, apontando o equívoco do entendimento constante do julgado, visto que nesta demanda não se discute o dano material resultante do cancelamento do financiamento já concedido, mas sim o dano moral acarretado pela negligência do réu na prestação dos serviços bancários. Afirma que o documento de fls. 16 comprova o envio, pelo banco, de uma carta à concessionária

em que o veículo foi adquirido, com reserva de alienação fiduciária, o que permitiu que a compra se efetivasse, tendo sido faturado o bem e concluído o negócio jurídico. Ressalta que sem qualquer justificativa, o demandado desistiu de financiar o veículo, emergindo daí a situação vexatória, uma vez que sua honestidade foi colocada à prova. Por conta desta atitude da instituição bancária, teve que recorrer a terceiros para honrar o negócio celebrado com a concessionária. Aponta a presença do dever de indenizar, conforme disposto no artigo 5º, V e X, da Constituição Federal e artigos 186 e 927 do Código Civil. Informa que no mesmo dia em que o réu enviou a correspondência noticiando o desfazimento do negócio, acabou por aprovar a abertura de sua conta-corrente, com a remessa de cartão de crédito e concessão de um limite de "Cheque Especial" de R$5.000,00 (cinco mil reais). Reputa preenchidos os requisitos autorizadores da reparação pretendida, como o nexo de causalidade caracterizado pela prática lesiva, sendo indiscutível a reponsabilidade objetiva do banco. Afirma que os prejuízos morais suportados não precisam ser comprovados, pois são danos *in re ipsa*. Entende necessária a reforma do julgado, nos termos dos artigos 927 e 932, III, do Código Civil e artigo 14 do Código de Defesa do Consumidor, a fim de condenar o demandado ao pagamento de indenização fixada em valor não inferior a R$38.000,00 (trinta e oito mil reais), invertendo-se os ônus da sucumbência.

Recurso preparado, recebido em seus regulares efeitos e respondido, com pedido de desprovimento.

Determinada a intimação dos interessados facultando eventual oposição ao julgamento virtual, nos termos dos artigos 1º e 2º da Resolução 549/2011, do Órgão Especial deste Tribunal, o prazo legal transcorreu *in albis*.

É o relatório.

A irresignação posta nas razões do recurso merece acolhida.

Da análise da prova documental produzida, verifica-se que na data de 25/11/2009, o banco réu, ora apelado, autorizou expressamente o faturamento de um veículo em nome do autor, ora apelante, com reserva de alienação fiduciária (fls. 16), o que foi levado a cabo no dia seguinte, conforme documento auxiliar da nota fiscal eletrônica de fls. 15.

Sem qualquer explicação, contudo, dois dias após a referida autorização de faturamento, o banco informou, pura e simplesmente, o cancelamento do financiamento (fls. 20).

Ora, com tal conduta, noticiando um financiamento em nome do autor para depois o cancelar sem justificativa plausível, expôs o financiado à situação vexatória, colocando em dúvida sua idoneidade perante terceiro.

O silêncio, no caso, é eloquente e permite ilação de desconfiança que atinge a reputação do financiado frustrado.

Acesso ao Sumário

A tese ventilada na contestação, de que o cancelamento do financiamento teria ocorrido após a análise do crédito do demandante, não passa de mera alegação destituída de comprovação e verossimilhança.

Isto porque, se o autor não fizesse jus ao financiamento, por qual motivo o banco, na mesma data dos fatos acima narrados, concederia a ele um limite de crédito em conta-corrente e cartão de crédito?

O prejuízo moral sofrido pelo autor é incontestável, dispensando-se, neste caso, a prova de sua repercussão, por se tratar de dano *in re ipsa*.

Devido à repercussão restrita dos fatos, condena-se o banco réu ao pagamento de indenização ao autor, arbitrada em R$5.000,00 (cinco mil reais), também com observância do princípio da modicidade e da finalidade de compensar o lesado sem propiciar seu enriquecimento sem causa.

Tal valor deverá ser acrescido de correção monetária a partir da data da publicação deste acórdão (Súmula 362 do Superior Tribunal de Justiça) e de juros de mora legais a contar da citação.

Em razão da sucumbência, o demandado deverá arcar com o pagamento das custas e despesas processuais, bem ainda dos honorários advocatícios, fixados em 20% (vinte por cento) do valor da condenação, nos moldes do artigo 20, § 3º, do Código de Processo Civil.

Por estes motivos, dá-se provimento ao recurso.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0001846-35.2011.8.26.0077, da Comarca de Birigui, em que são apelantes FABIANO TEIXEIRA GIACOMELI e F. T. GIACOMELI TRANSPORTES ME, é apelado RFR COMÉRCIO E RECICLAGEM DE METAIS 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 15451)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores JACOB VALENTE (Presidente sem voto), SANDRA GALHARDO ESTEVES e CERQUEIRA LEITE.

São Paulo, 4 de novembro de 2014.

TASSO DUARTE DE MELO, Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: RESTITUIÇÃO DE VALORES. Transporte de carga. Frete pactuado em R$ 2.000,00. Autor que realizou depósito equivocado no valor de R$ 20.000,00. Nulidade da sentença. Inocorrência. Ainda que não configurada a revelia decretada pela sentença, os réus não se desincumbiram do ônus da impugnação específica, contestando o feito de forma genérica. Valor do frete e erro no pagamento que restaram incontroversos nos autos. Prova testemunhal desnecessária. Art. 334, III, do CPC. Sentença mantida.

Recurso não provido.

VOTO

Trata-se de apelação interposta por F. T. Giacomeli Transportes ME e Outro (fls. 160/168) contra a r. sentença proferida pela MMª. Juíza da 3ª Vara Cível da Comarca de Birigui, Dra. Cassia de Abreu (fls. 151/154), que julgou procedente o pedido deduzido na ação de restituição de valores ajuizada por RFR Comércio e Reciclagem de Metais Ltda. em face dos Apelantes para condená-los a restituir a quantia R$ 18.000,00 (dezoito mil reais) à Apelada, em razão de pagamento a maior por equívoco.

Asseveram os Apelantes a nulidade da r. sentença. Para tanto, sustentam que, além de não lhes ter sido permitida a produção da prova testemunhal requerida, a sua revelia não poderia ter sido decretada, pois, não obstante o não oferecimento de contestação após a sua citação por correio, o próprio juízo *a quo* teria ordenado a renovação do ato por mandado, por decisão não recorrida, tendo sido ofertada contestação tempestivamente após a sua citação por oficial de justiça. Pugnam pela anulação da r. sentença.

O recurso é tempestivo.

Contrarrazões às fls. 172/179.

É o relatório.

O recurso não comporta provimento.

Pretende a autora, ora Apelada, a restituição do valor de R$ 18.000,00 (dezoito mil reais), pago a maior aos Apelantes em contraprestação aos serviços de transporte de sucata contratados.

Alega que, por erro operacional, depositou a quantia de R$ 20.000,00 (vinte mil reais) na conta bancária dos Apelantes, ao invés do valor acordado de R$ 2.000,00 (dois mil reais).

Os réus, ora Apelantes, inicialmente foram citados por cartas e não

Acesso ao Sumário

ofertaram contestação no prazo legal (fls. 92, 96 e 97).

O juízo *a quo*, ao verificar que a citação "não foi efetivada na pessoa das requeridas, nada constando nos autos a demonstrar que os réus efetivamente tomaram conhecimento do ajuizamento desta ação", determinou a renovação do ato citatório, dessa vez por mandado, "em obediência ao princípio do contraditório e da ampla defesa" (fls. 100).

Citados os Apelantes por oficial de justiça (fls. 107), eles apresentaram contestação tempestivamente (fls. 109/112), mas o juiz de primeiro grau, ao notar que a carta de citação da transportadora Apelante foi recebida pela mesma pessoa posteriormente arrolada pelos Apelantes como testemunha, considerou válida a citação anteriormente realizada por correio e decretou a revelia dos Apelantes na r. sentença.

Daí a insurgência dos Apelantes, sobretudo pelo fato da r. decisão que determinou a renovação do ato citatório não ter sido objeto de recurso pela parte contrária.

Em que pese o *error in procedendo* do juízo *a quo*, até porque a renovação do ato citatório, pelo menos do Apelante Fabiano - pessoa física -, era mesmo de rigor, pois recebida a carta por outra pessoa - Nelci C. de Souza (fls. 96) - o que prova que ele não tomou conhecimento da demanda na ocasião, o julgamento de procedência do pedido inicial deve ser mantido.

Isso porque, pela leitura da contestação, verifica-se que os Apelantes não negam a alegação do Apelado de que o valor contratado pelo frete era de R$ 2.000,00 (dois mil reais). Apenas afirmam genericamente que "os serviços foram prestados, não ficando nem débito, nem nenhum haver para a Autora, pois foram realizados os fretes" (fls. 111).

Assim, independentemente da discussão acerca da aplicação ou não dos efeitos da revelia, os Apelantes não se desincumbiram do ônus da impugnação especificada, o que implica, de qualquer forma, a presunção de veracidade dos fatos alegados na petição inicial, na forma do disposto no art. 302, *caput*, do CPC.

Acesso ao Sumário

Quanto ao alegado cerceamento de defesa em razão do julgamento da lide sem a produção da prova testemunhal requerida, melhor sorte não assiste aos Apelantes.

Isso porque restou incontroverso o preço pactuado entre as partes pelos serviços de transporte prestados pelos Apelantes e, portanto, desnecessária a produção de prova testemunhal, nos termos do disposto no art. 334, III, do CPC, não havendo, portanto, que se falar em nulidade da r. sentença.

Ressalte-se que os Apelantes também não impugnaram nenhum dos documentos que instruem a petição inicial, em especial o *fax* de fls. 16, enviado pelo Apelante Fabiano à Apelada, informando os dados bancários para o depósito

do valor de R$ 2.000,00 (dois mil reais), "REFERENTE AO TRANSPORTE DE SUCATAS DE PENÁPOLIS PARA GUARULHOS", documento datado de 11/09/2008, mesma data do depósito equivocado da Apelada (fls. 18/19), o que confere bastante verossimilhança às alegações contidas na petição inicial.

De rigor, portanto, a manutenção da r. sentença tal como prolatada.

Diante do exposto, nega-se provimento ao recurso.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0022933-02.2011.8.26.0577, da Comarca de São José dos Campos, em que são apelantes CLARA DE FATIMA REZENDE, JORGE LUIZ REZENDE e TANCREDO REZENDE FILHO, é apelado ITAÚ UNIBANCO S/A (ATUAL DENOMINAÇÃO DE BANCO ITAÚ S/A).

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 11ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 15653)**

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

São Paulo, 6 de novembro de 2014.

MARINO NETO, Relator

Ementa: AÇÃO REVISIONAL DE CONTRATO DE FINANCIAMENTO IMOBILIÁRIO - SENTENÇA DE PARCIAL PROCEDÊNCIA - APELAÇÃO - PRETENSÃO DE REAJUSTE DAS PRESTAÇÕES SEGUNDO O PLANO DE EQUIVALÊNCIA SALARIAL - PES/CP - DESCABIMENTO - Conquanto o contrato tenha sido celebrado sob a égide do PES/CP, inexistem indícios de que o agente financeiro não tenha reajustado as prestações do financiamento de acordo com as normas vigentes para as hipóteses em que o mutuário não comprovou sua variação salarial junto à instituição mutuante.

Recurso não provido.

Acesso ao Sumário

VOTO

Trata-se de apelação de sentença que julgou improcedente a ação declaratória com depósito de prestações do Sistema Financeira da Habitação[1], proposta por **Clara de Fatima Rezende e outros** em face de **Itaú Unibanco S/A**, sob o fundamento de que o reajuste das prestações deve contemplar, além daquele aplicado à categoria profissional do mutuário, também o percentual relativo ao seu ganho real de salário, razão pela qual se faz imprescindível a juntada dos contracheques dos autores para computar a evolução real de seus vencimentos.

Nas razões de apelação, os autores requerem a aplicação do Plano de Equivalência Salarial por Categoria - PES/CP para o reajuste das prestações, nos exatos termos do artigo 9º do Decreto-Lei nº 2.164/84, com a redação dada pela Lei nº 8.004/90, observados seus parágrafos.

O recurso foi respondido.

É o relatório.

O Plano de Equivalência Salarial PES, instituído pelo Decreto-Lei nº 2.164/84[2], estabeleceu que as prestações do financiamento imobiliário fossem corrigidas de acordo com o ganho salarial real da categoria profissional.

Contudo, ficou verificada a impossibilidade dos agentes financeiros procederem à atualização da prestação dos financiamentos de acordo com cada uma das categorias profissionais existentes, de modo que, para viabilizar o cumprimento do ordenamento legal, o Banco Central do Brasil editou a Resolução nº 1.368/87, estabelecendo que caberia ao mutuário comprovar o real aumento salarial da categoria perante o financiador.

Assim, nas hipóteses em que o mutuário não procedesse à comprovação do seu aumento salarial, ficou autorizado que o agente financeiro procedesse ao reajuste da prestação do financiamento de acordo com a variação do salário mínimo.

Tal comando normativo não colide com o objetivo do PES/CP, ficando autorizado ao mutuário, inclusive, requerer junto ao financiador a revisão do valor da prestação, desde que comprovando o aumento real do salário de acordo com sua categoria profissional.

No caso dos autos, ao que tudo indica os autores não forneceram os comprovantes dos ganhos salariais no decorrer do contrato, de forma que a evolução das prestações foi realizada da forma autorizada pelos órgãos governamentais.

Assim, os mutuários ainda teriam, ao menos em tese, o direito de rever

Acesso ao Sumário

1 Valor da causa: CR$ 100.000,00 (cem mil cruzeiros reais), em junho de 1994.

2 Institui incentivo financeiro para os adquirentes de moradia própria através do Sistema Financeiro da Habitação, a equivalência salarial como critério de reajustamento das prestações e dá outras providências.

os valores de suas prestações de acordo com a equivalência salarial de sua categoria profissional. Mas, para isso, não bastava o simples requerimento na petição inicial. Era necessária a juntada dos comprovantes de ganho real da categoria profissional com a inicial, o que não ocorreu no caso de interesse.

Posto isso, nega-se provimento ao recurso.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0001309-70.2010.8.26.0660, da Comarca de Viradouro, em que é apelante APPARECIDA DOMINGOS BAGATIN (JUSTIÇA GRATUITA), é apelado BANCO BRADESCO FINANCIAMENTOS 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. Por maioria de votos. Declara o Revisor.", de conformidade com o voto do relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 11958)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores CASTRO FIGLIOLIA (Presidente sem voto), ACHILE ALESINA e MANOEL MATTOS.

São Paulo, 4 de dezembro de 2014.

COELHO MENDES, Relator

Ementa: INEXIGIBILIDADE DE DÉBITO. EMPRÉSTIMOS CONSIGNADOS EM BENEFÍCIO PREVIDENCIÁRIO. PROVA COLACIONADA DEMONSTRA A REALIZAÇÃO DOS EMPRÉSTIMOS POR PARTE DA PRÓPRIA AUTORA. SENTENÇA DE IMPROCEDÊNCIA. MANUTENÇÃO. INTELIGÊNCIA DO ARTIGO 333, INCISO I, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. RECURSO NÃO PROVIDO.

VOTO

Vistos.

Trata-se de apelação interposta contra a r. sentença de fls. 175/177, que julgou improcedentes os pedidos, condenando a autora no pagamento das custas, despesas processuais e honorários advocatícios arbitrados em R$ 1.000,00, observada a gratuidade concedida.

A autora apela buscando a reforma do julgado. Insiste na não realização

dos empréstimos e atribui prática de estelionato à filha por abuso do instrumento de mandato outorgado a ela.

Pretende ver reconhecida a responsabilidade objetiva da instituição bancária e dano moral nos moldes descritos na inicial.

Recurso processado e respondido (fls. 188/208).

É o relatório.

Cuida-se de ação declaratória de inexistência de relação jurídica cumulada com dano moral proposta por APPARECIDA DOMINGOS BAGATIN contra o BANCO BRADESCO FINANCIAMENTOS S/A (sucessor do BMC-S/A).

Na petição inicial a apelante afirmou ser analfabeta e por não ter condições de gerir sozinha os atos de sua vida civil outorgou procuração pública no ano de 2001 à filha Andréia Aparecida Bagatin Pereira, objetivando precipuamente, o recebimento de seu benefício previdenciário.

Sustentou que a procuradora começou de forma maliciosa a efetuar empréstimos consignados em nome da apelante. A constatação desse abuso se deu no ano de 2007, quando então, efetuou a revogação da procuração.

No entanto, a procuradora, mesmo diante da revogação da procuração, continuou a realizar empréstimos em nome da apelante.

Assim, alegou negligência da instituição financeira e pediu a declaração da inexigibilidade do débito e dano moral.

Em resposta o apelado arguiu, em suma, a regularidade da contratação. Juntou cópias dos instrumentos firmados (fls. 76/130).

Questionados sobre as provas que pretendiam produzir pela autora foi requerido o julgamento antecipado (fls. 162) e pelo réu a produção de prova oral e depoimento pessoal (fls. 163).

Os pedidos foram julgados improcedentes. O recurso não comporta provimento.

Com bem salientado pelo magistrado singular era ônus da autora comprovar que os contratos de mútuos acostados aos autos foram firmados à sua revelia, com base na procuração outorgada.

Todavia, o que se verifica dos autos é que em nenhum dos contratos trazidos pelo apelado foi firmado pela filha da apelante.

Na realidade, constata-se que os empréstimos foram tomados pela própria apelante, por meio de impressão digital e na presença de duas testemunhas, sendo uma delas o próprio filho da apelante João Luiz Bagatin (fls. 95 e 115).

Assim, entendo que o analfabetismo da apelante restou suprido pela presença do filho, que firmou o contrato como testemunha.

Acrescente-se tratar de pessoa de sua confiança e tal circunstância fática vem de encontro as alegações postas no pedido inicial, quando há referência

Acesso ao Sumário

de que os contratos de empréstimos foram firmado por meio de procuração outorgada à filha e já revogada.

Com efeito, a hipótese dos autos é outra, isto é, o contrato foi celebrado pela própria autora (embora somente sua digital não seja suficiente), seu filho atuou como testemunha, caracterizado o disposto no artigo 595 do Código Civil.

Nesse contexto, a improcedência era de rigor, mesmo porque a apelante requereu o julgamento antecipado da lide.

Finalmente, apenas para evitar futuros questionamentos desnecessários observo que tenho por expressamente ventilados, neste grau de jurisdição, todos dispositivos legais e constitucionais citados em sede recursal.

Saliento ainda que a função do julgador é decidir a lide de modo fundamentado e objetivo, portanto, desnecessário o enfrentamento exaustivo de todos os argumentos elaborados pelas partes.

Pelo exposto, NEGO PROVIMENTO ao recurso, nos termos acima.

DECLARAÇÃO DE VOTO VENCIDO

(Voto nº 611)

Adotando o relatório do douto relator, registro minha divergência quanto ao tema.

O cerne da questão travada nos autos está na validade do contrato por se tratar a autora, ora apelante, pessoa analfabeta.

Em que pese constar a impressão digital no contrato na presença de duas testemunhas, saliente-se que a mesma (impressão digital) não é requisito essencial de validade do negócio jurídico. Aplicáveis "in casu" os artigos 104 e 166 do Código Civil.

Além disso, diante do atributo excepcional da autora, era e é mesmo caso de o dito contrato ser firmado por instrumento público, conforme o determinado pelo art. 215, § 2º, do Código Civil e art. 306 do Código de Processo Civil.

Neste sentido:

0000779-20.2012.8.26.0200 Apelação/Cédula de Crédito Bancário
Relator(a): Lígia Araújo Bisogni

Comarca: Gália

Órgão julgador: 14ª Câmara de Direito Privado

Data do julgamento: 25/02/2014

Data de registro: 25/02/2014

Ementa: ANULATÓRIA DE DÉBITO C.C. RESTITUIÇÃO E PEDIDO LIMINAR PARA SUSPENSÃO DE DESCONTOS - Empréstimo

Acesso ao Sumário

Bancário Consignado - Prestações descontadas junto aos proventos de aposentadoria do autor junto ao INSS - Autor que é analfabeto e nega a realização do aludido empréstimo - Contrato firmado por impressão digital - Afronta a normas e princípios jurídicos - Nulidade - Inteligência dos arts. 166, inciso V e 222, ambos do Código Civil - Precedentes - Restituição das prestações pagas, atualizadas de cada desembolso - Procedência parcial da ação que merece ser mantida, por seus jurídicos fundamentos - Inteligência do art. 252, do RITJESP - Recurso não provido.

9001844-51.2009.8.26.0506 Apelação/Bancários

Relator(a): Denise Andréa Martins Retamero

Comarca: Ribeirão Preto

Órgão julgador: 11ª Câmara de Direito Privado

Data do julgamento: 17/01/2013

Data de registro: 04/02/2013

Ementa: REQUISITOS DE VALIDADE DO NEGÓCIO JURÍDICO - Contrato de Mútuo - Instrumento particular com aposição de impressão digital - Contratante analfabeta induzida a erro - A Apelante agiu de modo irresponsável, sem tomar as devidas cautelas, ao firmar contrato de mútuo com a Apelada, mediante ato enganoso de terceiro - Vício de consentimento - Para ser considerado válido, o contrato deveria ter sido firmado por instrumento público ou por procurador constituído por instrumento público - Dever de devolução dos valores pagos. DANOS MORAIS - Apontamento do nome da autora nos órgãos de proteção do crédito de forma irregular - Existência de outras anotações posteriores - Condenação por danos morais - Inaplicabilidade da Súmula 385 do STJ - Recurso parcialmente provido.

Resta ser nulo, pois, o contrato, eis que não revestido dos requisitos formais para sua validade.

Dessa forma, patente a responsabilidade do banco pelos danos morais que prescindem de comprovação por serem "*in re ipsa*" ou "*demnum ex facto*". A fixação da indenização em R$ 15.000,00 (quinze mil reais) está de acordo com critério usual dessa Câmara.

Frise-se que tal quantia foi assentada parcimoniosamente e em adequação ao quadro dos autos. Tal "quantum" não representa empobrecimento do réu e nem enriquecimento sem causa da autora, observados assim os princípios do desestímulo ao ofensor e de lenitivo à vítima.

Portanto, meu voto é pela reforma da r. sentença.

Assim, respeitado entendimento em sentido contrário do Des. Relator, pelo meu voto divergente, dá-se provimento ao recurso, invertidos os ônus da

Acesso ao Sumário

sucumbência.

ACHILE ALESINA, Desembargador, Revisor vencido

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 4006510-20.2013.8.26.0320, da Comarca de Limeira, em que é apelante F.S.V.S., é apelado JUÍZO DA COMARCA.

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 17.104)**

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

São Paulo, 25 de novembro de 2014.

CARLOS ALBERTO GARBI, Relator

Ementa: RETIFICAÇÃO DE ASSENTO DE NASCIMENTO E CASAMENTO. EXCLUSÃO DE PATRONÍMICO. Pretensão do autor de excluir o patronímico "..." de seu Registro de Nascimento e Casamento. Ausência de erro ou motivo justo a autorizar a exclusão pretendida, em prejuízo do patronímico dos ascendentes do autor. A lei não autoriza a simples exclusão do nome de família, sem qualquer motivo justo, tais como a adoção ou o término do casamento. O nome de família não pode ser excluído mesmo quando adotado o nome do cônjuge ou companheiro. Recurso não provido.

VOTO

1. – O autor – **F.S.V.S.** – recorreu da sentença proferida pelo Doutor ALEX RICARDO DOS SANTOS TAVARES que julgou improcedente o pedido de retificação do nome constante em sua certidão de nascimento e casamento. Pretende o autor excluir o patronímico "...". Sustentou, no recurso, que há justo motivo para a retificação do nome, que é a adoção de patronímico único e a satisfação do direito de personalidade. Alegou que reside nos Estados Unidos, onde é

Acesso ao Sumário

conhecido por F.S.V., e ao adquirir a cidadania americana, optou por excluir o sobrenome "...", o que é permitido naquele país. No entanto, a diferença lhe causa transtornos e dissabores junto aos serviços de imigração e polícias de fronteira quando vem ao Brasil em razão de vínculos familiares e quando retorna àquele país. Acrescentou que também ocorrem dificuldades quanto à sua identificação em relação a transferências interbancárias que realiza entre os dois países. Alegou que a alteração do sobrenome é permitida pela legislação, tanto que permite ao cônjuge a adoção do sobrenome do marido ou da mulher. Acrescentou que sua esposa, por ocasião do casamento, adotou apenas o patromínico "V.", passando a se chamar M.Y.M.**V.**. Pediu o provimento do recurso para julgar procedente o pedido de retificação da sua certidão de nascimento e casamento.

A Procuradoria de Justiça, pelo parecer da Doutora LILIANA ALLODI ROSSIT, opinou pelo provimento do recurso.

É o relatório.

2. – De acordo com o art. 57 da Lei de Registros Públicos, somente é permitida a alteração do nome "***por exceção e motivadamente***".

Em que pese a insurgência do autor, e respeitado o entendimento em sentido contrário da Douta Procuradora de Justiça, não há justo motivo para supressão do nome de família, conforme pretendido pelo autor. O sobrenome que se pretende excluir não é vexatório e também não se trata de hipótese de erro no registro.

Vale ressaltar que a lei não permite a exclusão do nome de família, mesmo na hipótese de casamento. O que a lei permite é a inclusão (o acréscimo) do nome de família do cônjuge, sem exclusão dos apelidos próprios de sua família. Nesse sentido o Código Civil autoriza, em seu art. 1.565, § 1º, que "qualquer dos nubentes, querendo, poderá **acrescer** ao seu o sobrenome do outro." (grifei). Nesse sentido, o Egrégio Superior Tribunal de Justiça já decidiu:

"1. O pedido formulado pelos recorrentes tem por objeto a supressão do patronímico paterno - utilizado para identificar a família, composta por um casal e três menores de idade - em virtude das dificuldades de reconhecimento do sobrenome atual dos recorrentes como designador de uma família composta por praticantes do Judaísmo. 2. As regras que relativizam o princípio da imutabilidade dos registros públicos não contemplam a possibilidade de exclusão do patronímico paterno por razões de ordem religiosa - especialmente se a supressão pretendida prejudica o apelido familiar, tornando impossível a identificação do indivíduo com seus ascendentes paternos. Art. 56 da Lei 6.015/73. 3. O art. 1.565, §1º, do CC/02 em nenhum momento autoriza a supressão ou substituição do sobrenome dos nubentes. Apenas faculta a qualquer das

Acesso ao Sumário

partes o acréscimo do sobrenome do outro cônjuge aos seus próprios patronímicos. 4. Recurso especial a que se nega provimento." (REsp nº 1189158/SP, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 14/12/2010, DJe 11/02/2011).

"SENTENÇA ESTRANGEIRA CONTESTADA. MUDANÇA DE PATRONÍMICO. ALTERAÇÃO DO NOME DE FAMÍLIA. IMPOSSIBILIDADE. 1. Inviável a alteração de sobrenome quando se tratar de hipótese não prevista na legislação brasileira. 2. O art. 56 da Lei de Registros Públicos autoriza, em hipóteses excepcionais, a alteração do nome, mas veda expressamente a exclusão do sobrenome. 3. Agravo regimental desprovido." (STJ, AgRg na SEC nº 3.999/EX, Rel. Min. JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, Corte Especial, j. 07-05-2012).

Reproduzo parte dos fundamentos que orientaram o destacado julgado de relatoria do Ministro JOÃO OTÁVIO DE NORONHA: "*Como bem ressaltou o Ministério Público em seu parecer, a doutrina considera a possibilidade de o juiz autorizar a mudança do nome ou do sobrenome em casos justificáveis. Quanto ao sobrenome, todavia, as hipóteses de alteração são a adoção, o casamento, a união estável, a separação judicial, o divórcio, a declaração de nulidade ou de anulação do casamento e a inclusão de sobrenome de ascendente, desde que não prejudique o patronímico dos demais ascendentes. Dos documentos juntados aos autos, não se evidencia nenhuma das hipóteses acima elencadas, o que torna o pedido relativo à modificação do sobrenome sem amparo legal. No presente caso, conquanto possa a homonímia dificultar a identificação do sujeito ou expô-lo a circunstâncias vexatórias e de constrangimento, conforme alegado, tal justificativa não se insere nas hipóteses de alteração previstas na lei brasileira.*"

Acrescento que o autor suprimiu o nome de família ao se identificar no Estado Americano por vontade própria, valendo-se de faculdade que a legislação daquele país lhe conferiu. Logo, deveria conhecer as consequências para a sua identificação brasileira, diversa daquela que escolheu, de modo que não pode pretender agora, para conformar o seu nome aqui com outro que adotou em país estrangeiro criar exceção à Lei de Registros Públicos em vigor.

3. – Pelo exposto, NEGO PROVIMENTO ao recurso.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0013590-31.2011.8.26.0302, da Comarca de Jaú, em que é apelante WILMA AVILA (JUSTIÇA GRATUITA), 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 14/14770)**

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

São Paulo, 28 de novembro de 2014.

MIGUEL BRANDI, Relator

Ementa: COMPROMISSO DE COMPRA E VENDA - Rescisão de contrato, cumulada com reintegração de posse - Mora configurada - Rescisão e reintegração admissíveis - Perda integral das parcelas pagas - Legalidade ante o longo período de inadimplência - Sentença incensurável - Recurso desprovido.

VOTO

Trata-se de apelação interposta contra a sentença de fls. 87/92, que julgou procedente em parte ação de rescisão contratual c.c. reintegração de posse, nos seguintes termos:

"a) declarar rescindido o contrato de compromisso de venda e compra celebrado entre as partes com fundamento na inadimplência contratual da ré; b) declarar a perda em favor da autora das prestações pagas pela ré, bem como de eventuais benfeitorias realizadas no bem, a título de compensação pelo uso do bem imóvel sem o devido pagamento das parcelas avençadas; c) condenar a ré ao pagamento de multa contratual no importe de 10% (dez por cento) sobre o saldo devedor do contrato e d) reintegrar a autora na posse do bem imóvel objeto do contrato.

A autora arcará com eventual débito referente ao IPTU e água, considerando a retenção a seu favor das parcelas pagas pela ré e a multa contratual de 10% (dez por cento), cuja ré foi condenada a pagar por ter dado causa à sua rescisão.

Tendo em vista que a autora sucumbiu em parte mínima do pedido, condeno a ré ao pagamento das custas e despesas processuais, devidamente corrigidas desde os efetivos desembolsos e honorários advocatícios devidos ao patrono da autora, que fixo em 10% (dez por cento) sobre o valor dado à causa, devidamente corrigido até o efetivo pagamento.

O pagamento da sucumbência pela ré fica condicionado à alteração da sua condição de beneficiária da assistência judiciária gratuita, o que

Acesso ao Sumário

defiro nesta oportunidade, considerando a sua hipossuficiência para arcar com as custas e despesas processuais sem prejuízo do seu sustento, conforme declarou a fls. 82.

Deixo de condenar a autora em litigância de má-fé por não vislumbrar a presença das hipóteses previstas no artigo 17 do Código de Processo Civil.

Oportunamente, expeça-se mandado de reintegração de posse."

Apela a requerida (fls. 96/98), sustentando que o julgamento antecipado foi infeliz e, no mérito, que a apelada deixou de enviar os boletos bancários para que pudesse continuar pagando o acordo firmado. Entende que o fato configura ato ilícito. Após afirmar que o povo é massacrado pelo "Governo", diz que a Justiça lhe privou a moradia, e que não pode expor seu direito, por não ter sido designada audiência. Pede a reforma da decisão.

Recurso recebido (fls. 100) e contrarrazoado (fls. 102/104).

É o relatório.

Cheguei ao Tribunal em julho de 2010.

No final de 2011, requisitei ao acervo os processos de 2008, depois de vencidos aqueles chegados à Corte em 2006 e prestes a vencer os chegados em 2007.

Juntamente com os processos de 2006 e 2007, vieram-me aqueles da "redistribuição" (Resolução 542/2011 - Meta 2 do CNJ - processos chegados no Tribunal até 2006).

Ao iniciar a avaliação dos casos de 2008, sobreveio a recomendação do Órgão Especial, lançada no processo nº 95.594/2011 - Comissão de Organização Judiciária, recebida em 15/03/2012, para que fosse dada prioridade aos processos envolvendo planos/seguros de saúde. Dei conta, então, de todos os casos pendentes envolvendo essa matéria.

O acervo de 2008 foi superado no início de 2013. No mês de abril desse ano ainda, superei o acervo de 2009 e, em agosto dei conta do acervo de 2010. Por fim, em dezembro de 2013 superei os casos do acervo de 2011.

Agora no mês de agosto de 2014, superei o acervo de 2012.

Ao mesmo tempo disso tudo, estou cuidando das chamadas prioridades das distribuições semanais, além dos agravos (tanto as distribuições diárias, quanto os já processados e conclusos para estudos e votos).

Dessa forma justifico porque somente a partir de setembro de 2014, estão sendo analisados os processos do acervo de 2013, entre os quais este se inclui.

Volto ao caso.

Não prospera a preliminar de nulidade da sentença por cerceamento de defesa.

Acesso ao Sumário

É evidente que a prova documental juntada aos autos já era suficiente para o convencimento do Juízo, tornando prescindível a realização de outras provas (depoimento pessoal).

Por outro lado, importante destacar que incumbe ao Juiz indeferir diligências ou provas inúteis ou protelatórias, consoante art. 130 do C.P.C.

Se o magistrado entendeu desnecessária a determinação de prova oral, é porque a documentação juntada aos autos, já era suficiente para o seu convencimento, admitindo, assim, o julgamento antecipado da lide.

Corrobora esse entendimento decisão do Superior Tribunal de Justiça no Ag. nº 14.952 - DF - AgRg., relatado pelo Ministro Sálvio de Figueiredo, j. 4.12.91., DJU 3.2.92, p. 472., 4ª Turma:

> "Constantes dos autos elementos de prova documental suficientes para formar o convencimento do julgador, inocorre cerceamento de defesa se julgada antecipadamente a controvérsia."

Ademais, como é cediço, no tocante ao julgamento antecipado da lide há disposição legal expressa autorizando o juiz a procedê-lo tão logo forme sua convicção e a matéria seja somente de direito ou os fatos relevantes para a solução da causa já estejam suficientemente esclarecidos.

Com essas considerações rejeito a preliminar de nulidade da sentença.

Passo ao mérito.

Consta dos autos que o imóvel, objeto do litígio, foi negociado em 31/05/1996, através de Instrumento Particular de Concessão de subsídios, para ser pago em 256 prestações (fls. 27/40).

Em razão de inadimplemento de 103 parcelas, foi a apelante notificada para cumprimento da obrigação em agosto de 2010, restando entretanto, inerte (fls. 47).

Ora, não nega a requerida que deixou de pagar as prestações frente à CDHU, sendo certo, por outro lado, que embora devidamente notificada, não se habilitou em pagar o débito, estando inadimplente há mais de 10 anos.

As espécies de moradia como a aqui em debate, são construídas exclusivamente para possibilitar o acesso da população de baixa renda à casa própria, por um custo subsidiado, não sendo lícito, nem moral, a utilização do bem sem a devida contraprestação.

Desta feita, legítima a rescisão contratual e a reintegração de posse, em consequência do desaparecimento de fundamento que justificava o gozo do bem pelo mutuário.

Pelo exposto, nego provimento ao recurso.

É como voto.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 1002768-98.2014.8.26.0224, da Comarca de Guarulhos, em que é apelante SIONE CORREA ANDRADE (JUSTIÇA GRATUITA), é apelado COMTINFER CONSTRUTORA E INCORPORADORA LTDA..

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 2ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 19703)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores ALVARO PASSOS (Presidente) e JOSÉ JOAQUIM DOS SANTOS.

São Paulo, 1 de dezembro de 2014.

NEVES AMORIM, Relator

Ementa: COMPRA E VENDA - AÇÃO DE RESCISÃO CONTRATUAL C.C. RESTITUIÇÃO DE VALORES - INADIMPLÊNCIA DA REQUERIDA NO TOCANTE AO PRAZO CONVENCIONADO PARA ENTREGA DA OBRA - RESCISÃO DEVIDA - IMPOSSIBILIDADE DE QUALQUER RETENÇÃO PELA REQUERIDA - RÉ QUE DEVE DEVOLVER, DE UMA SÓ VEZ, A REQUENTE TODOS OS VALORES PAGOS, INCLUSIVE TAXA DE CORRETAGEM - SENTENÇA REFORMADA. RECURSO PROVIDO.

VOTO

Trata-se de apelação interposta contra sentença que julgou improcedente a presente ação de rescisão contratual c.c. restituição de valores (fls. 113/116).

Alega a apelante (fls. 122/129), em síntese, que deve ser aplicado ao presente caso os preceitos do Código de Defesa do Consumidor. Sustenta também, que diferente do entendimento do MM. Juiz *a quo*, deve ser declarado rescindido o contrato, bem como se obrigue a ré a devolver os valores pagos com os reajustes pertinentes, sob pena de enriquecimento sem causa da apelada. Por fim, pugna pelo provimento do recurso para que seja modificada a sentença e julgada procedente a demanda.

Regularmente processada, vieram aos autos contrarrazões (fls. 132/135).

Acesso ao Sumário

É o relatório.

Cuida-se de ação de rescisão contratual c.c. restituição de valores, motivada pelo atraso da entrega do imóvel nº 106, bloco F, do Residencial "Doraly I", situado na Estrada do Cabuçu, cidade de Guarulhos, sustentando também, que em tentativa de resilição contratual pela via extrajudicial não obteve sucesso.

A ré, por sua vez, alega que a autora fora precipitada, visto que esta notificou a requerida em 13.01.2014 por meio de documento em que constava prazo de 15 dias para sua manifestação, sendo entregue resposta em 20.01.2014 (fls. 99), de que estava a sua disposição a rescisão do referido contrato. Contudo, antes do final deste prazo, ingressou com a presente ação.

Entendeu o MM. Juiz *a quo*: "*... que não há qualquer conduta imputável a ré, capaz de conduzir a demanda à sua procedência, vez que, em momento algum, agiu em desconformidade com quaisquer preceitos legais.*"

Porém, respeitado o entendimento do MM. Juiz *a quo*, não é o que se vê da leitura dos autos.

Concordo com a ré que a autora fora precipitada com o ingresso da demanda se considerarmos somente o pedido de rescisão contratual, visto que trata-se de pedido incontroverso, entretanto, é clara na peça de contestação, a impugnação ao valor que pleiteia a requerente ver restituído.

Desta forma, há divergência entre as partes que deve ser analisada e esclarecida por este Juízo.

No tocante ao atraso da obra, houve aditamento ao contrato no mês em que terminariam os 180 dias de tolerância (fls. 40/41) que deve ser considerado. Neste documento as partes entram em consenso quanto a novo prazo para entrega do bem, sendo postergado para 180 dias após a data da assinatura deste (01.07.2013), ou seja, até 26.12.2013, prazo que a ré não comprovou ter cumprido.

Desta forma, diante da inadimplência da ré, surge o direito da autora em ver rescindo o contrato, bem como a devolução de todos os valores pagos, incluindo a taxa de corretagem, de uma só vez (Súmula nº 2[1], deste Tribunal), com correção monetária desde os respectivos pagamentos e juros de mora de 1% (um por cento) ao mês, estes a contar da citação, não se admitindo qualquer retenção como defende a requerida.

Neste sentido vejo decidindo, acompanhando a majoritária jurisprudência deste Tribunal:

"COMPRA E VENDA - AÇÃO DE RESCISÃO CONTRATUAL C.C. INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS E MATERIAIS - ***ATRASO***

Acesso ao Sumário

1 *"A devolução das quantias pagas em contrato de compromisso de compra e venda de imóvel deve ser feita de uma só vez, não se sujeitando à forma de parcelamento prevista para a aquisição."*

INJUSTIFICADO NA ENTREGA DO IMÓVEL - DEVOLUÇÃO DOS VALORES EM CONFORMIDADE COM O PACTUADO - NÃO CABIMENTO, VISTO SER A MORA EXCLUSIVA DA RÉ *- INEXISTÊNCIA DE CAUSA EXIMENTE DA RESPONSABILIDADE DA VENDEDORA - LUCROS CESANTES DEVIDOS -* ***RESSARCIMENTO DOS VALORES PAGOS A TÍTULO DE CORRETAGEM*** *- IMÓVEL ADQUIRIDO EM STAND DE VENDAS DA REQUERIDA, SENDO QUE O VALOR PAGO COMO CORRETAGEM NÃO COMPÔS O PREÇO DO BEM -* ***OBRIGAÇÃO PELO PAGAMENTO DA CORRETAGEM QUE É DEVIDA PELA RÉ*** *- DANOS MORAIS DEVIDOS, CONSIDERADAS AS CIRCUNSTÂNCIAS DO CASO - SENTENÇA PARCIALMENTE REVISTA SOMENTE PARA ALTERAR A DATA DE INÍCIO DA INCIDÊNCIA DA CORREÇÃO MONETÁRIA (SÚMULA 362, DO STJ). RECURSO PROVIDO EM PARTE."*[2]

Assim, pelo meu voto, dou provimento ao recurso nos termos citados neste acórdão, invertidos os ônus sucumbenciais.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0001758-35.2012.8.26.0247, da Comarca de São Sebastião, em que é apelante LUIZ LUZ DE MENEZES (JUSTIÇA GRATUITA), é apelado O JUÍZO.

ACORDAM, em 1ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 31164)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores CHRISTINE SANTINI (Presidente sem voto), PAULO EDUARDO RAZUK e RUI CASCALDI.

São Paulo, 9 de dezembro de 2014.

LUIZ ANTONIO DE GODOY, Relator

Ementa: USUCAPIÃO - Ilha Costeira - Impossibilidade jurídica do pedido - Inocorrência - Hipótese em que pode ter ocorrido a prescrição aquisitiva em período anterior à vigência da Constituição Federal de 1988 ou de o imóvel ter permanecido sob domínio particular - Possibilidade de soma de posses - Extinção afastada - Regular seguimento do feito determinado - Recurso

2 TJ/SP, Apelação nº 3006236-05.2013.8.26.0084, j. 15 de julho de 2014.

provido.

VOTO

Trata-se de apelação da sentença de fls. 26/27, em que foi julgada extinta ação de usucapião ajuizada por Luiz Luz de Menezes, nos termo dos arts. 267, IV e VI, e 295, I e III, do Código de Processo Civil. Inconformado, apelou o requerente, pleiteando a reforma da sentença. Aduziu que "a pretensão do Apelante está devidamente suportada, uma vez que o Apelante quer ter o seu imóvel registrado no Cartório de Registro de Imóveis" (fls. 33). Após, foram os autos encaminhados a esta Corte.

É o relatório.

Busca o autor, ora apelante, a usucapião de terreno situado no bairro do Reino, no Município de Ilhabela, adquirido em 27 de janeiro de 2009 (fls. 6/7), alegando que, considerados os antecessores, dataria a posse de mais de vinte anos.

Respeitado o entendimento do Juiz de Direito, não se há de falar de impossibilidade jurídica do pedido sob o fundamento de que "por pleitearem a declaração de aquisição da propriedade imóvel pela usucapião, cuja posse teria sido exercida posteriormente ao advento da CF/88, quando os imóveis de Ilhabela, respeitados os direitos de terceiros proprietários, passaram ao domínio da União e, em 2005, ao do Município, o pedido é *contra legem*" (fls. 27).

Isso porque, nos termos o disposto no art. 1.243, do Código Civil 2002 (a que correspondia o art. 552 do Código Civil de 1916), há possibilidade de o possuidor acrescentar à sua posse a de seu antecessor. Ademais, *in casu*, com respaldo na "Escritura de Cessão de Direitos Possessórios" (fls. 8) e, considerada referida soma, em tese, seria possível que a propriedade tivesse sido adquirida pela usucapião anteriormente à entrada em vigor da Constituição Federal de 1988.

Se isso não bastasse, pela análise dos documentos juntados aos autos, é possível que a área usucapienda estivesse sob domínio particular, não tendo sido incorporada ao patrimônio público. Aliás, o art. 26, II, da Constituição Federal, faz expressa menção a domínio de "terceiros" em ilhas costeiras.

Nesse sentido já decidiu esta Corte em hipótese assemelhada:

"USUCAPIÃO. ORDINÁRIA. IMÓVEL URBANO SITUADO EM ILHA COSTEIRA (ILHA DE SÃO SEBASTIÃO). EXTINÇÃO SEM RESOLUÇÃO DE MÉRITO POR IMPOSSIBILIDADE JURÍDICA DO PEDIDO. INADMISSIBILIDADE. CAUSA DE PEDIR QUE SUGERE, AINDA QUE GENERICAMENTE, A OCORRÊNCIA DA PRESCRIÇÃO AQUISITIVA EM PERÍODO ANTERIOR À CF/88, BEM COMO A EXISTÊNCIA DE TRANSCRIÇÃO DA ÁREA MAIOR

Acesso ao Sumário

EM NOME DE PARTICULAR. JURISPRUDÊNCIA DO STF QUE NA VIGÊNCIA DA CF/67, COM A REDAÇÃO DADA PELA EC 1/69, EXCLUÍA A ILHA DE SÃO SEBASTIÃO DO ROL DE BENS PÚBLICOS IMPRESCRITÍVEIS. POSSIBILIDADE JURÍDICA DA EVENTUAL CARACTERIZAÇÃO DA AQUISIÇÃO ORIGINÁRIA, DESDE QUE CONSUMADA EM DATA ANTERIOR À CF/88, OU INCIDENTE SOBRE IMÓVEL QUE EVENTUALMENTE PERMANECERA SOB DOMÍNIO PARTICULAR. PRECEDENTES DO STF. SENTENÇA AFASTADA COM O RETORNO DOS AUTOS À ORIGEM. RECURSO PROVIDO" (0001860-96.2008.8.26.0247 - São Sebastião, 6ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, v.un., Rel. Des. Vito Guglielmi, em 15/5/14).

"USUCAPIÃO. Ilha costeira. Sentença que julgou processo extinto sem resolução do mérito, com fundamento em impossibilidade jurídica do pedido, considerando se tratar a área usucapienda de domínio do Município de Ilhabela. Constituição Federal de 1988 que, em seus artigos 20, IV e 26, I, excepcionou domínio da União sobre ilhas costeiras, para reconhecer a possibilidade de domínio de terceiros. Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal a respeito do tema. Natureza declaratória da ação de usucapião que não inviabiliza procedência, em tese, da ação desde que provados todos os requisitos da prescrição aquisitiva para data anterior à vigência da Constituição Federal de 1988, mediante utilização da figura da "acessio possessionis". Possibilidade jurídica do pedido. Anulação da sentença. Retorno dos autos à origem para reabertura da instrução probatória e posterior prolação de sentença de mérito. Recurso provido em parte" (Apelação nº 0001879-73.2006.8.26.0247 - São Sebastião, 6ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, v.un., Rel. Des. Francisco Loureiro, em 13/2/14).

Afasta-se, pois, a extinção da ação sem resolução de mérito, devendo o feito ter regular prosseguimento em primeira instância.

Dá-se provimento ao recurso.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0110969-43.2009.8.26.0010, da Comarca de São Paulo, em que é apelante L.N.S., são apelados M.Y., O.Y.B., A.Y.B., S.Y. e M.S.Y.B..

ACORDAM, em 8ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento V.U. Realizou

sustentação oral a Dra. Georgina Lucia Maia Simoes (OAB 89.784)", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 4579)**

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

São Paulo, 10 de dezembro de 2014.

SILVÉRIO DA SILVA, Relator

Ementa: APELAÇÃO - INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE C.C. PETIÇÃO DE HERANÇA - Paternidade reconhecida após a partilha dos bens deixados pelo falecimento do pai - Herdeira não contemplada - Prescrição do direito de participar na partilha dos bens - Prescrição vintenária prevista no Código Civil de 1916 - Prazo Reduzido no atual Código Civil (10 anos) - Transcorrido menos da metade do prazo até o inicio da vigência do Código Civil atual. Prazo reiniciado em 11 de janeiro de 2003 com encerramento para 2013. Ação distribuída em 2009 - Sentença reformada - Apelo a que se dá provimento.

VOTO

Trata-se de recurso de apelação tempestivamente interposto por L.N.S. por não se conformar com a sentença de fls. 358/360, cujo relatório se adota, que julgou procedente a ação de Investigação de Paternidade cumulada com pedido de Petição de Herança, por ela ajuizada em face de M.Y., O.Y.B., M.S.Y.B., A.Y.B. e S.Y. (fls. 494/500).

Os réus interpuseram embargos de declaração da sentença (fls. 464/466), sendo os embargos acolhidos, para se reconhecer a prescrição do pedido de petição de herança, mantendo-se, no mais, a sentença como foi originalmente lançada (fls. 467/469).

Pretende a apelante a reforma da sentença para que se afaste a prescrição que foi reconhecida nos embargos de declaração, e mantendo-se a sentença. Alega que não ocorreu a prescrição acolhida pela juíza de primeiro grau.

Recebido o apelo em seus regulares efeitos (fls. 501), foram apresentadas contrarrazões (fls. 505/509).

O Ministério Público deixou de se manifestar nestes autos (fls. 511/512).

É o relatório.

O recurso de apelação merece provimento.

Acesso ao Sumário

A paternidade de N.Y., que também assinava N.Y. ou N.Y. foi reconhecida por sentença judicial proferida em 25 de março de 2013 (358/360), objeto de embargos de declaração acolhidos (fls. 464/466 e 467/469). A matéria foi devolvida ao segundo grau, apenas para se apreciar o direito de L. em concorrer aos bens deixados pelo pai, falecido em (...) (fls. 12).

O pedido de investigação de paternidade cumulado com petição de herança foi julgado procedente pela sentença. Em seguida, apreciando embargos de declaração, houve por bem o juiz sentenciante, reconhecer a prescrição do direito da autora de recolher os bens deixados pelo autor da herança em razão da prescrição.

Inquestionável o direito da autora de participar da herança, posto que por decisão judicial restou reconhecida a sua qualidade de filha do autor da herança. Deste modo o direito da autora à herança decorre do reconhecimento da paternidade, conforme artigo 1.784 do Código Civil, *verbis*: "***Aberta a sucessão, a herança transmite-se, desde logo, aos herdeiros legítimos e testamentários***".

O falecido N.Y. deixou bens, cuja carta de adjudicação foi lavrada em 27 de outubro de 1989 (fls. 183).

Sucede, porém, que a partilha ocorreu sem a presença da apelante, que, dessa forma, deixou de receber sua quota-parte no patrimônio deixado pelo pai.

O reconhecimento da paternidade não é objeto de impugnação posto que se trata de direito imprescindível, conforme Súmula nº 149, do STF, *verbis*: "*É imprescritível a ação de investigação de paternidade, mas não o é a de petição de herança*".

Mas a pretensão de recolher os bens deixados pelo falecimento do pai não é imprescritível.

À época do falecimento do pai da apelante estava em vigor o Código Civil de 1916, que previa prazo prescricional de vinte anos para ações pessoais - artigo 177, *verbis*: "***As ações pessoais prescrevem, ordinariamente, em 20 (vinte) anos, as reais em 10 (dez), entre presentes, e entre ausentes, em 15 (quinze), contados da data em que poderiam ter sido propostas***".

O juiz sentenciante reconheceu estar prescrito o direito da apelante por ter ajuizado a ação quando já decorrido o lapso do prazo prescricional, contudo, não é essa a conclusão que se depreende dos autos.

Respeitado o entendimento do juiz sentenciante, alvitro que a análise da preliminar de extinção do processo em razão da prescrição iniciou-se corretamente, mas, acabou com uma conclusão equivocada.

O prazo inicial de prescrição para as hipóteses de participação na partilha começa com a abertura da sucessão que se deu em (...). Contudo como ao tempo da morte do autor da herança a apelante era absolutamente incapaz, deste modo por força do artigo 169, I, do Código Civil de 1916, o prazo prescricional só

Acesso ao Sumário

passou a correr quando ela completou 16 anos de idade, ou seja, em (...) de junho de l994.

O prazo prescricional na vigência do Código Civil de 1916 para os casos dos autos como já consignado era de vinte anos. A rigor a pretensão da autora deveria prescrever no ano de 2014.

Entretanto, entrou em vigor o novo Código Civil, estabelecendo novos prazos e uma regra de transição.

O novo Código Civil entrou em vigor no dia 11 de janeiro de 2003. A partir desta data o prazo prescricional para a hipótese dos autos passou a ser de dez anos.

Todavia, não se pode esquecer da regra de transição estabelecida no artigo 2028 do Código Civil, que diz, expressamente: "*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*".

Pois bem, o prazo da lei revogada era de vinte anos. Começou a correr para a autora da ação quando completou 16 anos de idade, ou seja, (...) de junho de 1.994. Quando o novo Código Civil entrou em vigor havia transcorrido mais de nove anos e menos de dez, portanto, o critério a ser adotado é com a aplicação do prazo previsto no novo Código.

A respeito do tema oportuno citar artigo de Mário Luiz Delgado, no livro "Novo Código Civil - Questões Controvertidas", que a respeito do tema, afirma: "***Quanto ao termo inicial do prazo reduzido, dívida alguma sobeja na doutrina; é a data da entrada em vigor do Código***" (Método Editora - São Paulo - 2003 - p.492).

Então o prazo prescricional passou a correr para a autora da ação na data que entrou em vigor o novo Código Civil, 11 de janeiro de 2003 pelo prazo de dez anos. O prazo prescricional iria se encerrar no ano de 2013.

Mas a presente ação foi distribuída aos 26 de novembro de 2009, portanto, não que se falar em prescrição.

Em consequência, a sentença deve ser reformada para se reconhecer o direito da apelante na partilha de bens do seu pai com a atribuição do quinhão, como já constava da sentença antes do acolhimento dos embargos.

Portanto, pelo exposto, por meu voto **dou provimento do recurso de apelação**.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0009788-93.2009.8.26.0302, da Comarca de Jaú, em que é apelante CARLOS AUGUSTO MARTINS MONTE ALEGRE (JUSTIÇA GRATUITA), é apelado VALDEMIR ANTONIO ROSSETTO - ME.

ACORDAM, em 11ª 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 3009)**

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: Ação de indenização por danos materiais e morais. Aquisição e instalação de piso vinílico, conhecido como carpete de madeira. Piso que após três dias da instalação começou a apresentar bolhas. Pretensão condenatória do autor. Demanda sujeita ao prazo prescricional de cinco anos, previsto pelo art. 27 do CDC. Decadência afastada. Dano material demonstrado. Dano moral configurado. Sentença reformada para, afastada a decadência, julgar a ação parcialmente procedente. Recurso provido.

VOTO

Trata-se de apelação interposta contra a r. sentença de fls. 78/81, cujo relatório adoto, que julgou improcedente ação de reparação por danos morais e materiais, com fulcro no art. 26, inciso II, do CDC c/c art. 269, inciso IV, do CPC, condenando o autor a arcar com as custas, despesas processuais e honorários advocatícios, fixados em 10% sobre o valor da causa.

Irresignado, insurge-se o demandante, requerendo a reforma da decisão. Afirma que não ocorreu a decadência prevista no art. 26 do CDC, uma vez que a carta enviada pela ré, datada de 05/10/2006, comprova de forma inequívoca que houve reclamação do consumidor, dentro do prazo previsto em lei. Sustenta que suas pretensões indenizatórias são regidas pelo prazo quinquenal, previsto no art. 27 do CDC. Ressalta que a inadequação do piso é fato incontroverso nos autos, já que o requerido afirma estar ciente do defeito, mas informa não

Acesso ao Sumário

ser de sua responsabilidade. Todavia, não pode se eximir o apelado de sua responsabilidade, tendo em vista que vendeu o piso como sendo ideal para a casa do apelante e foram seus funcionários que prestaram o serviço de colocação do piso, de forma que, sendo o autor leigo no assunto, não poderia saber se era ou não adequado ao local. Sustenta que, ou o piso não era adequado para colocação em sua residência, em frente ao rio, existindo defeito na prestação do serviço, ou o piso era adequado, mas houve a formação de bolhas, de modo que o produto é defeituoso. Em qualquer uma das alternativas, responde o fornecedor pelos danos causados, nos termos dos arts. 6º, VII, 12, 14 e 18 do CDC. Atesta que o dano está devidamente comprovado por meio das fotos juntadas aos autos. Requer o julgamento do mérito da ação, com fulcro no art. 515, § 3º, do CPC. Defende estar configurado o dano moral, por ser o autor aposentado, idoso, que guardou durante meses suas economias parar trocar o piso de casa e teve que se desgastar por causa dos defeitos apresentados, que perduram há cinco anos, pois não pode trocar o piso sem a devolução do valor usado para pagar o antigo. Destaca que o apelante tem que acordar e olhar todos os dias para o piso defeituoso, o que lhe traz, diariamente, sensação de injustiça e fracasso. Por tal razão, pede que o réu seja condenado ao pagamento de indenização pelos danos morais trazidos ao autor.

Recurso recebido no duplo efeito (fls. 105), dispensado o preparo por ser o apelante beneficiário da justiça gratuita (fls. 20). Não houve a apresentação de contrarrazões (fls. 106).

É o relatório.

O recurso comporta provimento.

Trata-se de ação de indenização envolvendo a instalação de piso vinílico, conhecido como "carpete de madeira" que, segundo relatou o autor, apresentou defeitos tão logo instalados, gerando os prejuízos materiais e morais, cujo ressarcimento ora requer.

Inicialmente, respeitado o convencimento do ilustre magistrado sentenciante, não era o caso de reconhecimento da decadência.

O prazo estabelecido no artigo 26 do CDC é para efetuar a reclamação perante o fornecedor que, após ela, tem o prazo de trinta dias para os reparos necessários, não se tratando de prazo para a propositura da demanda, em que se pretende a reparação de danos.

Para tais situações, deve ser aplicado o prazo de cinco anos estabelecido no artigo 27do CDC:

> "Art. 27. Prescreve em cinco anos a pretensão à reparação pelos danos causados por fato do produto ou do serviço prevista na Seção II deste Capítulo, iniciando-se a contagem do prazo a partir do conhecimento do dano e de sua autoria".

Acesso ao Sumário

Cabe trazer a lição de RIZZATO NUNES, ao comentar sobre o prazo prescricional previsto no artigo 27 do Código de Defesa do Consumidor:

> "Na realidade, a referida Seção II regula toda espécie de defeito que ocorre pelo fato do produto ou serviço, de maneira que, sempre que o consumidor sofrer dano por defeito quer diretamente, como lá está expressamente tratado, quer indiretamente, como conseqüência do não cumprimento da obrigação de resolver o vício, conforme estabelecido no inciso II do § 1º do art. 18, no inciso III do art. 19 e no inciso II do art. 20, aplica-se o período prescritivo fixado no artigo em comento.
>
> Na verdade, toda e qualquer situação relativa a relação jurídica de consumo que gerar dano por defeito está enquadrada na norma do art. 27".
>
> ("Curso de Direito do Consumidor", 2ª ed., 2005, Saraiva, fls. 383)

Nesse sentido, jurisprudência do Colendo Superior Tribunal de Justiça:

> "Consumidor. Recurso especial. Danos decorrentes de falha na prestação do serviço. Publicação incorreta do nome e número de assinante em listas telefônicas. Ação de indenização. Prazo. Prescrição. Incidência do art. 27 do CDC e não do art. 26 do mesmo código. O prazo prescricional para o consumidor pleitear o recebimento de indenização por danos decorrentes da falha na prestação do serviço é de 5 (cinco) anos, conforme prevê o art. 27 do CDC, não sendo aplicável, por conseqüência, os prazos de decadência, previstos no art. 26 do CDC. A ação de indenização movida pelo consumidor contra a prestadora de serviço, por danos decorrentes de publicação incorreta de seu nome e/ou número de telefone em lista telefônica, prescreve em cinco anos, conforme art. 27, do CDC. Recurso especial não conhecido". (REsp nº 722.510-RS, Rel. Min. NANCY ANDRIGHI, j. 29/11/05).

Desse modo, com a aplicação do prazo prescricional de cinco anos, no que tange aos pedidos de indenização, contado a partir da ciência do problema na instalação do piso, o que se deu em julho de 2006, não há que se falar em prescrição ou decadência do direito do autor de postular a indenização.

De outro lado, no tocante ao mérito, merece guarida a pretensão do autor.

De fato, restou incontroverso nos autos que o autor contratou a empresa ré para a instalação de piso do tipo "carpete de madeira" na sua residência.

Não há dúvida, por outro lado, de que o serviço não foi realizado a contento, uma vez que, três dias após a instalação, começaram a surgir grandes bolhas de umidade em todo o piso, o que foi comprovado pelas fotos encartadas aos autos.

Na verdade, após reclamação do requerente, a própria requerida reconheceu o problema causado pelo descolamento do piso, tendo afirmado,

Acesso ao Sumário

contudo, que "*o piso encontra-se em perfeito estado de fabricação, não existe qualquer defeito e foi assentado corretamente, contudo, por motivos de umidade e de possível vazamento em vossa residência o deslocamento do mesmo se deu por este fato*" (fls. 19).

Segundo relatou o autor, profissionais especializados na colocação de pisos lhe esclareceram que aquele material, "carpete de madeira", jamais poderia ter sido utilizado em sua residência, em virtude de sua proximidade com o rio da cidade.

A ré, por sua vez, argumentou que a colocação do piso seguiu todas as determinações do fabricante, passo a passo, de modo que os problemas enfrentados pelo autor teriam ocorrido por provável infiltração ocorrida na residência.

Ocorre que a requerida não logrou demonstrar a excludente de responsabilização para ruptura do nexo causal, conforme lhe competia. Cabia a ela demonstrar que a culpa, no caso, foi exclusiva do autor ou de terceiro, o que não fez.

Apesar de pleiteada a produção de prova pericial, para o esclarecimento dos motivos que levaram ao surgimento das bolhas no piso, instada a promover o recolhimento dos honorários periciais provisórios (fls. 65), a demandada permaneceu inerte (fls. 75, 76).

Assim, embora não esteja plenamente esclarecida a origem dos danos, o fato é que não se demonstrou a culpa exclusiva do consumidor ou de terceiro, apta a impedir a incidência da responsabilização objetiva do fornecedor, nos termos do artigo 14, § 3º, II, do Código do Consumidor.

Comentando o dispositivo supra mencionado lecionam VIDAL SERRANO NUNES JÚNIOR e YOLANDA ALVES PINTO SERRANO *in* Código de Defesa do Consumidor Interpretado, Saraiva, 1ª edição, p. 65:

> "Uma vez trazido a lume o dano ocorrido em desfavor do consumidor, cumpre ao fornecedor - se pretende verse desincumbido dos ônus de ressarcimento - tornar cediça a existência de uma das causas excludentes da responsabilidade aventadas pelo diploma consumerista e aplicáveis à espécie".

Deste modo, impõe-se à requerida o dever de indenizar o autor pelos danos que lhe foram causados.

No que tange aos danos materiais, deve o demandante ser ressarcido pelas despesas havidas com a compra e instalação do piso, sendo-lhe restituídos os valores pagos.

No tocante ao dano moral, embora usualmente o mero inadimplemento contratual não seja capaz de, por si só, ocasionar danos morais, no caso dos autos, há que se considerar que o autor é pessoa idosa e permaneceu por vários

anos com o piso de sua residência irregular.

É inegável o abalo moral sofrido pelo requerente ao ver o piso da sua casa irregular por tantos anos, sem que a ré respondesse aos seus apelos.

Os transtornos sofridos ultrapassam o mero dissabor, gerando inconteste abalo moral e justificando a reparação do dano daí decorrente, mas não no valor sugerido pelo autor (R$ 3.000,00).

Dessa forma, também é devida a indenização por dano moral e, quanto à sua fixação, cabe ao juiz nortear-se pelo princípio da razoabilidade.

É o que afirma, o eminente Des. Rui Stoco, citando lição do Prof. Caio Mário da Silva Pereira, no sentido de que a indenização não pode ser "***nem tão grande que se converta em fonte de enriquecimento, nem tão pequena que se torne inexpressiva***" (*in* Responsabilidade Civil, RT, 3ª edição, pag. 524).

Levando-se em consideração as circunstâncias do caso concreto, a indenização deve ser fixada em R$ 1.500,00, quantia que representa montante suficiente para confortar o abalo experimentado pelo autor e, ao mesmo tempo, desestimular a conduta negligente da ré, sem configurar meio de enriquecimento sem causa.

Nesses termos, há que ser provido o recurso, para afastar a decadência e julgar procedente a ação, condenando a requerida a pagar a quantia de R$ 1.907,00, a título de danos materiais, corrigida desde a propositura da ação e com juros de mora de 1% ao mês, a partir da citação, bem como ao pagamento de indenização por danos morais, no valor de R$ 1.500,00, com atualização monetária a contar da data da publicação desse acórdão.

Fica a ré, condenada ainda ao pagamento das custas, despesas processuais e honorários advocatícios, fixados em R$ 1.000,00.

Ante o exposto, dou provimento ao recurso, nos termos acima enunciados.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0017297-07.2011.8.26.0011, da Comarca de São Paulo, em que são apelantes/apelados NISSAN DO BRASIL AUTOMÓVEIS LTDA., GRAND BAY COMÉRCIO DE VEÍCULOS E PEÇAS LTDA., COMPANHIA DE CRÉDITO, FINANCIAMENTO E INVESTIMENTO RCI BRASIL e ITAVEMA JAPAN VEÍCULOS LTDA., é apelado/apelante MARCOS ALEXANDRE VASSALLO.

ACORDAM, em 30ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento aos recursos

das rés (fabricante e concessionárias), provendo o recurso da corré (instituição financeira) e provendo em parte o recurso do autor V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº ANT 20788)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores ANDRADE NETO (Presidente), LINO MACHADO e MARCOS RAMOS.

São Paulo, 10 de setembro de 2014.

ANDRADE NETO, Presidente e Relator

Ementa: AÇÃO DE REPARAÇÃO DE DANOS - COMPRA E VENDA DE VEÍCULO ZERO QUILÔMETRO - BEM QUE APRESENTOU VÍCIOS DE QUALIDADE - RESCISÃO DO CONTRATO - POSSIBILIDADE RESSARCIMENTO DE IPVA E LICENCIAMENTO DO VEÍCULO DEVIDO - RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA DA CONCESSIONÁRIA E FABRICANTE - INTELIGÊNCIA DO ARTIGO 18 DO CDC - FATOS QUE EXTRAPOLAM O MERO INADIMPLEMENTO NA COMPRA E VENDA E NA PRESTAÇÃO DOS SERVIÇOS - DANO MORAL CONFIGURADO - LUCROS CESSANTES NÃO COMPROVADOS.

RESCISÃO DO CONTRATO DE FINANCIAMENTO DO VEÍCULO - POSSIBILIDADE - RESPONSABILIZAÇÃO DA INSTITUIÇÃO FINANCEIRA PELOS DANOS CAUSADOS AO CONSUMIDOR - IMPOSSIBILIDADE - EMPRESA DO MESMO GRUPO ECONÔMICO - IRRELEVÂNCIA - INEXISTÊNCIA DE NEXO CAUSAL OU RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA.

PRETENSÃO DE RESCISÃO DIRECIONADA CONTRA A CONCESSIONÁRIA QUE APENAS EFETUOU CONSERTOS NO VEÍCULO - IMPOSSIBILIDADE - NEGÓCIO QUE ENVOLVE EXCLUSIVAMENTE A COMERCIANTE E O FABRICANTE DO BEM.

RECURSOS DA FABRICANTE E DAS CONCESSIONÁRIAS DESPROVIDOS; PROVIDO O RECURSO DA INSTITUIÇÃO FINANCEIRA E PARCIALMENTE PROVIDO O RECURSO DO

Acesso ao Sumário

AUTOR.

VOTO

Cuida-se de apelações interpostas contra sentença que julgou parcialmente procedente ação de rescisão contratual cumulada com reparação de danos materiais e morais, fundada em contrato de compra e venda de veículo zero quilômetro que apresentou vícios de fabricação, para condenar as rés (fabricante, concessionárias - a que vendeu e a que efetuou serviços no veículo - e instituição financeira) ao pagamento de indenização, por danos morais, fixada em R$ 25.000,00 (vinte e cinco mil reais).

A **fabricante** (fls. 466/472) diz que não restou configurado o dano moral e, subsidiariamente, pretende seja reduzido o valor fixado pelo magistrado de primeiro grau.

A **concessionária** responsável pela venda do veículo (Gran Bay Comércio de Veículos e Peças Ltda.) aduz preliminar de ilegitimidade de parte, sustentando não ter responsabilidade pelos vícios ou reparação do bem.

No mérito argumenta que os fatos narrados pelo autor não dá ensejo à indenização por danos morais e, subsidiariamente, pretende a redução do valor fixado pelo magistrado.

A **concessionária** que prestou o serviço de reparo do veículo (Itavema Japan Veículos Ltda.) aduz preliminar de ilegitimidade de parte, alegando não ser responsável pela venda ou fabricação do veículo.

No mérito alega que não existe defeito capaz de justificar o acolhimento da pretensão. Mesmo que assim não fosse, os fatos descritos na petição inicial não configuraram danos morais indenizáveis, mas apenas aborrecimentos pela ocorrência de vícios no veículo e pela não solução do problema pela fabricante Nissan.

Subsidiariamente diz que o valor da indenização por danos morais foi excessivo e pretende sua redução.

A **financeira** deduz preliminar de ilegitimidade de parte, sustentando não existir fundamento fático ou jurídico para ocupar o polo passivo desta demanda.

No mérito diz que não cometeu nenhum ato ilícito e por isso não pode ser condenada ao pagamento de danos morais. Subsidiariamente, pretende a redução do valor da indenização.

O **autor** pretende a procedência integral da ação, com a rescisão do contrato; devolução do preço e das prestações do financiamento, e o pagamento de lucros cessantes, além da majoração dos danos morais.

Os recursos foram recebidos e processados no duplo efeito, com as contrarrazões.

Acesso ao Sumário

É o relatório.

Em 19 de novembro de 2010, **Marcos Alexandre Vassallo** comprou da **Gran Bay Veículos e Peças Ltda.**, concessionária da fabricante **Nissan do Brasil Automóveis Ltda**., um veículo zero quilômetro Tida, 1.8 SL MT, no valor de R$ 52.800,00, mediante pagamento de entrada no valor de R$ 31.680,00 e o restante financiado junto à **Companhia de Crédito, Financiamento e Investimento RCI Brasil**, em 36 parcelas de R$ 624,05.

Apenas cinco dias depois do negócio, em 30.11.2010, o veículo apresentou superaquecimento do motor e foi guinchado até a oficina credenciada pela fabricante, a **Itavema Japan Veículos Ltda.**.

Passados dois dias a concessionária Itavema informou ao adquirente que o problema estava solucionado e que já poderia retirar o veículo - foi trocada uma braçadeira da mangueira de água, sangria no sistema de arrefecimento e completado o nível de água.

Entretanto, no dia 22.12.2010, o veículo apresentou novo superaquecimento do motor, sendo encaminhado novamente para a inspeção da corré Itavema, a qual liberou o veículo sem nenhum reparo e marcou uma "*inspeção mais criteriosa*" para o dia 28.12.2010.

Após análise do veículo a concessionária constatou que "*... o sistema de arrefecimento se encontrava em perfeitas condições, contudo, devido ao superaquecimento ocorrido outrora, houve o empenamento do cabeçote, problema que num primeiro momento não era passível de ser diagnosticado.*".

A concessionária também informou que o cabeçote havia sido trocado, mas na nota fiscal encaminhada para o e-mail do consumidor constava apenas a troca da junta do cabeçote e a substituição do porta-óculos, que estava trincado.

Posteriormente, no dia 28 de janeiro de 2011, o veículo retornou para a concessionária Itavema para sanar problemas na suspensão e no ar condicionado, que desligava sem a intervenção do motorista.

Corrigido o problema na suspensão o veículo foi retirado e encaminhado novamente no dia 18 de fevereiro, pois o problema no ar condicionado persistia e o piloto automático não funcionava corretamente na descida.

Ao ser informado que não havia nenhum problema no bem o consumidor recusou retirar o veículo da concessionária Itavema e ingressou com a presente demanda contra todos os envolvidos, pleiteando: a rescisão do contrato, com a devolução do preço até então pago; danos morais - sugerindo a quantia de R$ 40.000,00 - e danos materiais (IPVA e licenciamento, além de lucros cessantes no valor de R$ 20.000,00[1]).

Acesso ao Sumário

1 *Alegou que exercia a atividade de coordenador de prospecção da empresa Gafisa S.A – era incumbido de encontrar terrenos para novas construções -, e o fato de ficar privado do veículo lhe acarretou reflexo negativo em sua bonificação anual, ocasionando lucros cessantes estimados em R$ 20.000,00, calculado com base na bonificação paga no ano de 2010 (R$ 18.415,03).*

Sendo estes os fatos, a sentença merece parcial reforma.

Inicialmente cumpre esclarecer que, tratando-se de comercialização de produto original com vício de fabricação ou montagem, a responsabilidade pela reparação dos danos causados ao consumidor pode ser imputada tanto ao fabricante do veículo quanto às concessionárias - solidariedade estabelecida pelo art. 18 do Código de Defesa do Consumidor.

Entretanto, conforme lição de Zelmo Denari: "*Se ao comerciante, em primeira intenção, couber a reparação dos vícios de qualidade ou quantidade - nos termos previstos no § 1º do art. 18 - poderá exercitar ação regressiva contra o fabricante, produtor ou importador, o âmbito da relação interna que se instaura após o pagamento, com vistas à recomposição do status quo ante*" (Código Brasileiro de Defesa do Consumidor, Forense Universitária, 5ª ed., p. 168).

O direito à rescisão do contrato é evidente.

Restou incontroverso que o autor adquiriu um veículo novo na concessionária **Gran Bay** e logo após foi surpreendido com superaquecimento, vício que evidentemente compromete o funcionamento do motor[2], ocasião em que a revendedora e a concessionária foram notificadas para efetuarem a troca do veículo.

A despeito disso, o veículo foi encaminhado à concessionária **Itavema, em 30 de novembro de 2010**, onde foi realizada apenas a troca de uma braçadeira da mangueira de água, sangria no sistema de arrefecimento e completado o nível de água.

A própria concessionária Itavema, na segunda vez que o veículo foi levado com o mesmo problema (superaquecimento), afirma ter constatado que "*... o sistema de arrefecimento se encontrava em perfeitas condições, contudo, devido ao superaquecimento ocorrido outrora, houve o empenamento do cabeçote, problema que num primeiro momento não era passível de ser diagnosticado.*". Reconheceu, assim, que o defeito persistiu até a troca de peça superior do motor (cabeçote), sendo certo que o veículo foi devolvido ao consumidor em **21 de janeiro de 2011**.

Além disso, o autor levou o veículo na mesma concessionária para conserto da suspensão, troca do porta-copos e, por fim, para reparos no ar-condicionado (desligava sozinho) e no piloto automático (não travava na descida) que não acionava corretamente.

É certo que, em relação aos dois últimos vícios apontados pelo consumidor, a concessionária Itavema afirmou que "*As reclamações não tinham pertinência, vez que decorrem da própria característica do veículo, constantes, **inclusive do***

Acesso ao Sumário

2 Observe-se que no documento entregue pelo prestador de serviço de guincho constou no campo diagnóstico a expressão "Saiu Fumaça".

manual do mesmo" (grifei), mas deixou de fazer prova de sua alegação.

Portanto, além de ter excedido o prazo de 30 dias previsto no art. 18 do Código de Defesa do Consumidor, nada garante que o veículo possa apresentar novo vício de qualidade decorrente do superaquecimento - como cediço, um superaquecimento capaz de empenar o cabeçote certamente compromete outros componentes do motor, ou, no mínimo, reduz sua vida útil -, não sendo razoável exigir que o consumidor permaneça com veículo zero quilometro nestas condições.

Nesse sentido confira o precedente do Superior Tribunal de Justiça.

"*CIVIL. AQUISIÇÃO DE VEÍCULO ZERO-QUILÔMETRO. DEFEITO. A quantidade e a freqüência dos defeitos manifestados logo após a compra do veículo zero-quilômetro autorizam o pedido da substituição (CDC, art. 18, § 3º); nada justifica a presunção de que, consertado o último defeito, outro não se revele logo a seguir, como já aconteceu nas ocasiões anteriores. ...*" (REsp nº 445804/RJ, Rel. Ministro ARI PARGENDLER, TERCEIRA TURMA, julgado em 05/12/2002, DJ 19/05/2003, p. 226).

Rescindido o contrato de compra e venda é devida a restituição dos valores gastos com o IPVA e licenciamento do ano de 2011, cujos comprovantes de pagamento estão copiados às fls. 76/77, pois o veículo não foi utilizado pelo consumidor.

O dano moral também restou configurado.

Cediço que quando se adquire um veículo zero quilômetro o consumidor busca exatamente a segurança e conforto de não ficar sujeito às vicissitudes de um veículo usado - que demanda manutenção regular e permanente -, presumindo que ele tenha passado por um rigoroso controle de qualidade do fabricante, até porque isso é o que ocorre na maioria dos negócios desta natureza.

Evidente, pois, que o autor teve frustrado sua legítima expectativa de utilização e fruição e regular do veículo adquirido, suportando defeito relevante no motor nos primeiros dias após a compra e a resistência das rés em trocar o bem ou devolver o dinheiro.

Acresça-se, ainda, que a fabricante e suas concessionárias, mais do que desrespeitaram o consumidor, o desprezaram, tratando-o com tal grau de indiferença e leviandade que importou em flagrante violação à dignidade da pessoa humana.

Ao contrário do sustentado pelas rés, tais acontecimentos extrapolam os limites do mero aborrecimento, importando em transtornos juridicamente relevantes, ofensivos ao patrimônio moral da vítima, impondo aos causadores o dever de indenizar.

Assim, atendendo aos princípios da moderação e da razoabilidade, de sorte a assegurar ao lesado justa reparação, sem importar em enriquecimento

sem causa, mostra-se adequado o valor fixado pelo magistrado de primeiro grau (R$ 25.000,00, vinte e cinco mil reais), razão pela qual fica mantido.

Em caso semelhante já decidiu o Superior Tribunal de Justiça, no sentido de que "*... Se o veículo zero-quilômetro apresenta, em seus primeiros meses de uso, defeitos em quantidade excessiva e capazes de reduzir substancialmente a utilidade e a segurança do bem, terá o consumidor direito à reparação por danos morais, ainda que o fornecedor tenha solucionado os vícios do produto no prazo legal. - Na linha de precedentes deste Tribunal, os danos morais, nessa hipótese, deverão ser fixados em quantia moderada (salvo se as circunstâncias fáticas apontarem em sentido diverso), assim entendida aquela que não ultrapasse a metade do valor do veículo novo, sob pena de enriquecimento sem causa por parte do consumidor. ... ...*" (REsp nº 324.629/MG, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 10/12/2002, DJ 28/04/2003, p. 198).

Contudo, merece reparo a condenação solidária da apelante Companhia de Crédito, Financiamento e Investimento RCI Brasil ao pagamento solidário da indenização por danos morais, devendo, nesse particular, ser dado provimento ao recurso por ela interposto.

Com efeito, os danos morais sofridos pelo autor, conforme antes assinalado, derivaram do tratamento leviano e indiferente que recebeu das corrés Itavema Japan Veículos Ltda., Nissan do Brasil Automóveis Ltda. e Grand Bay Comércio de Veículos e Peças Ltda., inexistindo, nesse particular, qualquer contribuição causal por parte da financeira, quem nenhum ilícito cometeu capaz de ensejar sua responsabilidade por indenizar moralmente o autor, a tanto não se prestando a mera alegação de integrar o mesmo grupo financeiro das demais corrés.

Os lucros cessantes são indevidos.

Como bem observou o magistrado o autor "*... não menciona em concreto nenhum negócio que deixou de ser celebrado com a intermediação do autor em razão de estar privado do uso do veículo, e as declarações de imposto de renda demonstram que, nos exercícios financeiros de 2010 e 2011 teve um aumento de sua renda.*".

Além disso, o recorrente afirma ter exercido suas atividades "*... ora se valendo de transporte privado ou público, ora se socorrendo de amigos e parentes para conseguir de deslocar*", além de ter comprado outro veículo em meados de 2011 (fls. 514), fragilizando ainda mais a pretensão de arbitramento de lucros cessantes, cujo reconhecimento exige base segura e concreta.

Por fim, a rescisão do contrato de financiamento também é de rigor, sendo pacífico o entendimento de que "*O Código de Defesa do Consumidor é aplicável às instituições financeiras*" (Súmula 297 do STJ).

Acesso ao Sumário

Como bem definiu Carlos Nelson Konder, em obra derivada de dissertação de mestrado a respeito do tema, "*... são conexos os contratos que, para além de sua função individual específica, apresentam juntos uma função ulterior. Em virtude de sua ligação, aqueles negócios estruturalmente independentes perseguem uma finalidade que ultrapassa a mera soma das próprias finalidades individuais*" (Contratos Conexos, Renovar, 2006, p. 189).

É exatamente esta a hipótese dos autos: o contrato de financiamento e o contrato de compra e venda, embora estruturalmente independentes entre si, encontram-se funcionalmente interligados, têm um fim unitário comum, sendo ambos, em essência, partes integrantes de uma mesma operação econômica global, de tal arte que cada qual é a causa do outro, um não seria realizado isoladamente, sem o outro.

Ora, sendo conexos os contratos, a análise desloca-se da estrutura unitária de cada um deles para a análise integrada dos vínculos individuais e, a partir daí, dos direitos e das obrigações decorrentes não dos contratos individualmente considerados, mas da relação sistemática em que se situam, condizente com a totalidade negocial.

Isto significa que a relação sinalagmática forma-se não apenas entre as prestações de cada contrato, mas entre todos, de tal modo que as vicissitudes que venham a afetar um deles também projetam efeitos sobre os demais. Ressalte-se não ser a contaminação um efeito automático, dependendo, evidentemente, de se verificar se as perturbações de um contrato efetivamente causam prejuízo à função comum perseguida plurinegocialmente.

Portanto, a ineficácia ou rescisão de um contrato se estenderá ao outro coligado se, ante o desaparecimento do primeiro, o segundo perder sua razão de ser e se tornar inalcançável o propósito que ligava ambos os ajustes.

Assim, resolvido o contrato de compra e venda, também não se justifica a permanência do contrato de financiamento, sob pena de impedir o consumidor de obter o retorno ao *status quo* anterior ao negócio, cujo desfazimento inegavelmente tem direito.

Considerada, portanto, a unidade da operação complexa formalmente estruturada nos dois distintos contratos de mútuo financeiro e compra e venda, perfeitamente possível ao consumidor alcançar também a rescisão do primeiro em caso do inadimplemento do vendedor.

Por fim, considerando que a corré Itavema Japan Veículos Ltda. não participou do contrato de compra e venda do veículo, e não mantém relação de preposição em relação à revendedora que o alienou, não há como condená-la solidariamente à devolução do preço, como pretende o autor.

I - Isto posto, pelo meu voto, **dou parcial provimento ao recurso do autor** para:

a) **declarar rescindido o contrato de compra e venda** e, por conseguinte, **condenar as rés** Nissan do Brasil Automóveis Ltda. e Grand Bay Comércio de Veículos e Peças Ltda., ao ressarcimento do valor do sinal (R$ 31.680,00), atualizado desde o desembolso (19.11.2010) e acrescido de juros de 1% desde a citação e ao reembolso dos valores relativos ao IPVA (R$ 1.882,02) e licenciamento de 2011 (R$ 171,02), atualizados a partir das datas dos respectivos pagamentos (24.02.2011 e 18.04.2011), e acrescidos de juros de mora de 1% a partir da citação, devendo o veículo ser restituído à ré Grand Bay Comércio de Veículos e Peças Ltda.

b) **declarar rescindido** o contrato de financiamento firmado com a Companhia de Crédito, Financiamento e Investimento RCI Brasil, e, por consequência, condená-la à devolução das prestações do contrato comprovadamente pagas, a ser apurado em fase de liquidação, com correção monetária desde cada desembolso e juros moratórios desde a citação.

II - **Nego provimento aos recursos das rés Itavema Japan Veículos Ltda., Nissan do Brasil Automóveis Ltda. e Grand Bay Comércio de Veículos e Peças Ltda.**.

III - **Dou provimento ao recurso da ré Companhia de Crédito, Financiamento e Investimento RCI Brasil**, para excluir sua condenação ao pagamento de indenização por danos morais, mantida a condenação em relação às corrés.

IV - No tocante ao **regime de sucumbência**:

a) As rés Grand Bay Comércio de Veículos e Peças Ltda. e Nissan do Brasil Automóveis Ltda., em razão da sucumbência mínima do autor, devem arcar solidariamente com o ressarcimento das custas e despesas processuais, além dos honorários que, nos termos do art. 20, § 3º, do CPC, ora fixo em 20% sobre o valor da condenação.

b) Havendo sucumbência recíproca entre o autor e as rés Itavema Japan Veículos Ltda. e Companhia de Crédito, Financiamento e Investimento RCI Brasil, cada uma destas deverá arcar com as custas e despesas que despendeu e honorários dos respectivos advogados.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0021095-88.2011.8.26.0006, da Comarca de São Paulo, em que são apelantes GERMANO MARQUES (E OUTROS(AS)) e CARLOS ALBERTO DE JESUS MARQUES, são apelados CESAR PINTO XAVIER (E OUTROS(AS)) e EMERSON

Acesso ao Sumário

CIRILLO.

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 31.066)**

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

São Paulo, 8 de outubro de 2014.

ARALDO TELLES, Relator

Ementa: Ação de obrigação de fazer. Alienação de estabelecimento comercial. Transferência, pelos alienantes, para uso em atividade empresarial similar, de linhas telefônicas que, por anos, foram utilizadas no estabelecimento vendido. Notório desvio de clientela, ainda mais considerando que serviam para identificar serviço de "delivery". Procedência mantida.

Recurso desprovido.

VOTO

Trata-se de ação intentada por adquirentes de estabelecimento empresarial contra os alienantes sob a alegação de que estes teriam constituído comércio semelhante e a poucos metros do vendido, promovendo, ainda, a fim de desviar a clientela, a transferência das linhas telefônicas utilizadas há anos para o novo endereço.

Julgada procedente a demanda, apelam os vencidos insistindo que cumpriram a liminar, mas os apelados se negaram a assinar os formulários de transferência das linhas telefônicas. Daí a inexigibilidade das ***astreintes***. No mais, o atraso teve causa na inércia da Telefônica, responsável pela transferência e, por fim, a liminar foi cassada diante da inexistência de caução.

Com contrariedade e recolhido o preparo, vieram-me os autos.

É o relatório, adotado o de fls. 144/147.

Nos termos do contrato reproduzido às fls. 21/24, de 16.11.2010, os autores adquiriram o estabelecimento empresarial lá descrito.

Restou incontroverso que os alienantes, ora recorrentes, estabeleceram novo empreendimento, com atividade idêntica àquele vendido, passando a utilizar as linhas telefônicas da Ki-La De Markes Pizzaria Esfiha Ltda. no novo empreendimento.

O pleito foi corretamente atendido, merecendo mantida a r. sentença de

procedência.

O art. 1.147 do Código Civil, extraído, segundo a generalidade dos doutrinadores, de disposição similar do Código Civil Italiano de 1942, propõe a interdição da concorrência a quem tenha alienado estabelecimento empresarial, salvo, claro, disposição contratual em sentido contrário.

O objeto de tal alienação, por sua vez, envolve uma universalidade de fato, concorrendo, na sua composição, bens incorpóreos e corpóreos, dispostos, conforme a vontade do empresário, com objetivo primeiro de angariar clientela e obtenção consequente de lucro.

Natural, então, que o adquirente faça valer aquela disposição legal inicialmente referida de forma a evitar que o alienante, concretizado o negócio, volte a se estabelecer e, utilizando a mesma lógica empregada na azienda vendida, acabe desviando a clientela do que a comprou.

É o que se verifica na hipótese.

Embora as linhas telefônicas estivessem em nome de **Germano** (fls. 31/41), é certo que serviam para identificar o serviço de *delivery* de pizzas da alienada **Ki-Lademarkes** (fls. 30).

Os interessados em tal serviço, aos discar os conhecidos números, seriam direcionados para a nova sociedade. E, sendo o mesmo ramo de atividade, poderiam optar pela aquisição neste estabelecimento e não naquele.

Não haveria qualquer problema na escolha, não fosse ela dirigida artificialmente e por conta de meio de comunicação que, durante anos, era o conhecido dos que ali se serviam do *delivery* de pizzas.

No mais, quanto ao descumprimento da liminar de fls. 47, assevera-se que, se de um lado não há prova de que os acionantes teriam se recusado a assinar os formulários de fls. 88/95, de outro não se demonstrou que as linhas foram de fato **transferidas** à sociedade vendida. E tal incumbência cabia aos recorrentes, a quem foi dirigida a ordem.

De resto, não colhe o argumento de que a liminar teria sido cassada ante a ausência de caução e nos termos da decisão copiada às fls. 156. A razão é simples: referida decisão foi exarada em ação cautelar inominada de sustação de protesto e nada tem a ver com a presente.

Por tais fundamentos, nego provimento ao recurso.

É como voto.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0004475-

Acesso ao Sumário

06.2010.8.26.0242, da Comarca de Igarapava, em que é apelante POSTO IGARAPAVA LTDA., é apelado JOÃO MALUF.

ACORDAM, em 24ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento ao recurso para anular a sentença, com o retorno dos autos à origem para produção das provas requeridas. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 1712)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores ERSON DE OLIVEIRA (Presidente) e CLÁUDIA GRIECO TABOSA PESSOA.

São Paulo, 9 de outubro de 2014.

CESAR MECCHI MORALES, Relator

Ementa: Embargos à execução - Cheques - Ônus da prova da existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito dos exequentes, que incumbe ao embargante - Hipótese que houve indeferimento de provas pleiteadas pelo recorrente, e a sentença julgou o feito improcedente por falta de provas - Cerceamento de defesa caracterizado - Sentença anulada.

RECURSO PROVIDO.

VOTO

1. Irresignado com o teor da r. sentença de fls. 934-936, que julgou improcedentes os embargos à execução opostos por Posto Igarapava Ltda. em execução ajuizada por João Maluf, apela o embargante.

Sustenta, em preliminar, que a r. sentença deve ser declarada nula por cerceamento de defesa, pois houve tempestivo requerimento de produção de provas, e o feito foi julgado improcedente por ausência destas. No mérito, alega a inexistência de relação comercial com o apelado que justificasse a emissão dos cheques. Pleiteia a reforma da r. sentença.

O recurso é adequado e tempestivo.

Não foram apresentadas contrarrazões.

É o relatório.

2. O recurso comporta provimento.

3. Embora o cheque seja um título de crédito dotado de abstração, autonomia e literalidade, é possível, entre as partes envolvidas na relação, a discussão acerca da *causa debendi* que lhe deu origem, desde que o devedor comprove a existência de fato capaz de elidir sua presunção de liquidez e certeza.

Acesso ao Sumário

Nesse sentido é o entendimento do Colendo Superior Tribunal de Justiça:

"PROCESSUAL CIVIL E COMERCIAL. EXECUÇÃO. NOTAS PROMISSÓRIAS. *CAUSA DEBENDI*. DISCUSSÃO. POSSIBILIDADE. PRECEDENTE (...).

I - A jurisprudência deste Tribunal admite a discussão da relação jurídica subjacente à emissão do título quando há sérios indícios de que a obrigação foi constituída em flagrante desrespeito à ordem jurídica ou se configurada a má-fé do possuidor do título". (REsp nº 261.563/AM, rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, 4ª Turma, j. 2/8/2001).

"DIREITO COMERCIAL. NOTA PROMISSÓRIA. AVALISTA. DISCUSSÃO DA *CAUSA DEBENDI*. IMPOSSIBILIDADE, COMO REGRA. EXCEÇÕES. MÁ-FÉ DO BENEFICIÁRIO. NULIDADE DO NEGÓCIO SUBJACENTE POR ERRO, DOLO OU FRAUDE. TEMAS NÃO ABORDADOS PELAS INSTÂNCIAS ORDINÁRIAS. RECURSO DESACOLHIDO.

I - Em regra, na linha dos precedentes desta Corte e do Supremo Tribunal Federal, não se permite ao avalista da nota promissória opor exceção pessoal do avalizado ou discutir a causa debendi.

II - Excepcionalmente, como nos casos de má-fé do beneficiário do título ou de nulidade do negócio subjacente por erro, dolo ou fraude, é dado ao avalista a discussão da causa originária da cártula. (...)". (REsp nº 249.155/SP, rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, 4ª Turma, j. 18/5/2000).

4. No caso dos autos, a empresa apelante alegou que os títulos que embasam a execução decorrem de empréstimos pessoais contraídos pelo então sócio Reginaldo Hauck Barboza, já falecido. Como início de prova, trouxe aos autos cópias de páginas de livro-caixa (fls. 61-910), e requereu a produção de perícia contábil e prova testemunhal, além do depoimento pessoal do embargado.

O recorrido, por sua vez, limitou-se a alegar que a emissão dos cheques decorreu de negócio lícito entabulado entre as partes, sem mencionar sua origem.

5. Respeitado o entendimento do douto Juiz de primeira instância, era o caso de ter sido deferida a produção de prova pleiteada pelo embargante.

Na r. sentença proferida expressamente consta que "*Em síntese, embora o emitente possa até ter agido sem a observância do estatuto da empresa de que era sócio, tal excesso não poder ser oponível ao credor,* ***uma vez não há prova de sua má-fé***" (fls.935- destaquei).

Caracterizado, assim, o cerceamento de defesa, conforme precedente do Colendo Superior Tribunal de Justiça:

"PROCESSUAL CIVIL. CERCEAMENTO DE DEFESA. JULGAMENTO ANTECIPADO DA LIDE. OCORRÊNCIA.

Acesso ao Sumário

- Há cerceamento de defesa quando, julgada antecipadamente a lide, o pedido é indeferido em virtude da ausência de prova da pretensão.

- Agravo não provido". (AgRg no REsp nº 1232862/SP, Rel. Ministra Nancy Andrighi, 3ª. T., j. 28/06/2011).

Vale ainda trazer à colação pronunciamento desta Egrégia Câmara em hipótese similar:

"EMBARGOS À EXECUÇÃO - NOTAS PROMISSÓRIAS - AGIOTAGEM - CERCEAMENTO DE DEFESA – Ônus da prova da existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor, que incumbe ao embargante - Hipótese em que, embora o embargante tenha se quedado inerte com relação ao despacho que determinou a especificação de provas, já as havia especificado na inicial, momento adequado à prática do ato, sob pena de preclusão - Suposto empréstimo de dinheiro realizado entre particulares, com cobrança de juros usurários, que recomenda a dilação probatória - Cerceamento de defesa caracterizado - Sentença anulada - Apelo provido". (Apelação nº 9283313-38.2008.8.26.0000, rel. Des. Salles Vieira, 24ª Câmara de Direito Privado, j. 8/3/2012).

6. Em vista do exposto, pelo meu voto **dou provimento** ao recurso para anular a sentença, com o retorno dos autos à origem para produção das provas requeridas.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0009679-96.2005.8.26.0568, da Comarca de São João da Boa Vista, em que são apelantes NEGE JACOB (JUSTIÇA GRATUITA) e MARIA APARECIDA ALVARES JACOB, é apelado SMALL DISTRIBUIDORA DE DERIVADOS DE PETRÓLEO 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 19764)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores JOSÉ MARCOS MARRONE (Presidente), PAULO ROBERTO DE SANTANA e J. B. FRANCO DE GODOI.

São Paulo, 24 de setembro de 2014.

JOSÉ MARCOS MARRONE, Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: Juros moratórios - Termo inicial - Cheques - Adotado o atual posicionamento do STJ - Art. 219 do CPC e o art. 405 do atual CC que são aplicados de maneira residual aos casos em que não se verifica a mora antes da citação do devedor por outra forma legalmente admitida - Hipótese de mora "*ex re*", em que o simples decurso do prazo assinalado na obrigação positiva e líquida, sem o seu cumprimento, induz em mora o devedor - Juros moratórios que devem incidir a partir da data da primeira apresentação do cheque ao banco sacado - Art. 52, II, da Lei nº 7.357/85.

Juros moratórios - Termo inicial - Duplicatas - Idêntico entendimento que se aplica às duplicatas mercantis - Art. 397, "*caput*", do atual CC - Juros moratórios que devem incidir a partir do vencimento da duplicata emitida - Embargos improcedentes -Apelo dos embargantes desprovido.

VOTO

1. Trata-se de embargos do devedor (fls. 2/10), opostos à ação de execução por quantia certa (fls. 2/11 dos autos da execução), fundada em "Carta de Fiança como Garantia Comercial" (fls. 12/13 dos autos da execução), vinculada a duplicatas mercantis protestadas por falta de pagamento, bem como a cheques (fls. 5/8 dos autos da execução), no valor total atualizado de R$ 187.107,06 (fl. 9 dos autos da execução).

A embargada ofereceu impugnação (fls. 13/28), tendo os embargantes apresentado réplica (fls. 30/36).

Na audiência de instrução, as partes desistiram da oitiva das testemunhas arroladas (fl. 174).

A final, o ilustre magistrado de primeiro grau julgou os embargos improcedentes, tendo determinado o prosseguimento da execução, assim como mantido a penhora realizada. Condenou os embargantes no pagamento das custas e despesas processuais, além dos honorários advocatícios fixados em 10% sobre o valor da execução (fls. 250/253).

Inconformados, os embargantes interpuseram, tempestivamente, apelação (fl. 261), aduzindo, em síntese, o seguinte: os juros moratórios são devidos a partir da citação; são coobrigados em razão da carta de fiança; tomaram ciência da dívida no momento da citação; a manutenção da sentença recorrida implica enriquecimento sem causa por parte da embargada; os juros de mora devem

Acesso ao Sumário

incidir a partir de 9.11.2005, nos termos do art. 405 do atual Código Civil (fls. 262/266).

O recurso não foi preparado, uma vez que foi autorizado pelo MM. Juiz de origem o diferimento do recolhimento das custas para final (fl. 39), foi recebido "em seus regulares efeitos" (fl. 270), havendo sido respondido (fls. 279/283).

É o relatório.

2. O reclamo manifestado pelos embargantes não comporta acolhimento.

Explicando:

2.1. Diversamente do sustentado pelos embargantes (fls. 262/266), os juros moratórios não podem ser contados da data da citação.

O Colendo Superior Tribunal de Justiça firmou o entendimento de que o art. 219 do CPC, assim como o art. 405 do Código Civil (fl. 264), tem aplicação residual para casos de mora "*ex persona*", nas hipóteses de obrigação ilíquida ou sem termo certo, se ainda não ocorreu prévia constituição em mora por outro modo legalmente admitido.

Cuidando-se de mora "*ex re*", em que o simples decurso do prazo assinalado na obrigação positiva e líquida, sem o seu cumprimento, induz em mora o devedor, os juros moratórios devem incidir a partir da data da primeira apresentação do cheque ao banco sacado, nos termos do art. 52, inciso II, da Lei nº 7.357, de 2.9.1985, consoante assentado na sentença hostilizada (fl. 253).

Confira-se a ementa do acórdão proferido pela mencionada Corte Superior:

> "Cambiário e processual civil. Recurso especial. Cobrança fundada em cheque. Juros de mora. Incidem a contar da primeira apresentação da cártula. Art. 219 do CPC e art. 405 do CC. Incidência residual para casos em que, à luz do ordenamento jurídico, antes mesmo da citação, não foi verificada a consumação da mora. Causa de pequeno valor. Honorários fixados equitativamente, que não se mostram manifestamente exorbitantes. Revisão em sede de recurso especial. Inviabilidade.
>
> 1. Os juros relativos à cobrança de crédito estampado em cheque são disciplinados pela Lei do Cheque, que veda a cobrança de juros compensatórios (art. 10) e estabelece que a incidência dos juros de mora é a contar da primeira apresentação da cártula (art. 52, II).
>
> 2. O art. 219 do CPC, assim como o art. 405 do CC/2002, deve ser interpretado à luz do ordenamento jurídico, tendo aplicação residual para casos de mora 'ex persona', nas hipóteses de obrigações ilíquidas ou sem termo certo, se ainda não houve a prévia constituição em mora por outra forma legalmente admitida.
>
> 3. Os honorários advocatícios sucumbenciais, arbitrados em R$ 500,00

Acesso ao Sumário

(quinhentos reais), ainda que suplantem o proveito econômico perseguido na demanda, à evidência, não se mostram exorbitantes, amoldando-se ao disposto no art. 20, § 4º, do CPC; dispondo que, nas causas de pequeno valor, os honorários serão fixados conforme apreciação equitativa do juiz, observados os parâmetros legais. Com efeito, é inviável o reexame de provas para análise dos critérios utilizados pela Corte local para fixação da verba sucumbencial - incidência da Súmula 7/STJ.

4. Recurso especial não provido." (REsp nº 1.354.934-RS, registro nº 2012/0246080-0, 4ª Turma, v.u., Rel. Min. LUIS FELIPE SALOMÃO, j. em 20.8.2013, DJe de 25.9.2013) (grifo não original).

2.2. Aplica-se o mesmo raciocínio ao início do cômputo dos juros moratórios em relação às duplicatas mercantis, já que, cogitando-se de dívida líquida, o inadimplemento, no seu termo, constitui de pleno direito em mora o devedor.

É o que preceitua o art. 397, "*caput*", do atual Código Civil.

Nos dizeres de GLADSON MAMEDE:

"O inadimplemento da obrigação representada pela duplicata caracteriza ato ilícito e, destarte, autoriza ao credor, em sua execução, pleitear a cobrança dos juros moratórios, cobrados nos limites permitidos pelo Código Civil. A duplicata, contudo, não comporta o estabelecimento de multa moratória. Os juros são apenas os moratórios, já que a Lei nº 5.474/68 não contempla a possibilidade de serem estipulados juros compensatórios (remuneratórios) (...)" ("Títulos de crédito", 4ª ed., São Paulo: Atlas, 2008, v. 3, capítulo 10, nº 7.2, p. 346) (grifo não original).

Logo, os juros moratórios são devidos a partir do vencimento da duplicata emitida.

3. Nessas condições, nego provimento à apelação contraposta, mantendo, na íntegra, a sentença impugnada (fls. 250/253).

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos destes autos de Apelação nº 9068994-59.2002.8.26.0000, da Comarca São Paulo, em que são apelantes DOUGLAS CIAPPINA e JOÃO FRANCISCO DE SOUZA NETO, são apelados BANCO ITAÚ S/A e CARLOS CRISTO NUNES.

ACORDAM, em 37ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "De ofício, julgaram extinto o processo de imissão na posse com fundamento no artigo 267, inciso VI (falta de

Acesso ao Sumário

interesse de agir superveniente), do Código de Processo Civil, não conheceram do recurso interposto nessa ação e negaram provimento ao recurso ofertado na ação de anulação de ato jurídico. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 9596)**

O julgamento teve a participação do Exmos. Desembargadores JOSÉ TARCISO BERALDO (Presidente) e SERGIO GOMES.

São Paulo, 30 de setembro de 2014.

JOÃO PAZINE NETO, Relator

Ementa: Ação de imissão na posse. De ofício, processo extinto com fundamento no artigo 267, VI, do CPC (falta de interesse de agir superveniente, modalidade utilidade). Contrato de compra e venda e que fundamenta a ação objeto de distrato.

Ação de anulação de ato jurídico. Inconstitucionalidade do Decreto-Lei que é matéria já superada. Aplicação da Súmula nº 20 deste Tribunal de Justiça. Processo expropriatório que é regular. Autor da ação que se tornou inadimplente com o pagamento do preço ajustado. Execução do contrato que é regular. Cálculo da Contadoria de Segunda Instância que, com base no contrato, evidencia a existência de saldo devedor. Sentença proferida mantida.

De ofício, processo de imissão na posse extinto com fundamento no artigo 267, VI, do CPC, não conhecido o recurso interposto nessa ação, enquanto não provido o recurso interposto na ação de anulação de ato jurídico.

Acesso ao Sumário

VOTO

Tratam-se de ações de anulação de ato jurídico e de imissão na posse apreciadas simultaneamente pela r. sentença de fls. 515/523 (autos principais), cujo relatório adoto, que julgou improcedente a ação anulatória proposta por Douglas Ciappina em face de Banco Itaú S/A, condenado o Autor a suportar as custas processuais e a pagar honorários advocatícios, estes arbitrados em 20% do valor atualizado da causa. Julgou procedente a ação de imissão na posse proposta por Carlos Cristo Nunes em face de João Francisco de Souza Neto, condenado o Réu a suportar as custas processuais e a pagar honorários advocatícios, estes arbitrados em 20% sobre o valor atualizado da causa. Em consequência do decidido, revigorou a liminar concedida na ação de imissão na

posse, com determinação de que seja o Autor de imediato imitido na posse do imóvel, dela desalojado o Réu.

Embargos de declaração formalizados pelo Réu da ação de imissão na posse, João Francisco de Souza Neto (fls. 525/529), rejeitados pela r. decisão de fls. 530/531vº.

Apelam Douglas Ciappina (ação anulatória de ato jurídico, autos principais) e João Francisco de Souza Neto (ação de imissão na posse, em apenso).

Douglas Ciappiana (fls. 538/560) com alegação, em síntese, que por meio de instrumento particular de compra e venda de bem adquiriu um imóvel, certo que pelo mesmo instrumento deu o imóvel em hipoteca a favor do Apelado Banco Itaú S/A, com garantia de dívida correspondente ao financiamento enquadrado nas normas do Sistema Financeiro da Habitação - SFH. Não se vislumbra, neste tipo de contrato, qualquer interesse comercial ou especulação imobiliária que possa descaracterizar, por assim dizer, o interesse social que representa a casa própria, cada vez mais, com maior vigor, em nosso país. O financiamento obedeceria ao "plano de equivalência salarial". Isto significa que as prestações deveriam ser corrigidas unicamente de acordo com a variação salarial da categoria profissional do titular do financiamento. O Apelado desrespeitou o pactuado, desde o início, por aplicar, à título de correção, índices diversos e muito superiores àqueles que refletiam a variação salarial do titular do financiamento do imóvel. Pagou, desde o início do contrato, valores muito superiores aos corretos, o que causou diminuição em seu patrimônio e enriquecimento sem causa do agente financeiro. Tentou desesperadamente entrar em acordo com o Apelado, para diminuir o valor das prestações que subiam a cada mês, de forma abusiva e arbitrária. O Apelado levou o imóvel a leilão, nos termos do Decreto-Lei nº 70/66. A execução extrajudicial é ilegal, vez que o referido decreto é inconstitucional. Ademais, o Apelado descumpriu as formalidades do Decreto-Lei nº 70/66. Conforme já informado nos autos, o Apelado afirma que vendeu o imóvel ora em discussão ao Corréu Carlos Cristo Nunes, em 27/11/98, sendo que este, em 09/12/98, ingressou com ação de imissão na posse sob a alegação de ser o comprador do referido imóvel, juntando inclusive compromisso de venda e compra. No entanto, o Autor da ação de imissão na posse não se manifesta nos autos há muito tempo, encontrando-se o processo paralisado. Pretende ainda a revisão do contrato.

João Francisco de Souza Neto (fls. 206/217, autos em apenso) com alegação, em síntese, que adquiriu o imóvel objeto da lide, por força do documento juntado às fls. 48/52 (autos em apenso), do Sr. Douglas Ciappina, em 11/04/94. Em 03/8/98, foi ajuizada ação anulatória em nome do Sr. Douglas Ciappina, tendo em vista ser ele o titular do imóvel junto à instituição financeira (fls. 53/60, autos em apenso), com a finalidade de anulação de ato jurídico consubstanciado

Acesso ao Sumário

na execução extrajudicial baseada no inconstitucional DL nº 70/66. A sentença é nula, por ausência de fundamentação. O Autor da imissão na posse adquiriu coisa litigiosa. Ocorre ainda a superveniente falta do interesse de agir, vez que o imóvel ainda pertence ao Banco Itaú S/A. Estranhamente, ainda, o Autor da imissão na posse não se manifesta nos autos há bastante tempo. Ocorreu nítido cerceamento de defesa, pela não apreciação do requerimento de provas que formulou. A arrematação realizada pelo Banco Itaú S/A é inconstitucional.

Preparos anotados às fls. 561 e 218 (autos em apenso). Os recursos foram recebidos e processados nos efeitos devolutivo e suspensivo (fls. 579 e 219, autos em apenso), com oferta de contrarrazões (fls. 580/596) apenas pelo Banco Itaú S/A.

É o relatório.

A r. sentença de fls. 515/523 não comporta reparos no que respeita à ação anulatória, com adequação apenas no que respeita à ação de imissão, por fato posterior a ela.

Inicialmente, afirme-se que a ação de imissão na posse deve ser julgada extinta, com fundamento no artigo 267, inciso VI, do Código de Processo Civil, pela perda superveniente do interesse de agir, modalidade utilidade, do Autor Carlos Cristo Nunes.

Fundamentou o Autor Carlos Cristo Nunes o pedido com apoio no contrato de fls. 08/12 (autos em apenso), por meio do qual teria adquirido o imóvel objeto da lide. Contudo, verifica-se que este contrato restou distratado em 22/02/2000, embora só tenha vindo aos autos em data posterior à r. sentença (fls. 640/642, autos principais).

Para CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO, "*a observação da indispensável suficiência do interesse de agir, ..., levou a doutrina moderna a considerar que a presença do interesse se condiciona à verificação de dois requisitos cumulativos, a saber: necessidade concreta da atividade jurisdicional e adequação do provimento e do procedimento desejados. Não se trata, a rigor, de requisitos, mas de idôneos indicadores, de cuja ausência se conclui com segurança pela inexistência do legítimo interesse*" (Execução Civil, vol.1, 2ª ed., RT, pág. 229). Esse também o entendimento de VICENTE GRECO FILHO (Dir. Proc. Civil Brasileiro, 1º vol., ed. Saraiva, 1987, pág. 73).

Trata-se de questão que pode e deve ser conhecida a qualquer momento, mesmo de ofício, pelo Juiz (artigo 267, par.3º, do C.P.C.).

Ainda que assim não fosse, verifica-se também a ausência manifesta do interesse recursal do Apelante João Francisco de Souza Neto, pois conforme já enunciado na r. sentença (fl. 522), *verbis*:

> "*O adquirente da unidade, prometido cessionário de direitos consoante instrumentação particular firmada com o autor da anulatória,*

Acesso ao Sumário

João Francisco de Souza Neto, sobre não ter contestado a ação, limitando-se a reclamar revogação da liminar (fls. 34/39), ainda acordou com o autor, prometido comprador da mesma unidade por força de contrato firmado com o réu da ação anulatória, a entrega voluntária das chaves e a desocupação integral do imóvel (fls. 95/96) e, confirmando o acordo, requestou ampliação do prazo em virtude de razões familiares (fls. 106/109) e até pediu meios de execução voluntária do acordo (fls. 116/117). Praticou, portanto, atos incompatíveis com a resistência em cumprir o dever de entregar a posse do imóvel, traduzindo conduta que implica em inequívoco reconhecimento do direito do autor."

Isso implicaria também em não conhecer do recurso em razão da manifesta ausência do interesse recursal e a r. sentença contém fundamentação pertinente ao contido nos autos, sem se vislumbrar qualquer ofensa ao disposto no artigo 458, inciso II, do Código de Processo Civil.

No que se refere à ação anulatória de ato jurídico, dispõe a Súmula nº 20 deste Tribunal de Justiça: "*A execução extrajudicial, fundada no Decreto-Lei nº 70, de 21.11.1966, é constitucional.*"

Em razão do enunciado, desnecessária qualquer alusão ao quanto sustentado pelo Apelante Douglas Ciappina neste aspecto. Verifica-se ainda a inexistência de qualquer irregularidade quanto ao processo expropriatório. Aqui novamente é caso de transcrever trecho da r. sentença (fl. 520), *verbis*:

"*De outra banda, veja-se que o autor recebeu regularmente os avisos de cobrança exigidos pela lei de regência, ou ao menos, e é o que basta, foram eles remetidos para o endereço do imóvel financiado, onde recepcionados (fls. 504/509). Tais documentos são os originais daqueles reproduzidos às fls. 419/423, de cuja ilegibilidade o autor reclamara e por eles é visto que a exigência legal foi plenamente satisfeita.*

Por igual remeteu-se ao autor a notificação de que se daria início à expropriação caso não sobreviesse a purgação da mora, tal como impõe a lei, de modo que ainda aqui a desrazão do autor é evidente (fls. 424/426)."

Por sua vez, incontroverso nos autos que o Apelante Carlos Ciappina tornou-se inadimplente quanto aos termos do contrato de compra e venda firmando com o Banco Itaú S/A. Suas alegações quanto ao descumprimento, pelo agente financeiro, quanto à execução do contrato, não restaram evidenciadas, ônus que lhe competia nos termos do artigo 333, I, do Código de Processo Civil.

Vê-se ainda dos autos cálculo da Contadoria de Segunda Instância, onde enunciada a existência de débito do Apelante Carlos Ciappina em 13/3/89. Por "*não possível apurar se os índices aplicados às parcelas obedeceram a evolução salarial do mutuário*" (fl. 907), o cálculo foi elaborado mediante atualização dos

Acesso ao Sumário

saldos pelos índices da caderneta de poupança, previsto na cláusula segunda, parágrafo primeiro e segundo, do contrato firmado entre as partes.

Mesmo se considerado como correto o entendimento manifestado pelo Apelante, fato é que não tomou qualquer medida para corrigir eventuais erros, sem que possa, sob este argumento, tornar-se inadimplente e, posteriormente, querer justificar sua mora.

Verifica-se, portanto, que a r. sentença atacada analisou de forma correta as questões suscitadas na ação anulatória, com adequada fundamentação jurídica à hipótese dos autos, além de bem avaliar o conjunto probatório. Qualquer outro acréscimo que se faça aos seus bem lançados fundamentos constituiria desnecessária redundância.

Diante do exposto, de ofício, julgo extinto o processo de imissão na posse com fundamento no artigo 267, inciso VI (falta de interesse de agir superveniente), do Código de Processo Civil, não conhecido o recurso interposto nessa ação, e nego provimento ao recurso ofertado na ação de anulação de ato jurídico.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0005554-06.2009.8.26.0161, da Comarca de Diadema, em que é apelante/apelado CARREFOUR COMÉRCIO E INDÚSTRIA LTDA., são apelados/apelantes ACE SEGURADORA S/A e Apelado IRB BRASIL RESSEGUROS S/A, LUIS FERREIRA DE ALENCAR (JUSTIÇA GRATUITA), IRACILDA ALVES FERREIRA DE ALENCAR (JUSTIÇA GRATUITA), VANESSA ALVES DE ALENCAR (JUSTIÇA GRATUITA) e WELLINGTON ALVES DE ALENCAR (JUSTIÇA GRATUITA).

ACORDAM, em 31ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento aos recursos dos autores e da seguradora litisdenunciada e, acolheram em parte o da ré, por votação unânime", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 27.747)**

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

São Paulo, 30 de setembro de 2014.

FRANCISCO CASCONI, Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: DIREITO DE VIZINHANÇA - AÇÃO DE INDENIZAÇÃO - VAZAMENTO DE GASOLINA NO SUBSOLO - CONTAMINAÇÃO - PERIGO À SAÚDE E LIMITAÇÃO AO USO DA PROPRIEDADE - LAUDO PERICIAL QUE APONTA INEXISTÊNCIA DE NEXO DE CAUSALIDADE ENTRE OS DANOS ALEGADOS PELOS AUTORES E O VAZAMENTO DE COMBUSTÍVEL - AFLIÇÃO DECORRENTE DO TEMOR DE CONTAMINAÇÃO POR COMPONENTES NOCIVOS À SAÚDE - REALIZAÇÃO DE OBRAS E PRODUÇÃO DE RUÍDOS NO LOCAL - NECESSIDADE DE PERMANÊNCIA EM HOTEL DURANTE AS OBRAS - ALTERAÇÃO DA ROTINA FAMILIAR - DANO MORAL CARACTERIZADO - FIXAÇÃO EM R$ 10.000,00 PARA CADA UM DOS AUTORES BEM SOPESADA - AÇÃO REGRESSIVA RESULTANTE DE DENUNCIAÇÃO DA LIDE À SEGURADORA - AUSÊNCIA DE INSURGÊNCIA, EM CONTESTAÇÃO, QUANTO À POSSIBILIDADE DE CONDENAÇÃO POR DANOS MORAIS - RESSARCIMENTO DEVIDO - ACOLHIMENTO PARCIAL DO PLEITO INDENIZATÓRIO E INTEGRAL QUANTO AO DIREITO DE REGRESSO - SUCUMBÊNCIA - DENUNCIANTE VENCIDA NA AÇÃO PRINCIPAL, PROCEDENTE A DENUNCIAÇÃO, RESPONDE PELOS HONORÁRIOS DAQUELA, RECEBENDO AVERBANA LIDE SECUNDÁRIA - CONDENAÇÃO DA SEGURADORA LITISDENUNCIADA NAS VERBAS DA SUCUMBÊNCIA - RECURSOS DOS AUTORES E DA SEGURADORA LITISDENUNCIADA IMPROVIDOS, ACOLHIDO EM PARTE O DA RÉ.

VOTO

Apelações interpostas contra r. sentença de fls. 1.094/1.097, cujo relatório adoto, que julgou parcialmente procedente ação de indenização fundada em direito de vizinhança, condenada a ré no pagamento de R$ 10.000,00, a cada um dos autores, a título de danos morais, corrigidos monetariamente e acrescidos de juros de mora, reciprocamente sucumbentes as partes, procedente a lide

Acesso ao Sumário

secundária, condenada a denunciada a reembolsar a denunciante, observados os limites da apólice, condenado, ainda, o IRB - Brasil Resseguros S/A no reembolso.

Recorrem as partes.

Sustenta a ré, em síntese, que o vazamento foi controlado e remediado, não restando evidenciado nexo de causalidade com os danos reclamados. Subsidiariamente, pleiteia redução do ***quantum***. Assevera que se trata de contrato de locação verbal e que os autores não comprovaram que são locatários do imóvel desde a data em que descoberto o vazamento de gasolina. Aduz que aborrecimento e transtorno não são passíveis de indenização. Por fim, pleiteia condenação da seguradora litisdenunciada nas verbas de sucumbência.

A seguradora litisdenunciada alega que não há cobertura para dano moral, salvo convenção em contrário. Sustenta que, no caso dos autos, há convenção em contrário que garante pagamento de indenização por danos morais caso haja condenação por danos materiais ou pessoais.

Os autores, por sua vez, pleiteiam majoração do ***quantum***.

Recursos regularmente processados e contrariados.

É o relatório.

Depreende-se da inicial que, em meados de junho de 2006, foi constatado vazamento em posto de gasolina situado nas dependências da ré, ocasionando forte odor de combustível nas residências do Jardim Remanso, na cidade de Diadema, proveniente dos ralos dos banheiros, cozinhas e quintais. Afirmam os autores que aproximadamente duzentos mil litros de combustível contaminaram o lençol freático e a rede de esgotos do bairro e que o imóvel vizinho, comprado pela requerida para montar maquinário, corria risco de explosão. Asseveram que o equipamento destinado a bombear a gasolina que vazou funciona ininterruptamente, gerando ruído que causa incômodo aos moradores. Aduzem que passaram a sofrer problemas de saúde, especialmente, respiratórios, e que os atendimentos médicos em posto montado pela requerida são burocráticos, causando-lhes constrangimento. Em meados de janeiro de 2009 passaram oito dias em hotel enquanto eram realizadas obras em sua residência.

Atribuindo à ré responsabilidade pelos danos à saúde, constrangimentos e dissabores sofridos em razão do vazamento de combustível e contaminação da água, pleiteiam reparação.

Em defesa, sustenta a ré que o vazamento teve início em abril de 2006. O descarregamento de combustível à distância foi desativado e o posto foi fechado por determinação da CETESB para reparos, retomando suas atividades após comprovação de que todos os tanques e as linhas entre os tanques e as bombas se encontravam estanques. Alega que a CETESB, em inspeção, não constatou transbordamento de gasolina pelos ralos das residências. Por outro lado, alega

Acesso ao Sumário

não haver prova de que os autores residiam no imóvel à época da contaminação, aliás, grande parte da documentação acostada à inicial diz respeito a outros moradores, que não os requerentes. Aduz, ainda, que o imóvel dos promoventes não apresentou risco de explosão ou incêndio. Ademais, a rede de fornecimento de água às residências da região não foi atingida pelo vazamento de combustível.

Afirma, ainda, que o nexo causal entre os danos e o vazamento não restou comprovado. Eventuais vapores de hidrocarbonetos e etanol oriundos do solo e da água subterrânea são capturados pelos sistemas de remediação em operação no local, e, em consequência, não atingem o interior das residências. Presta atendimento médico aos moradores da região, asseverando que problemas respiratórios podem ter outra causa. Simples desconforto não justifica indenização.

Sobreveio sentença de parcial procedência, contra a qual se insurgem autores, ré e litisdenunciada.

Analisados em conjunto, os recursos dos autores e seguradora litisdenunciada não comportam provimento, merecendo parcial acolhida o da ré denunciante.

Inicialmente, cumpre consignar que o autor Luís Ferreira de Alencar residia no imóvel da Rua São João, nº 63, Jardim Remanso, na cidade de Diadema, pelo menos, desde fevereiro de 1999, consoante se verifica do documento de fls. 32, presumindo-se, diante dos recibos de aluguel emitidos em setembro, outubro, novembro e dezembro de 2007 e janeiro, fevereiro, março, abril e maio de 2008 (fls. 33/37), que em 2006 residia com sua família no local, fazendo cair por terra alegação da ré Carrefour de que, por se tratar de contrato de locação verbal, não estaria comprovada a ocupação do imóvel na ocasião dos fatos.

Na hipótese vertente, verifica-se que o vazamento de combustível na parte subterrânea do solo onde se localiza o imóvel em que os autores residiam, é incontroverso.

Há nos autos inúmeros documentos que apontam para a ocorrência de vazamento de combustível e suas consequências.

Neste sentido, carta da requerida encaminhada à Secretaria de Saúde de Diadema dá conta que implantou sistema de recuperação da fase livre e medidas emergenciais de modo a minimizar o vazamento de combustível. Além disso, realizou investigação detalhada do local e mapeamento das plumas contaminantes. Implementou sistema de remediação apresentando previamente à CETESB informações quanto à sua concepção, realizando monitoramento trimestral (fls. 75/82), bem como, auto de infração com imposição de multa por contaminação do solo e águas subterrâneas pelo vazamento de combustível (fls. 102/106), dentre outros.

O levantamento promovido pela CETESB confirmou a existência de

Acesso ao Sumário

vazamento em uma das linhas de descarga à distância do posto de combustível da ré, o que provocou forte odor nos imóveis da vizinhança, seja nas torneiras, seja nos ralos de escoamento de água, seja na própria superfície do solo.

Destarte, dada a dimensão do acidente e a proximidade com o imóvel dos autores, não é possível afastar as consequências advindas do vazamento de combustível, as quais, como cediço, afetam significativamente o bem estar e a incolumidade psíquica dos requerentes.

Ora, a requerida Carrefour, ao prestar os serviços de distribuição de combustíveis, assume os riscos da atividade desenvolvida. Como sabido, a manipulação de produtos inflamáveis é atividade perigosa. Justamente por isso, deve o fornecedor adotar as máximas cautelas no desempenho desse mister, ainda mais quando a distribuição de combustíveis ocorre em área residencial, como no caso dos autos. Ao não adotar as devidas cautelas, deve arcar com os danos advindos de sua conduta.

Frise-se, ainda, que a configuração dos danos morais independe da demonstração do efetivo prejuízo, que na espécie é presumido pelo fato dos autores terem convivido com a presença de fortes odores de gasolina dentro da residência e vivenciado os riscos de explosão inerentes a este tipo de incidente.

Preenchidos, portanto, os requisitos da obrigação de indenizar, irrelevante perquirir-se a respeito de dolo ou culpa. Basta o fato causador do dano, na medida em que se trata de responsabilidade objetiva da fornecedora de produtos ou serviços, nos termos do Código de Defesa do Consumidor.

O ato ilícito restou caracterizado pelo vazamento de combustível e contaminação da água no Jardim Remanso, fato que ganhou destaque na imprensa local (fls. 74), evidenciado o nexo de causalidade com os dissabores narrados pelos autores.

A indenização por danos morais se justifica em razão da natural aflição por que passaram os autores com o episódio ora tratado, não pelos seus males em si, inexistentes sob o aspecto de comprometimento da saúde conforme ficou apurado, mas sim pelo receio do risco da absorção pelo corpo de elementos tóxicos contidos nos combustíveis, responsáveis por doenças crônicas severas e até de ocorrência de outros acidentes, bem como, diante das constantes obras nas proximidades, produção de ruídos, necessidade de permanecer em hotel, alterando a rotina doméstica, não se podendo falar em mero aborrecimento ou desconforto.

Submetidos à perícia médica, a autora Vanessa Alves de Alencar afirma que tem asma desde criança e que, com o vazamento, as crises são constantes (fls. 953). Assevera o ***Expert*** que o agravamento da doença provocado pelo vazamento desaparece com controle total e cessação da exposição (fls. 961, item 18).

Acesso ao Sumário

Iracilda Alves Ferreira de Alencar refere que o forte odor de gasolina em sua residência era proveniente do ralo do quintal e perdurou por aproximadamente um ano. Sentia náuseas e cefaleia (fls. 976). Concluiu o laudo pericial que não existe nexo com lesão dermatológica, a rinite precisa ser comprovada e, se existente e relacionada ao vazamento, desaparece com controle total e cessação da exposição (fls. 1009, itens 17 e 18).

Wellington Alves de Alencar possui histórico de rinite alérgica, apresentou dermatite atópica, mas informou que não foi afetado pelo odor emanado do vazamento de combustível, o que restou corroborado pelo experto ao afastar nexo causal (fls. 1010/1012).

Luís Ferreira de Alencar corrobora informação de que o forte odor de gasolina é proveniente do ralo do quintal e que perdurou por aproximadamente um ano. Narra que antes do vazamento já apresentava rinite eventual, a qual se agravou com o evento. Passou a sentir cefaleia, obstrução nasal, espirros eventuais e coriza eventual não purulenta (fls. 1028). Elucida o I. Perito que o autor e seus filhos são atópicos. A pessoa atópica apresenta uma ou mais doenças da tríade alérgica, eczema, rinite alérgica e asma induzida por alergia. Como para outros autores de processos tratando desse mesmo vazamento, não existem provas objetivas de piora dos sintomas. Não existem documentos anteriores ao vazamento de modo a indicar qual a frequência de sintomas antes de sua ocorrência. O nexo causal é plausível, dependente da interpretação de agravamento de sintomas, os quais tendem a desaparecer na medida em que sanado o vazamento, portanto, não é definitivo, aliás, é possível existência de concentração abaixo da qual não se observa nenhum efeito (fls. 1030/1032).

Preenchidos, assim, os requisitos legais, a condenação era mesmo de rigor, restando improvido, nesta parte, o recurso da ré Carrefour.

Por outro lado, sem razão os autores quanto à majoração do valor da verba indenizatória moral, fixada em R$ 10.000,00 para cada um, única matéria devolvida para reexame.

Sequer vieram elementos suficientes a embasar tal pretensão. Conforme se verifica dos autos, o vazamento foi controlado e a contaminação foi extirpada e isso tudo ocorreu de forma administrativa, sem necessidade de ação judicial para a solução da questão. A requerida agiu da melhor forma que pode após a constatação do vazamento, fator que, por certo, deve ser levado em consideração quando se busca alcançar valor apto a minimizar a dor íntima provocada pelos fatos.

Há que se observar princípio da razoabilidade, em que o valor da indenização não pode ser fator de enriquecimento de uma das partes, em detrimento da outra. Por certo que a capacidade econômica da requerida é indiscutível, mas, levando-se em consideração os demais fatores norteadores da

Acesso ao Sumário

fixação de valor, não há mesmo como aumentar a quantia imposta em sentença, dadas as circunstâncias do caso concreto.

Apreciando casos idênticos, este E. Tribunal já decidiu:

"Reparação por danos materiais e morais. Vazamento de combustível em posto de abastecimento que contamina o subsolo. Dano material demonstrado pelo laudo pericial, ante a depreciação do valor do imóvel dos Autores. Percentual de depreciação bem estabelecido. Dano material mantido, com correção monetária a incidir desde agosto de 2009, quando da fixação do valor, mais juros moratórios que incidirão desde a citação. Dano moral caracterizado, contudo ora reduzido de R$ 32.506,00 para R$10.000,00 com incidência das súmulas 362 e 54 do STJ. Denunciação da lide à seguradora. Ausência de comunicação administrativa do sinistro. Causa que não é suficiente para perda do direito do segurado. Condenação no reembolso da condenação mantida. Recursos providos em parte." (Apelação nº 0008703-78.2007.8.26.0161, Rel. Des. João Pazine Neto, 3ª Câmara de Direito Privado, j. em 07.02.12).

"RESPONSABILIDADE CIVIL. DANOS MATERIAIS E MORAIS. DIREITO DE VIZINHANÇA. VAZAMENTO DE COMBUSTÍVEL. CONTAMINAÇÃO DO SUBSOLO. DEPRECIAÇÃO DE IMÓVEL. Insurgência por parte da ré e da litisdenunciada em face de sentença que julgou parcialmente procedente a ação indenizatória e procedente a lide secundária. Requerida condenada ao pagamento de indenização pela depreciação do imóvel dos autores e pelos danos morais advindos do acidente. Sentença parcialmente reformada. Danos morais reduzidos para R$ 10.000,00.(...)." (Apelação nº 0012257-84.2008.8.26.0161, Rel. Des. Carlos Alberto de Salles, 3ª Câmara de Direito Privado, j. em 25.02.2014).

"Apelação. Ação de indenização por danos materiais e morais. Vazamento de combustível de posto de serviços. Prejuízos à vizinhança. Objeções de nulidade de citação e ilegitimidade ativa rejeitadas. Revelia bem aplicada. Responsabilidade da requerida caracterizada (art. 927, p.ú., CC/2002; art. 333, II, CPC). Danos morais configurados. Reduzido o valor da indenização para R$ 10.000,00. Critérios: prudência, equidade, proporcionalidade, razoabilidade. Recurso provido em parte." (Apelação nº 992.07.060428-1, Rel. Des. Pereira Calças, 29ª Câmara de Direito Privado, j. em 07.04.2010).

Melhor sorte não assiste à seguradora litisdenunciada.

Isso porque, hipóteses de poluição, contaminação, infiltração de água e vazamento quando tiverem sua origem no imóvel segurado ou em instalações e resultantes de acontecimento inesperado, súbito e acidental, ocorrido na vigência do contrato, encontram expressa previsão de cobertura (fls. 329, Cláusula 1, item 1.1, "g"), confira-se:

1- RISCOS COBERTOS

Acesso ao Sumário

1.1 Considera-se risco coberto a Responsabilidade civil do Segurado, caracterizada na forma da Cláusula 1 das Condições Gerais, e decorrentes de acidentes relacionados com:

b) a existência, uso e conservação do imóvel especificado neste contrato;

c) operações comerciais e/ou industriais do segurado, inclusive operações de carga e descarga em local de terceiros;

d) as atividades comerciais do Segurado desenvolvidas no referido imóvel;

e) a existência e conservação de painéis de propaganda, letreiros, anúncios, antenas, objetos de decoração natalina e similares pertencentes ao Segurado;

f) as programações dos departamentos de "marketing", publicidade e relações públicas, desenvolvidas nas áreas do imóvel segurado;

g) pequenos trabalhos de reparos destinados à manutenção do imóvel, cujo valor não exceda ao limite de 1% (um por cento) da importância segurada;

h) poluição, contaminação, infiltração de água e vazamento quando tiverem sua origem no imóvel segurado ou em instalações e resultantes de acontecimento inesperado, súbito e acidental, ocorrido na vigência deste contrato."

Ademais, em nenhum momento insurgiu-se contra a possibilidade de reembolso à ré no caso de condenação por dano moral, estampada a pretensão na inicial (fls. 14, item "v"). Aliás, admite que responde perante a ré denunciante na hipótese de ser condenada ao pagamento de qualquer parcela indenizatória, nos limites da apólice (fls. 752).

No mais, alegação da litisdenunciada de que cobertura para dano moral depende de eventual dano material ou pessoal não comporta apreciação, por se tratar de inovação em sede recursal, o que não se admite.

Não bastasse, define a seguradora como dano pessoal, qualquer doença ou dano corporal sofrido por pessoa (fls. 325, Cláusula 1, item 1.1, "a").

Contudo, cobertura por danos corporais não está limitada à ocorrência de danos ocasionados à integridade física do terceiro.

Dispõe a Súmula nº 402, do C. STJ, que "O contrato de seguro por danos pessoais compreende os danos morais, salvo cláusula expressa de exclusão".

Ressalve-se que do pagamento efetuado pela seguradora deverá ser descontado valor da franquia da segurada.

No tocante à questão envolvendo honorários de advogado e despesas na denunciação da lide, em nota ao art. 76 do CPC, Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery assim dispõem, ***verbis***:

Acesso ao Sumário

"7. Sucumbência. Na sentença o juiz deverá fixar duas verbas derivadas da sucumbência, já que decidirá duas lides: a principal e a denunciação. Se o denunciante perder a ação principal, mas ganhar a de denunciação, deverá ser condenado nos honorários daquela e ser o beneficiário dos honorários na lide secundária, que deverão ser pagos pelo denunciado. Os honorários pagos pelo denunciante na ação principal podem ser incluídos na condenação a que esteja obrigado a indenizá-lo em regresso o denunciado. Assim, o pedido que o denunciante pode fazer, ao ajuizar a ação secundária de denunciação da lide, pode incluir o principal (a indenização propriamente dita) e as despesas dela decorrentes, incluídas aqui as processuais e os honorários de advogado." (p. 309).

Sobre o tema, Luiz Guilherme Marinoni e Daniel Mitidiero lecionam:

"Despesas Processuais. Se o denunciante sucumbiu no processo inicial, é responsável pelas despesas processuais do mesmo; se se sagrar vencedor no processo de garantia, então quem responde por todas as despesas é o litisdenunciado. Se o litisdenunciante não sucumbir no processo inicial, então quem deve pagar as despesas processuais, inclusive aquelas inerentes à denunciação, é o adversário do litisdenunciante, que com a sua conduta provocou a denunciação da lide." (Código de Processo Civil, 3ª edição, RT, 2011, p. 78).

Portanto, apenas um reparo comporta a r. sentença, para condenar Ace Seguradora S/A no pagamento dos honorários de advogado da denunciante e bem assim ao reembolso das custas processuais respectivas. Nesse ponto fica provido em parte o recurso da ré Carrefour Comércio e Indústria Ltda..

Por derradeiro, necessário esclarecer que pedido de transferência dos autores de hotel para imóvel alugado (fls. 913) restou acolhido (fls. 928), face à existência de recém-nascido na família, filho da coautora Vanessa.

Assim é que, a ré Carrefour informou (fls. 932) que providenciou a locação de imóvel destinado à residência dos autores e sua família pelo prazo de 30 (trinta) meses, entre 19.08.2011 e 18.02.2014, o que restou comprovado pelos próprios requerentes (fls. 944/950).

No entanto, acolhido tão somente pedido de danos morais, afastadas demais pretensões estampadas pelos autores, não devolvidas para reexame, resta a ré Carrefour desobrigada de custear moradia a eles destinada, nos moldes do pleito de fls. 1709/1710 e 1713/1714.

Ante o exposto, nego provimento aos recursos dos autores e da seguradora litisdenunciada, acolhido em parte o da ré Carrefour Comércio e Indústria Ltda., nos termos do V. Acórdão.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0110870-60.2010.8.26.0100, da Comarca de São Paulo, em que é apelante MILLENIUM POSTO DE SERVIÇOS LTDA., é apelado BANCO ITAÚ S/A.

ACORDAM, em 22ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Anularam, *ex officio*, a sentença e julgaram extintas a ação principal e a cautelar de sustação de protesto com fulcro no artigo 267, inciso VI, cumulado com o § 3º, do CPC, e deram por prejudicado o recurso da apelação. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 18.441)**

O julgamento teve a participação dos Exmo. Desembargadores ROBERTO MAC CRACKEN (Presidente) e FERNANDES LOBO.

São Paulo, 2 de outubro de 2014 .

SÉRGIO RUI, Relator

Ementa: Declaratória de inexigibilidade de obrigação cambial e de nulidade de título cumulada com pedido de danos morais e cautelar de sustação de protesto. Letra de câmbio para cobrança de saldo bancário devedor. Protesto. Falta de aceite. Carência da ação. Ausência de interesse processual. Sem aceite inexiste obrigação cambial. Sentença anulada. Extinção – *ex officio* - artigo 267, inciso VI e § 3º do CPC. Recurso prejudicado.

VOTO

Trata-se de ação ordinária declaratória de inexigibilidade de obrigação cambial e de nulidade de título cumulada com pedido de danos morais e cautelar de sustação de protesto – julgadas improcedentes pela r. sentença de fls. 76/78 – ajuizadas por Millenium Posto de Serviços Ltda. - EPP em face do Banco Itaú S/A.

Reivindica-se – em apertada síntese – reforma da r. sentença para julgamento da procedência da ação, com repercussão nos consectários de estilo, ao argumento de que... "o apelado, ao emitir letras de câmbio por procuração e, posteriormente, levar as cambiais não aceitas a protesto, é superar a fase do devido processo legal, uma vez que, se mantido o status criado pela atitude ora combatida, estará munido de um título de crédito hábil à execução por título extrajudicial ou ainda, ou então, um pedido de falência, onde o pretenso

Acesso ao Sumário

devedor não terá qualquer oportunidade de discussão em torno do débito e sua constituição."... (fls. 85).

Recebido o recurso – no duplo efeito – e preparado, vieram contrarrazões a fls. 107/111.

É o relatório.

Cuida-se de pleito de nulidade de letra de câmbio e indenização por danos morais hauridas do inadequado protesto do título por falta de aceite.

Emitiu-se letra de câmbio e apontou-a a protesto para aceite (fls. 25).

Neste diapasão, mister se faz reconhecer, de ofício, a carência da ação dada falta de interesse processual, consoante ensinamentos do douto Desembargador Campos Mello, no Voto 24.576, digno de reprodução, reverência e aplausos:

"Anulo, de ofício, a r. sentença. O exame dos autos revela que a autora é carecedora de ação, por não haver interesse processual que justifique a propositura. Anote-se, desde já, que o exame das condições da ação pode ser feito mesmo de ofício, por força do disposto no art. 267, §3, do C.P.C. É o caso dos autos. Na inicial, a autora afirma que foi notificada para aceitar uma letra de câmbio ou justificar porque não o faz, sob pena de protesto. Pois bem, se são esses os contornos da controvérsia, a demanda não pode prosperar. Não há interesse processual em sustar protesto por falta de aceite, já que a ausência de aceite em letra de câmbio não possui nenhuma relevância no plano da constituição do título cambial. E o mesmo pode ser dito a respeito da declaratória de nulidade. Então, não tem nenhum fundamento lógico o ajuizamento de ação anulatória, uma vez que, não ocorrendo o aceite, não haverá nenhuma obrigação de cunho cambial assumida pela autora. Se se trata de protesto por falta de aceite, ele é perfeitamente possível. A recusa de aceite só pode ser atestada pelo protesto, nos termos do art. 21 da Lei Uniforme. Até o vencimento, a letra pode ser apresentada para aceite no domicílio do sacado, pelo portador, ou por simples detentor. Se ele aceitá-la, obrigar-se-á ao pagamento na data do vencimento (art. 28) e então, não efetuado o pagamento, o portador, que pode ser o próprio sacador, terá contra o aceitante os direitos de ação resultantes do título. Mas, sem aceite não há nenhuma obrigação cambial contra o sacado e não existirá relação cambiaria que o obrigue ao pagamento (RT 675/121, Rel. Juiz Alberto Tedesco e 597/122, Rel. Juiz Raphael Salvador). Mas a recusa de aceite deve ser comprovada por ato formal (protesto por falta de aceite), nos termos do art. 44 da Lei Uniforme. E se é assim, se não há obrigação cambial contra o sacado, o que ocorre é que não há interesse na declaração de nulidade do título de crédito, já que prestação jurisdicional desse conteúdo constituirá verdadeira superfetação. Não havendo nenhum título executivo contra a autora, se nenhum gravame tal protesto causará, até porque não será expedida nenhuma certidão a respeito, nos termos da Consolidação das Normas da Corregedoria Geral da

Acesso ao Sumário

Justiça, não há em rigor interesse na propositura da presente. Aliás, cumpre assinalar que, atualmente, o não aceitante nem vê seu nome incluído no índice de protestos. Nesse caso, além de outros, o índice deve ser elaborado pelo nome do apresentante. Tampouco se permite que conste a letra protestada por falta de aceite das listagens diariamente elaboradas para remessa às associações comerciais e de crédito (Provimento CG 30/97, item *65*, c. c. os itens 31.1 e 31.2, DJE 23.12.97, retificado no DJE 27.1.98, p. 1). O sacado não aceitante não tem seu nome inserido nas listagens, justamente por não ser obrigado cambiário. E se houver equívoco do delegado do serviço notarial e de protesto, com indevida inclusão do nome da autora nessas listagens, haverá, em tese, até dano indenizável. O envio da letra a cartório para documentar recusa de aceite constitui direito do sacador, do portador, ou mesmo do detentor da letra, não pode ser coarctado e não causa nenhum constrangimento ao sacado. Não há, portanto, nenhum motivo plausível para anulação da letra que, em relação à autora, é natimorta. Sendo desnecessária a prestação jurisdicional, o que há é ausência de interesse processual, caso típico de extinção sem apreciação de mérito, com fundamento no art. 267, VI, do C.P.C., por não haver evidência de que a propositura da demanda seja imprescindível à proteção do Direito substancial afirmado (cf. os ensinamentos de Arruda Alvim in "Tratado de Direito Processual Civil", Vol. I, RT Ed., 2a ed. refundida, 1990, p. 325). A prestação jurisdicional deve estar conformada por critério de necessidade e utilidade. Ela deve ser necessária e útil a quem a postula. E aqui isso não ocorreria, já que, como visto, é desnecessária a obtenção de sentença que declare a nulidade de título de crédito que, em relação à autora, já não existe no mundo jurídico independentemente da sentença. Portanto, consumando-se recusa de aceite, o protesto é o meio cabível à demonstração dessa recusa. Em contrapartida, não há nem poderá haver obrigação cambial exigível de que recusou o aceite. E é por causa disso que não há nenhuma necessidade da prestação jurisdicional pleiteada. E caso, pois, de extinção dos feitos, com fundamento no art. 267, VI, c.c. o §3, do C.P.C, anulada a sentença e prejudicado o exame do recurso. Incidente o princípio da causalidade, a autora arcará com as custas e despesas processuais e suportará ainda os honorários advocatícios do patrono da parte contrária, arbitrados, com fundamento no §4° do art. 20 do C. P. C, em R$ 800,00, atualizáveis a partir da intimação do presente. Pelo exposto, anulo, de ofício, a r. sentença, julgo extintos os processos, com fundamento no art. 267, VI, do C.P.C, e reputo prejudicada a apreciação do recurso".

Destarte, sem aceite inexiste obrigação cambiária e, por conseguinte, não há relevância jurídica para a propositura da ação, carecendo o autor de interesse processual.

Anulada a r. sentença, arbitro os honorários em R$ 800,00 sob a égide do artigo 20, § 4º, do CPC, que ficarão a cargo da autora em abono ao princípio da

Acesso ao Sumário

causalidade.

Por tais razões, pelo meu voto, anula-se, **ex officio**, a sentença e julga-se extintas a ação principal e a cautelar de sustação de protesto com fulcro no artigo 267, inciso VI, cumulado com o § 3º do CPC, e dou por prejudicado o recurso da apelação.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0033717-46.2013.8.26.0002, da Comarca de São Paulo, em que é apelante COOPERATIVA HABITACIONAL INTERSUL, é apelado NEUSETE APARECIDA DE OLIVEIRA (JUSTIÇA GRATUITA).

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 17975)**

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

São Paulo, 8 de outubro de 2014.

JOSÉ REYNALDO, Relator

Ementa: Apelação. Cooperativa Habitacional. Venda de imóvel por meio da participação na cooperativa. Negócio jurídico indireto. Desistência do cooperado. Relação de Consumo. Abusividade da cláusula estatutária que impõe a retenção de 20% das quantias entregues à cooperativa e a devolução em prestações após o encerramento do empreendimento para os quais os recursos financeiros foram captados. Sentença que acolheu parcialmente os pedidos da autora e determinou a devolução de 90% dos valores, de uma só vez, com correção monetária e juros. Manutenção da sentença. Recurso desprovido.

VOTO

Ao relatório da sentença de fls. 123/131 acrescenta-se que ação declaratória de rescisão de contrato de adesão para a aquisição de imóvel residencial cumulada com a devolução das quantias pagas e indenização por danos morais,

ajuizada por NEUSETE APARECIDA DE OLIVEIRA contra COOPERATIVA HABITACIONAL HAB-COOR (INTERSUL) e BIG SHOP PROMOÇÕES E EVENTOS LTDA., foi julgada parcialmente procedente para condenar as rés, solidariamente, a restituir à autora 90% de todos os valores pagos pela autora, tudo acrescido, a partir de cada desembolso, de correção monetária calculada pelos índices adotados pelo TJSP, com juros de mora de 1% ao mês a partir da citação (12.6.2013), rejeitados os demais pedidos. Ante a maior sucumbência das rés determinou que arquem com as custas e honorários de advogado fixados em 10% sobre o valor integral da condenação.

Embargos declaratórios opostos foram rejeitados pela decisão de fls. 152 em razão da ausência de omissão, contradição ou obscuridade a ser suprida.

Apela a Cooperativa reiterando o alegado nos embargos declaratórios e sustentando, em suma, que a sentença contraria as normas estatutárias que regulam a relação entre esta e os cooperados, como a autora, ao não permitir a retenção de 20% sobre os valores por ela entregues à cooperativa, impugnando, inclusive, a assertiva da sentença no sentido da existência de contrato para a aquisição de imóvel e que a relação é de consumo e que os valores entregues pela cooperada se destinavam à aquisição de terrenos, confecção e aprovação de material de construção e contratação de mão de obra e serviços administrativos para a concretização do fim comum da sociedade que é a distribuição de unidades habitacionais para cada sócio cooperado. Colaciona julgados de primeiro grau em que reconhecida a inaplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor à relação jurídica existente entre os cooperados e a cooperativa apelante. Pede provimento ao recurso para que a restituição seja reduzida a 80% das quantias entregues pela cooperada em parcelas e sem correção monetária, respeitando- se o que estabelecido no estatuto social a que ela aderiu.

Recurso preparado, recebido e não respondido pela apelada.

É o relatório.

Embora dispensável o pronunciamento acerca da natureza jurídica da relação estabelecida entre cooperado e cooperativa em virtude do pedido formulado, é certo que a apelante desconhece a categoria jurídica dos chamados negócios jurídicos indiretos, em que a forma de um contrato é usada para a consecução de outra finalidade que não aquela diretamente resultante do negócio aparente.

Não há, nesse caso, qualquer ilicitude, todavia, é possível a sua desqualificação como ato cooperativo puro à luz da Lei nº 5.764/71.

Isto porque o art. 12 do Estatuto Social da apelante estabelece que "é direito do sócio adimplente com suas obrigações, o recebimento de uma unidade habitacional ou lote urbanizado de acordo com o projeto original a que aderiu." (fls. 68).

Acesso ao Sumário

E o exame do material publicitário (fls. 26/27) induz a conclusão de que a cooperativa é utilizada como meio indireto para a produção e venda de imóveis a prestação, transformando-a, sim, em fornecedora e o cooperado em consumidor, como bem demonstrado pelo eminente consumerista, professor e magistrado, DR. ALEXANDRE DAVI MALFATTI, prolator da sentença apelada.

Nessas condições, interpretando o contrato social, é de se concluir pela aplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor, podendo e devendo ser pronunciada a abusividade da cláusula estipulada no art. 26 reproduzida a fls. 71, com fundamento no art. 51, IV, da Lei nº 8.078/1990.

E mais, na r. sentença, para determinar a devolução de 90% das quantias pagas pela cooperada, o MM. Juiz entendeu abusiva a cláusula que determina retenção dos 20% pretendida pela apelante ao término do empreendimento, fazendo-o com fundamento em acórdão do C. Superior Tribunal de Justiça e, ainda, considerando a desproporcionalidade da retenção e a circunstância de que a cooperada ainda não recebeu o imóvel, a unidade pode ser vendida a terceiro em estado de novo.

E o entendimento adotado está em conformidade com julgados recentes deste Tribunal, em que, desconsiderado o ato cooperativo e aplicado o Código de Defesa do Consumidor, foi determinada a restituição das quantias pagas, inclusive com a adoção do critério dos 90% e de uma só vez (confira-se Ap. nº 016437-89.2011.8.26.0100, 7ª Câmara de Direito Privado, rel. Des, Luiz Antônio Costa, j. 8.9.2014; Ap. nº 0015252-68.2013.8.26.008, 4ª Câmara de Direito Privado, rel. Des. Teixeira Leite, j. 4.9.2014; Ap. nº 0009039-22.2009.8.26.0223, 5ª Câmara Extraordinária de Direito Privado, rel. Des. Carlos Henrique Miguel Trevisan, j. 13.8.2014; Ap. nº 0071263-2.2011.8.26.0224, 3ª Câmara de Direito Privado, rel. Des. Egídio Giacoia, j. 12.8.2014).

Por estes motivos, que se alinham a par dos fundamentos da sentença e que aqui ficam expressamente incorporados, nega-se provimento ao recurso.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 1102244-30.2013.8.26.0100, da Comarca de São Paulo, em que é apelante LEO PICON REPRESENTAÇÃO COMERCIAL LTDA. ME, é apelado LUPO S/A.

ACORDAM, em 38ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "RECURSO IMPROVIDO. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 13862)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores

SPENCER ALMEIDA FERREIRA (Presidente) e MAURY BOTTESINI.

São Paulo, 8 de outubro de 2014.

EDUARDO SIQUEIRA, Relator

Ementa: APELAÇÃO - AÇÃO DE COBRANÇA DE COMISSÃO DE REPRESENTAÇÃO COMERCIAL - COMISSÃO PAGA A MENOR - IMPOSSIBILIDADE DE COBRANÇA - QUITAÇÃO. Acordando ambas as partes pela dissolução do vínculo contratual que as unia, inviável que exista obrigação de indenizar que ultrapasse os termos do acordo. Havendo a transação, pouco importa se havia pagamento de comissão indevido ou não. Eventual obrigação devida deveria vir expressamente consignada no distrato, fato este que, conforme se observa do instrumento de transação celebrado entre as partes, de fato ocorreu, uma vez que a ré reconheceu e incluiu indenização a ser paga à autora no instrumento de distrato. - 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 LEO PICON REPRESENTAÇÃO COMERCIAL LTDA. M.E., nos autos da "AÇÃO DE COBRANÇA DE COMISSÃO DE REPRESENTAÇÃO COMERCIAL" que move em face de LUPO S.A., cujos pedidos iniciais foram julgados improcedentes, nos termos da sentença de fls. 536/541, do Juiz CLAUDIO ANTONIO MARQUESI, da qual o relatório se adota.

Irresignado, o Apelante recorre, destacando, em síntese, que: (a) a comissão foi paga em porcentagem inferior ao acordado; (b) não houve contrato verbal reduzindo o valor da comissão; (c) o fato de ter dado quitação à Apelada não impede de discutir, em juízo, os valores devidos (fls. 544/551).

O recurso não foi preparado, por ser o Apelante beneficiário da assistência judiciária (fl. 298), e foi recebido no duplo efeito (fl. 552).

Acesso ao Sumário

Por fim, consigno que o Apelado ofereceu contrarrazões recursais, pugnando pela manutenção da r. decisão recorrida (fls. 555/562).

É o relatório.

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 nº 994.05.0097355-6, 5ª Câm. Dir. Priv., Rel. Des. James Siano, j. em 19.05.2010; Apelação nº 994.01.017050-8, 6ª Câm. Dir. Priv., Rel. Des. José Joaquim dos Santos, j. em 27.05.2010; Apelação nº 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 n° 662.272-RS, 2ª Turma, Rel. Min. João Otávio de Noronha, j. em 04.09.2007; REsp n° 641.963-ES, 2ª Turma, Rel. Min. Castro Meira, j. em 21.11.2005; REsp n° 592.092-AL, 2ª Turma, Rel. Min. Eliana Calmon, j. em 17.12.2004; REsp n° 265.534- DF, 4ª Turma, Rel. Min. Fernando Gonçalves, j. em 1.12.2003.

Destarte, adoto e ratifico os seguintes fundamentos da r. sentença, de acordo com o art. 252, do Regimento Interno deste E. Tribunal de Justiça:

> "LÉO PICON REPRESENTAÇÃO COMERCIAL LTDA. ajuizou AÇÃO DE COBRANÇA DE COMISSÃO DE REPRESENTAÇÃO

COMERCIAL contra LUPO S/A, alegando, em apertada síntese, que firmou com a ré contrato de representação comercial desde agosto de 1997 até fevereiro de 2012, e que recebia comissão de 6% para os clientes em geral, porém em relação aos clientes Jorge Ansarah e Filho e Cláudio Pivetta-EPP recebeu comissão somente de 3%, em flagrante infração contratual. Requer seja a ré condenada ao pagamento das diferenças nas comissões; pagamento da diferença da indenização prevista na letra j do art. 27 da lei 4.866/65; pagamento da diferença do pré-aviso, nos termos do art. 34 da lei de representação. Junta documentos.

Citada, a ré apresentou contestação (fls. 305/318), alegando, inicialmente, que em 10.02.2012 operou-se a rescisão contratual, por meio de instrumento de transação, e que a autora deu plena e total quitação de todos os direitos e obrigações oriundos dos Contratos de Representação. Suscita a ocorrência de prescrição quinquenal, salientando que em caso de eventual procedência, devem ser consideradas somente as faturas dos cinco anos anteriores à data de propositura da ação. No mérito, alega que houve contrato verbal de redução de 6% para 3% em relação às comissões dos dois clientes citados na inicial, posto que um deles ficava fora da zona de atuação da autora e o outro era franqueado da ré, razão pela qual por mera liberalidade a ré consentiu, de modo verbal, a pagar 3% de comissão. Requer a improcedência. Junta documentos. (...)

A preliminar suscitada pela ré confunde-se com o mérito.

Cuida-se de ação de cobrança de comissão em virtude de contrato de representação comercial, na qual a autora alega ter sido representante da ré e ter recebido comissão em porcentagem inferior ao que constava no contrato. Em razão disso requer o pagamento das diferenças.

A ré, a seu turno, afirma que foi celebrado termo de rescisão contratual consistente em instrumento de transação, por meio do qual as partes deram ampla e geral quitação de todas as obrigações assumidas.

É fato incontroverso que houve pagamento de comissão em porcentagem inferior ao constante no contrato, fato este admitido pela ré em sua contestação, sob o argumento de que houve acordo verbal para tal pagamento inferior.

No caso dos autos, porém, absolutamente prescindível apurar se de fato houve contrato verbal nesse sentido, isso porque o instrumento de transação juntado aos autos pela ré resolve completamente a lide.

Ao contrário do que alega a autora em sua inicial, não houve efetivamente rescisão, mas resilição bilateral ou distrato, entendido como a extinção do contrato por força da manifestação da vontade de ambas as partes. É negócio jurídico que põe termo a negócio jurídico anteriormente celebrado, que deve adotar a mesma forma do contrato que se pretende extinguir" (Roberto Senise Lisboa, Manual de direito civil, v. 3, 3. ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 2005, p. 241).

Anota o citado autor que "O distrato não possibilita, em regra, a

Acesso ao Sumário

percepção de indenização por perdas e danos, porque por meio dele se opera a compensação, que é forma indireta de extinção das obrigações, mediante a realização de concessões mútuas que têm por objetivo dar fim a essas obrigações, liberando-se as partes (idem, ibidem).

Com efeito, **acordando ambas as partes pela dissolução do vínculo contratual que as unia, inviável que exista obrigação de indenizar que ultrapasse os termos do acordo. Havendo a transação, pouco importa se havia pagamento de comissão indevido ou não. Eventual obrigação devida deveria vir expressamente consignada no distrato, fato este que, conforme se observa do instrumento de transação celebrado entre as partes, de fato ocorreu, uma vez que a ré reconheceu e incluiu indenização a ser paga à autora no instrumento de distrato.**

Na hipótese em apreço as partes firmaram termo de rescisão contratual (fls. 332/33), segundo o qual:

'As partes declaram que rescindem, neste ato, por mútuo acordo, o Contrato de Representação que os unia, obrigando-se a SEGUNDA TRANSIGENTE a devolver à PRIMEIRA TRANSIGENTE, todo o material que lhe foi cedido por esta e que se encontra em seu poder.

Cumpridas todas as obrigações ora assumidas pela PRIMEIRA TRANSIGENTE, por força deste termo, as partes que o assinam dão mútua, plena e irrevogável quitação de todos os direitos e obrigações oriundos dos Contratos de Representação Comercial Autônoma descritos no item 1, rescindidos neste ato e na melhor forma de direito, renunciando, assim e em caráter irrevogável, cada parte de si e para o futuro, ao exercício de ações cíveis, trabalhistas ou de qualquer natureza jurisdicional ou administrativa decorrentes da interpretação do aludido instrumento e das normas legais, princípios doutrinários ou jurisprudência aplicáveis a seu conteúdo.'

A respeito o magistério de Ramon de Medeiros Nogueira (in Hamilton Bueno e Sandro G. Martins (coord.), Representação comercial e distribuição, São Paulo, Saraiva, 2006, p. 434):

'No que diz respeito à indenização decorrente do contrato de representação comercial, tem-se, inicialmente, que quando o contrato é rescindido por mútuo acordo entre representante e representado nenhuma indenização é devida a este. Isso se diz justamente porque quanto prepondera a consensualidade, nada há para ser reposto, restaurado, ou seja, indenizado, na medida em que a renúncia por parte do representado tem, em princípio, plena validade.'

Nessa esteira, tendo em vista a transação operada e a quitação de todos os direitos oriundos do contrato de representação, o máximo que poderia a autora alegar, no caso de se sentir lesada, seria a existência de vício de consentimento ou erro na celebração de tal instrumento.

Todavia, observo que a autora sequer alegou isso em sua inicial.

Acesso ao Sumário

Muito pelo contrário, omitiu a existência do instrumento de transação, somente vindo a mencioná-lo em réplica, após a ré ter noticiado sua existência na contestação.

Sem prejuízo, ainda que se alegasse eventual erro de consentimento, não teria melhor sorte. Tratando-se de relação eminentemente empresarial, em que ambas as pessoas jurídicas envolvidas visam o lucro e são capazes de dispor livremente de bens patrimoniais, observa-se ser a autora apta a aferir a conveniência da pactuação. Acrescente-se que não há sequer indícios de vício de consentimento que pudesse causar a nulidade do ato jurídico.

Enfim, do conjunto probatório trazido aos autos, certo é que as partes assinaram termo de rescisão e transação conscientes de suas cláusulas e consequências, não sendo lícito, agora, pugnar por direitos oriundos de tais contratos.

Nesse sentido a jurisprudência:

'RESPONSABILIDADE CIVIL - Contrato de representação comercial - Pretensão de recebimento de indenização referente a 1/12 das vendas - Ausência de prova de rescisão unilateral e sem justa causa - Hipótese de rescisão assinada por ambas as partes, dando ampla quitação - Ausência de alegação ou prova de vício de consentimento - Pedido improcedente - Sentença mantida por seus próprios e jurídicos fundamentos - Aplicação do art.252 do RITJ - Recurso não provido.'(TJSP, 18ª Câmara de Direito Privado, Ap. nº 9258013- 74.2008.8.26.0000, rel. Des. Rubens Cury, j. em 8.6.2011).

'COBRANÇA - Pretensão da autora de anular o distrato e transação realizados, recebendo as comissões e verbas rescisórias pelo rompimento do contrato de representação comercial - Ausência de demonstração de vício de consentimento - Direitos patrimoniais disponíveis Circunstâncias financeiras do mercado conhecidas das partes - Cláusula expressa de ampla, geral e irrevogável quitação - Sentença de parcial procedência - Recurso provido.'(TJSP, 16ª Câmara de Direito Privado, Ap. nº 9073426-77.2009.8.26.0000, rel. Des. Windor Santos, j. em 29.3.2011).

'DECLARATÓRIA - Continuidade de relação jurídica de representação comercial - Encerramento, entretanto, dessa relação por consenso das partes, exteriorizado em documento - Validade desse acordo - Inviabilidade jurídica da pretensão declaratória da continuidade de uma relação já extinta - Questão que prejudica as demais, relativas à sucessão de empresas e à natureza da relação jurídica, de representação comercial ou de distribuição. Ação improcedente. Recurso da autora não provido.' (TJSP, 21ª Câmara de Direito Privado, Ap. nº 7.187.169-5, rel. Des. Itamar Gaino, j. em 3.12.2009).

'CONTRATO - Representação comercial - Pretensão a cobrança de diferença de comissões mesmo em face de distrato regularmente firmado, com outorga recíproca de 'plena, cabal e rasa quitação' das

Acesso ao Sumário

obrigações assumidas, com declaração expressa quanto ao recebimento - Inadmissibilidade, tanto mais na falta de especificação e detalhamento do que tenha sido alegada coação no curso da avença, no que se refere a redução de percentual - Sentença de improcedência mantida - Apelação improvida.' (Apelação n° 991070652911 rel. José Tarciso Beraldo). (...)" (Grifei)

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 0007387-15.2009.8.26.0596, da Comarca de Serrana, em que é apelante SERRANA MÁQUINAS E EQUIPAMENTOS LTDA., é apelado BENTELER COMERCIAL LTDA..

ACORDAM, em 23ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento em parte ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 32140)**

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

São Paulo, 24 de setembro de 2014.

J. B. FRANCO DE GODOI, Relator

Ementa: LITIGÂNCIA DE MÁ-FÉ - Caracterização - Embargos à execução - Embargante-apelante que deduziu pretensão em juízo alterando a verdade dos fatos - Indenização fixada na r. sentença excessiva reduzida para 5% sobre o valor do débito atualizado - Recurso parcialmente provido.

Acesso ao Sumário

VOTO

1) Insurge-se a apelante contra r. sentença que julgou improcedentes os embargos à execução opostos contra a apelada, alegando, em síntese, que: deve ser afastada a condenação por litigância de má-fé; apenas exercitou seu direito de defesa; não alterou a verdade dos fatos.

Efetuou-se o preparo.

Recebido o recurso, a apelada apresentou contrarrazões aduzindo que a condenação deve ser mantida, pois a apelante ora negava o recebimento das mercadorias ora confessava, alterando a verdade dos fatos.

É o breve relatório.

2) Merece acolhimento em parte o presente recurso.

A questão posta nos autos cinge-se à condenação da embargante-apelante por litigância de má-fé.

Em seus embargos à execução aduziu a apelante que os títulos exequendos eram inexigíveis uma vez que parte das mercadorias não teria sido entregue e que outra parte teria sido entregue com atraso.

Afirmou expressamente que: "*até a presente data, a embargada não entregou parte das mercadorias adquiridas pela embargante, e mesmo assim exige o pagamento das mesmas na sua totalidade*." (fls. 09)

Entretanto após a juntada de todas as notas fiscais e os comprovantes de recebimento de mercadorias assinados pela embargada, alterou sua versão, desta vez para afirmar que as assinaturas dos comprovantes de recebimento de mercadorias não pertenciam a seus representantes legais ou a qualquer pessoa com poderes para assinar em seu nome (fls. 151).

Ora, a embargante sequer recorreu da parte da sentença que reconheceu a exigibilidade dos títulos, restando, portanto, incontroverso o recebimento das mercadorias.

Forçoso, assim, reconhecer-se que a embargante alterou a verdade dos fatos, devendo ser mantida a condenação por litigância de má-fé.

Nesse sentido já decidiu esta C. Câmara:

"Cambial - Duplicata - Demonstrado que a autora-reconvinda recebeu a mercadoria descrita na nota fiscal nº 231282, o que deu ensejo à emissão da duplicata em exame, no valor de R$ 7.954,10 - Fato que, além de não ter sido negado pela autora-reconvinda, restou comprovado pela ré-reconvinte, que juntou cópia do respectivo comprovante de recebimento das mercadorias, assinado por preposto daquela. Cambial - Duplicata - Cobrança de juros abusivos e a inobservância ao inciso III do art. 39 do CDC, argumentos expostos na inicial como justificativa para a suposta inexigibilidade do título, que traduzem apenas a litigância de má-fé da autora-reconvinda - Autora-reconvinda que tentou usar do processo com objetivo ilegal, bem como alterou a verdade dos fatos - Legítima a aplicação da penalidade por litigância de má-fé. (...) Apelo desprovido." **(Apel. nº 0008779-37.2006.8.26.0000 – Rel. Des. JOSÉ MARCOS MARRONE – j. 26.10.2 011)**

Entretanto, o percentual fixado pelo MM. Juiz "a quo" de 20% (vinte por cento) sobre o valor do débito atualizado a título de indenização apresenta-se excessivo, devendo ser reduzido para 5% (cinco por cento).

Acesso ao Sumário

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

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 9151470-13.2009.8.26.0000, da Comarca de Campinas, em que são apelantes/apelados JOSÉ ANTÔNIO CREMASCO, JOÃO ANTONIO FACCIOLI e LUIZ CARLOS VANNI.

ACORDAM, em 32ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "NEGARAM PROVIMENTO ao recurso do autor e DERAM PARCIAL PROVIMENTO ao recurso dos réus. V.U.", de conformidade com o voto do Relator que integra este Acórdão. **(Voto nº 16.738)**

O julgamento teve a participação dos Exmos Desembargadores RUY COPPOLA (Presidente) e CAIO MARCELO MENDES DE OLIVEIRA.

São Paulo, 2 de outubro de 2014.

LUIS FERNANDO NISHI, Relator

Ementa: PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS - MANDATO - AÇÃO DE REPARAÇÃO DE DANOS - Apelação contra sentença que julga procedente a pretensão principal e que não inova nas razões do inconformismo, optando pela reiteração dos argumentos já abordados na oportunidade da defesa e cabalmente enfrentados no decreto condenatório - Correção monetária devida e que deve observar os parâmetros legais (art. 406, do CC) - Manutenção do poder aquisitivo do capital relativo à complementação devida, para o fim de se evitar sua depreciação. Decisão mantida.

PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS - MANDATO - AÇÃO DE REPARAÇÃO DE DANOS - DANO MORAL - Admissibilidade - Circunstância fática que supera o mero aborrecimento pelo ilícito contratual e confirma a ofensa indenizável - Valor arbitrado pelo Juízo se apresenta razoável frente aos fatos ocorridos, nada justificando qualquer alteração - Não se pode admitir que o valor venha a se constituir em verdadeiro ganho sem causa, porquanto o mesmo deve atender à

Acesso ao Sumário

equação que leva em consideração as partes, os danos causados e as consequências posteriores - Correção Monetária - Aplicação da Súmula 362-STJ - Apelo dos autores parcialmente provido.

PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS - MANDATO - AÇÃO DE REPARAÇÃO DE DANOS - HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS - MAJORAÇÃO - NÃO CABIMENTO - Os honorários advocatícios, arbitrados em 15% sobre o valor da condenação, não se caracterizam como ínfimos, dentro do limite legal, segundo critérios da razoabilidade, sem desconsiderar a natureza da causa, desempenho e grau de zelo profissional e capacidade das partes - Incidência do artigo 20, § 3º, do Código de Processo Civil - MULTA POR LITIGÂNCIA DE MÁ-FÉ INDEVIDA - Ausência de qualquer das hipóteses previstas no art. 18, do CPC. Recurso principal provido em parte, apenas no tocante ao termo inicial de incidência da correção monetária, improvido o adesivo.

VOTO

Vistos.

Trata-se de apelação e recurso adesivo interpostos por **JOSÉ ANTÔNIO CREMASCO** e **JOÃO ANTÔNIO FACCIOLI**, e **LUIZ CARLOS VANNI**, respectivamente, contra a respeitável sentença de fls. 718/742, cujos embargos de declaração desafiados (fls. 747/749) foram rejeitados pela decisão de fls. 750, que, nos autos da ação de reparação de danos materiais cumulada com indenização por danos morais, pelo rito sumário, que o segundo move em face dos primeiros, julgou procedente o pedido, condenando os réus, solidariamente, ao pagamento de: (**i**) indenização dos danos materiais correspondentes ao montante histórico de R$ 194.747,22, corrigidos desde a data da propositura da demanda, com base na variação da Tabela Prática do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, mais juros moratórios devidos desde a citação, no percentual de 1% ao mês; (**ii**) indenização por danos morais, arbitrada em R$ 30.000,00 (trinta mil reais), com os acréscimos de correção monetária devidos desde a data da reunião em que o Autor veio a tomar conhecimento da falha na execução do mandato (08.01.97 - doc. Fls. 37/37 e 44, 1º vol.), mais juros moratórios incidentes da mesma data (Sumula nº 54 STJ); (**iii**) custas, despesas processuais e honorários advocatícios arbitrados em 15% (quinze por cento) sobre o valor da condenação, conforme os parâmetros estabelecidos pelo art. 20 do CPC.

Acesso ao Sumário

Irresignados, se debatem os apelantes pela alteração do quanto julgado, levantando, em questão prejudicial ao mérito, a prescrição da ação - nos mesmos moldes como defendido na instância originária -; preliminarmente, a nulidade da sentença por cerceamento de defesa e vício 'citra petita', pela falta de enfrentamento expresso do pedido de compensação dos valores que teriam sido repassados aos autores no curso do liame contratual.

No mérito, aduzem, em síntese, inexistência de dano, tampouco comprovação de culpa sobre os danos afirmados, na medida em que a atividade desempenhada possui como peculiar característica o desempenho não ligado ao resultado almejado pelo constituinte. Defende a inexistência de erro grosseiro, tampouco a falta de escoamento do prazo para peticionar diferenças salariais no juízo classista, na medida em que, na época em que os autores retiraram o mandato procuratório do escritório, ainda não verificado o termo ultimador, além do que a juíza classista caberia se manifestar "de oficio" sobre as questões submetidas ao enfrentamento judicial. Aduzem a inexistência de observância dos deveres que lhe são impostos no exercício da profissão, tampouco demonstração do dano moral passível de recomposição pecuniária.

Por fim, debatem-se, através do cotejo probatório e a consideração de que vários pagamentos realizados em repasse ao cumprimento da obrigação pactuada não foram glosados da pretensão inaugural, pela improcedência da ação, reiterando todos os argumentos já introduzidos nas manifestações que antecederam o decreto monocrático.

Por derradeiro, e de forma subsidiária na eventualidade da manutenção do entendimento prestigiado na sentença, pugnam pela alteração do termo deflagrador fixado para a incidência da correção monetária da indenização por danos morais a aplicação da Súmula 362 do C. Superior Tribunal de Justiça (fls. 751/775).

Apela adesivamente o autor (fls. 802/819), defendendo que a atualização monetária - correção e juros legais - deve obedecer aos critérios adotados na Justiça do Trabalho, bem como majoração do dano moral acoimado de insuficiente a reparação daquilo que se propõe, enquanto desestímulo a conduta do ofensor, também condenação dos réus as penas de litigância de má-fé e aumento da verba honorária que deve ser fixada em seu patamar máximo (20% do valor da condenação).

O apelo foi recebido em seus regulares efeitos (fls. 780) e foram oferecidas contrarrazões (fls. 784/801; 843/847, respectivamente) com pedido de condenação por litigância improba.

É o relatório, passo ao voto.

Anote-se, em proêmio, que não há que se falar em **deserção**, nos moldes como apontado pelo autor em tópico prefacial as contrarrazões recursais.

Acesso ao Sumário

Isso porque, nada obstante o recolhimento a menor das custas na oportunidade da interposição do apelo (fls. 776/777), a deserção somente ocorrerá se, diante da insuficiência no valor do preparo e intimado o recorrente à complementação, assim não proceder, consoante disposto no § 2º do artigo 511 do CPC, de modo que, facultado à apelante sua complementação, não há falar em deserção antes de ultimadas tais providências.

Ademais, conforme se verifica a fls. 879/882, a providência, incumbida ao recorrente por determinação de fls. 876, observou o prazo judicial assinalado, tornando definitivamente superada a questão.

De início, cumpre conhecer do agravo retido (fls. 656), porquanto reiterado em razões de apelação, consignando que a matéria nele veiculada será apreciada em conjunto com a apelação.

Ou seja, todas as preliminares foram suficientemente enfrentadas e afastadas pela sentença atacada. O apelo, reativando o agravo retido antes interposto, não trouxe a este juízo qualquer elemento suficiente a justificar a modificação do entendimento prestigiado pelo juízo *a quo*, a uma, porque não há que se falar em prejuízo ao direito de defesa o entendimento judicial acerca da necessidade da produção de prova testemunhal, hábil a comprovação da relação jurídica afirmada na inaugural, na medida em que vigora no ordenamento jurídico positivo o princípio da livre convicção motivada ou da persuasão racional do Juiz.

Dessa forma, ao Juiz, na qualidade de destinatário da prova, incumbe avaliar a conveniência ou não de sua produção. O Magistrado não é obrigado a colher todas as provas pretendidas pelas partes, máxime quando aquelas já trazidas aos autos afiguram-se suficientes para a formação do seu convencimento.

Consoante anotam, ainda, **Nelson Nery Junior** e **Rosa Maria de Andrade Nery**, em "*Código de Processo Civil Comentado*", 9ª Edição, Editora Revista dos Tribunais, relativamente ao artigo 330, I, daquele diploma, pg. 523: "***O dispositivo sob análise autoriza o juiz a julgar o mérito de forma antecipada, quando a matéria for unicamente de direito, ou seja, quando não houver necessidade de fazer-se prova em audiência. Mesmo quando a matéria objeto da causa for de fato, o julgamento antecipado é permitido se o fato for daqueles que não precisam ser provados em audiência, como, por exemplo, os notórios, os incontroversos etc***".

Nesse sentido a jurisprudência do **Colendo Superior Tribunal de Justiça**:

> ***"Nos termos da reiterada jurisprudência desta Corte Superior, 'a tutela jurisdicional deve ser prestada de modo a conter todos os elementos que possibilitem a compreensão da controvérsia, bem como as razões determinantes de decisão, como limites ao livre convencimento do juiz, que deve formá-lo com base em qualquer***

Acesso ao Sumário

dos meios de prova admitidos em direito material, hipótese em que não há que se falar cerceamento de defesa pelo julgamento antecipado da lide' e que 'o magistrado tem o poder-dever de julgar antecipadamente a lide, desprezando a realização de audiência para a produção de prova testemunhal, ao constatar que o acervo documental acostado aos autos possui suficiente força probante para nortear e instruir seu entendimento' (REsp nº 102303/PE, Rel. Min. Vicente Leal, DJ de 17/05/99)..."(AgRg no REsp 614221-PR - Agravo Regimental no Recurso Especial nº 2003/0218840-8, 1ª Turma, Rel. Min. JOSÉ DELGADO, v.u., j. em 18/5/04, em DJ de 7/6/2004, pág. 171).

Na hipótese, incontroverso o erro material incorrido na peça inaugural da reclamação trabalhista, despiciendo por inoportuna a prova oral pretendida, mormente por existir elementos suficientes para a formação do convencimento do julgador, sem poder falar em cerceamento de defesa.

No mais, a sentença recorrida se ateve aos limites do pedido, sem nulidade a reconhecer.

De outra banda, não há qualquer fundamento para a insistente arguição de prescrição.

Ou seja, como anotado pelo douto Magistrado quando do enfrentamento do tema que se renova, em idênticos argumentos, nesta instância recursal: "***.. a ratio decidendi deste julgado é a impossibilidade de alteração do pedido quando verificada a estabilização da demanda. Aí reside a sua pertinência para a apreciação desta lide"... "Nesta perspectiva, assim como no juízo cível, a estabilização da demanda na justiça trabalhista também ocorre com a citação do réu, isto é, com a notificação da reclamada. Portanto, a partir deste momento, qualquer alteração no pedido ou causa de pedir só é admissível com a anuência da parte contrária."... "Isto basta, até aqui, para determinar o termo inicial da contagem do prazo prescricional, então, na data de 14 de janeiro de 1993 (notificação da reclamada), prazo este, portanto que começou a correr antes da vigência do Código Civil de 2202. Considerados os prazos para reparação civil da lei revogada (20 anos do art. 177) e o estabelecido pela lei nova (3 anos do art. 206, § 3º, do CPC), faz-se necessário aplicar a regra de direito intertemporal do art. 2028 da Lei vigente. Conforme o teor do documento de fls. 64/1º vol., em 14 de janeiro de 1993 a reclamada/empregadora foi notificada, momento em que se estabilizou aquela demanda trabalhista. Inicia-se a partir desta data, portanto, a contagem do prazo prescricional para a reparação civil. Assim, em 12 de janeiro de 2003, data da vigência do novo diploma, havia-se transcorrido menos da metade do antigo prazo, razão pela qual deve-se aplicar ao caso o novo prazo prescricional de três anos. Esse prazo começa a fluir, por inteiro, a partir da vigência da lei nova***" (fls. 723).

Acesso ao Sumário

Assim, sem embargo de respeitáveis opiniões em sentido contrário, anota-se, desde logo, que o Código do Consumidor não é aplicável aos contratos de prestação de serviços advocatícios.

É que a relação entre o cliente e o advogado não é de consumo. Caracteriza-se pela sua natureza '*intuitu personae*', sendo certo que o profissional não atua de modo impessoal no mercado, não se enquadra na definição de fornecedor e está subordinado aos ditames do estatuto respectivo da corporação e do código de ética.

Portanto, não há razão alguma para insistir-se na tecla dissonante de aplicação dos prazos prescricionais previstos no diploma Consumerista.

Quanto ao mérito da lide, inconsistente o inconformismo dos réus, pois incontroversa a responsabilidade de indenizar os danos cabalmente comprovados.

Ou seja, circunscrita a condenação a recomposição pecuniária pela desídia no desempenho do *munus* que lhes fora encarregado - outorga de mandato judicial para representar os interesses do mandante, junto à Justiça Trabalhista - olvidando de observar **fato primário**, enquanto delimitador dos direitos aquisitivos do obreiro no curso da relação jurídica, os réus cometeram erro inescusável ao indicar aleatoriamente a data de admissão do empregado, "***diversa da real e por um período muito mais curto, 09 de junho de 1988, vinculou-se diretamente ao pedido, servindo de base de cálculo para apuração da indenização pleiteada***" (como anotado na sentença a fls. 726).

Neste diapasão, o fato não apenas desqualifica qualquer justificativa calcada na falta de culpa ou ausência de prejuízo, do mesmo modo como, na hipótese, não há que se falar em compensação das quantias que foram repassadas em pagamento de verbas durante a execução do mandato cujo fato gerador não se encontra compreendido na verba perseguida na presente demanda.

Ou seja, os danos materiais imputados aos apelantes na presente ação são justamente aqueles que não foram perseguidos no bojo da demanda trabalhista, por desídia dos apelantes que descuraram ao anotar o termo deflagrador da relação trabalhista junto à empregadora, e, portanto, foram carreados aos causídicos a título de perdas e danos.

Ora, diante do que foi produzido, não resta a menor dúvida de que os réus, ora apelantes, foram os responsáveis pelos danos experimentados pela parte autora.

A responsabilidade do advogado encontra substrato não só na legislação civil pertinente ao tema da responsabilidade contratual, mas em especial no art. 32 do Estatuto da Advocacia e da Ordem dos Advogados do Brasil (Lei nº 8.906/94), que assim preceitua:

> "***O advogado é responsável pelos atos que, no exercício profissional, praticar com dolo ou culpa.***"

Acesso ao Sumário

A responsabilidade, assim, é calcada no elemento subjetivo dolo ou culpa, sendo esta última alicerçada no princípio da previsibilidade.

No caso em tela, repousa a responsabilidade dos apelantes na conduta culposa na condução judicial dos interesses do representado, nas modalidades de imperícia e negligência.

Aplicáveis, pois, as regras do art. 667, caput (art. 1.300 do CC/1916-parcial) e do art. 688 (art. 1.320 do CC/1916), ambas do Código Civil, a saber:

"***Art. 667 O mandatário é obrigado a aplicar toda sua diligência habitual na execução do mandato, e a indenizar qualquer prejuízo causado por culpa sua ou daquele a quem substabelecer, sem autorização, poderes que devia exercer pessoalmente.***"

Sufragando a solução ora apontada, no âmbito jurisprudencial já se posicionou o Colendo Superior Tribunal de Justiça:

"RESPONSABILIDADE CIVIL. ADVOGADO. DANO MATERIAL. ESTATUTO DA ADVOCACIA. LEI 8.906/94 - ART. 32. ART. 159 DO CC/1916.

1- O advogado tem o dever de acompanhar o processo em todas as suas fases e responde pelos danos que causar no exercício de sua profissão.

2- É do advogado a responsabilidade pela indenização ao cliente, se - instado a se pronunciar sobre laudo de liquidação - silencia, deixando de apontar erro grosseiro cometido pelo perito. Tal responsabilidade não se divide com o perito e o juiz". (REsp 402182-RS, Relator Ministro HUMBERTO GOMES DE BARROS, Terceira Turma, j. em 18/5/2006, em DJU 12/6/2006, pág. 472).

E mais:

"DIREITO CIVIL. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ADVOGADO. INDENIZAÇÃO. AUSÊNCIA DE INTERPOSIÇÃO DE RECURSO ORDINÁRIO CABÍVEL.

O advogado que recebe e aceita mandato que veicula poderes para defender o seu constituinte em juízo assume os deveres e responsabilidades inerentes à sua nobre profissão enquanto atuar no patrocínio da causa.

A omissão, sem o consentimento prévio do constituinte, quanto à interposição de qualquer recurso ordinário que se impunha necessário para defesa dos interesses do patrocinado, configura-se desídia de todos os outorgados do mandado judicial, quando os poderes foram conferidos para atuação em conjunto ou isoladamente de cada advogado.

Recurso especial não conhecido". (REsp 596613-RJ, Relator Ministro CESAR ASFOR ROCHA, Quarta Turma, j. em 19/2/2004, em DJU de 2/8/2004).

Acesso ao Sumário

Este Tribunal também já se pronunciou em caso análogo:

"ADVOGADO - Ação Indenizatória - Causídico que não cumpre as obrigações assumidas em contrato de mandato judicial, deixando prescrever o direito de seu constituinte em perceber prestação devidas - Negligência Caracterizada - Verba devida". (Ap. 44.571-4/1 8ª Câmara, Rel. Des. ALDO MAGALHÃES, j. em 15/10/1997, em RT 749/267) (grifei).

Cumpre assinalar que a alegação de que eventual prejuízo não se teria verificado, caso "*o judiciário trabalhista aplicando a legislação na forma esperada, corrigindo o erro material*"[1] impediria a consumação do prejuízo, impedindo, até mesmo, o nascimento da presente pretensão indenizatória, é risível na medida em que, a improvável iniciativa, não tem o condão de isentar a responsabilidade civil dos ilustres apelantes na condução precária de seu mister.

Atribuir-se responsabilidade por fato de terceiro para justificar desídia profissional incorrida de forma confessada e incontroversa é intento desamparado de qualquer fundamento, censurável sob o ponto de vista ético a vã tentativa de fazer recair sobre o próprio cliente omissão culposa quanto ao erro material incorrido em peça técnica elaborada por aquele com exclusiva capacidade postulatória.

Em obra sobre responsabilidade civil, **CARLOS ROBERTO GONÇALVES** cita expressamente a lição de ERNESTO LIPPMANN:

> ***"A responsabilidade civil do advogado significa que este deverá, se considerado culpado, arcar com aquilo que seria razoavelmente ganho na demanda, ou, ainda, com os prejuízos que, comprovadamente, a parte perdedora sofrer em função da má atuação profissional. E há outras perdas, pois ser vencido numa demanda, sem dúvida, se traduz naquele estado depressivo, o que leva a uma compensação em dinheiro pelo dano moral." ("Responsabilidade Civil", Ed. Saraiva, 8ª ed., 2003, p. 383 e seguintes)(grifei).***

Decerto, sob qualquer ângulo, com a conduta negligente e ainda que previsível a perda de um interesse privado na esfera patrimonial do empregado, tipificou-se a responsabilidade dos apelantes em comporem as perdas e danos a que deram causa (art. 159 do CC/1916 c.c. art. 186 do CC/2002 e art. 32 da Lei nº 8.906/94).

Portanto, quanto ao dano material, a questão não enseja maior reflexão.

Por fim, cabe uma breve ponderação sobre a condenação a título de danos morais. É do domínio dos operadores do Direito que o pedido de danos morais pode ser feito genericamente, cabendo ao Juiz, por seu prudente arbítrio, fixá-

Acesso ao Sumário

1 Fls. 763; razões de apelação.

los, atendendo aos salutares princípios da razoabilidade e proporcionalidade.

Nesse sentido, confira-se seguinte jurisprudência do Colendo STJ:

"INDENIZAÇÃO - DANO MORAL - PEDIDO - QUANTIFICAÇÃO - DESNECESSIDADE. PROCESSO CIVIL. PEDIDO. DANOS MORAIS. Os danos morais são arbitrados pelo juiz segundo as circunstâncias do caso concreto, e por isso a petição inicial da respectiva ação de indenização não precisa quantificar o pedido - até porque, se isso for feito, o autor corre o risco de sucumbir em parte, suportando, nessa medida, os honorários de advogado do réu, com o consequente desvio de finalidade da demanda. Recurso especial não conhecido." (REsp. 134.197 - SP - STJ - 3ª T. - Rel. Min. ARI PARGENDLER - J. em 7.11.2000 - "in" DJU de 18.12.2000, pág. 181).

E mais:

"MANDATO - INDENIZAÇÃO - ADVOGADO - PETIÇÃO INICIAL - EMENDA - DANOS MATERIAIS E MORAIS - PEDIDO GENÉRICO - ADMISSIBILIDADE - DESNECESSIDADE. É desnecessária a emenda da petição inicial, ante a impossibilidade da autora prefixar na peça vestibular o 'quantum' devido a título de danos morais, razão pela qual se admite a formulação de pedido genérico. É certo que a fixação da indenização por danos morais, diante da dificuldade de sua quantificação, depende de arbitramento judicial." (AI 679.041-00/0 - 3ª Câm. - Rel. Juiz FERRAZ FELISARDO - J. 10.4.2001).

E, quanto ao seu arbitramento, impõe-se anotar que o mesmo foi fixado com razoabilidade e com proporcionalidade.

Evidente a alteração do estado psíquico-físico do autor, que estava a acreditar que os seus interesses estavam sendo defendidos. Ademais, a responsabilidade do advogado é uma e, reconhecida a sua responsabilidade quanto ao dano material, a do moral tem a mesma origem.

Nos termos da lei, o mandato judicial acarreta responsabilidade de natureza contratual do advogado perante seu cliente. A sua obrigação não é a de sair vitorioso, de vencer a causa, mas, sim, de **envidar todo o esforço e diligências necessárias para o sucesso da causa posta em Juízo**. São as obrigações decorrentes de mandato judicial classificadas como de meio e não de resultado, posto que não é dado ao advogado garantir o resultado útil de sua atuação, posto não depender exclusivamente dele a análise e apreciação da causa, nela intervindo o defensor da parte contrária e o Juiz.

Assim, a responsabilidade do advogado há que se limitar aos erros vencíveis e evitáveis de sua atuação no desempenho do mandato, condutores de prejuízo ao cliente mandante.

No caso dos autos, bastava cumprir seu mister com a diligência profissional primária que se exige na representação em juízo, para que a ação prosseguisse e findasse em seus termos regulares.

Acesso ao Sumário

Outrossim, pelos argumentos acima, é patente o dano moral imposto à parte autora pelos réus com seu comportamento temerário, não só a fazendo crer que envidara todas as diligências possíveis na defesa de seus interesses, mas também a mantendo em erro, já que sequer lhe informou do ocorrido. A constatação do fato de ter sido ludibriada e enganada por aqueles em que confiava, posto ser a confiança a característica primordial do mandato, inegavelmente lhe trouxe o sentimento de dor, traição, revolta e humilhação, a propiciar o reconhecimento da pertinência do pedido de condenação dos réus por dano moral.

De mero dissabor não se trata, mas de abalo contundente e profundo nas suas expectativas, gravame manifesto, cujo desalento, frustração e quebra de confiança superam os prejuízos materiais, cuja composição se confirmou, que não abarca o desassossego que se estende há mais de década, vendo-se o autor frustrado em seus direitos trabalhistas amealhados por quase uma vida.

Nesse sentido, a conferir, são os seguintes julgados:

"MANDATO JUDICIAL - NATUREZA, OBRIGAÇÃO E RESPONSABILIDADE. O mandato judicial acarreta responsabilidade de natureza contratual do advogado perante seu cliente. A sua obrigação não é a de sair vitorioso, de vencer a causa, mas sim de envidar todo o esforço e diligências necessárias para o sucesso da causa posta em juízo. São as obrigações decorrentes de mandato judicial classificadas como de meio e não de resultado, posto que não é dado ao advogado garantir o resultado útil de sua atuação, posto não depender exclusivamente dele a análise e apreciação da causa, nela intervindo o defensor da parte contrária e o juiz. Assim, a responsabilidade do advogado há que se limitar aos erros vencíveis e evitáveis de sua atuação no desempenho do mandato, condutores de prejuízo ao cliente mandante". (Ap. c/ Rev. nº 722.798-0/3, Rel. Des. PAULO CELSO AYROSA M. ANDRADE, 31ª Câm., TJ Dir. Privado, j. em 07.03.2006)

"MANDATO - ADVOGADO - ERRO GROSSEIRO - RECONHECIMENTO - DANO MATERIAL E MORAL - INDENIZAÇÃO DEVIDA. Comprovada a desídia na execução do mandato, perdendo o prazo legal, fato este caracterizador como sendo erro grosseiro, aliado ao fato de manter o cliente em erro, justifica-se a sua condenação por dano material e moral." (Ap. c/ Rev. nº 779.570-0/5, Rel. Des. PAULO CELSO AYROSA M. ANDRADE, 31ª Câm., TJ Dir. Privado, j. em 14.03.2006)

Destarte, e no concernente à questão dos danos morais, os mesmos eram devidos, e na forma fixada pelo Juízo de Primeiro Grau, posto que atendidos os princípios da razoabilidade e proporcionalidade.

Portanto, o valor fixado em R$ 30.000,00 (trinta mil reais), **com atualização monetária a partir da data do arbitramento (Súmula 362-STJ)**,

Acesso ao Sumário

recompõe os danos morais, frente às condições das partes e os danos causados,

Por fim, no concernente a atualização monetária, nos moldes como pretendido na apelação adesiva, não há falar na adoção de índices aplicáveis aos débitos trabalhistas.

Isto porque, enquanto corolário legal (juros e correção monetária), visa apenas manter o poder aquisitivo da moeda. Logo, ela é simples recomposição do valor devido pela condenação às perdas e danos.

A utilização da correção monetária não representa um ganho, portanto, não guarda qualquer correlação com os parâmetros que norteiam a atualização dos débitos de natureza trabalhista.

No caso em tela, deve a correção monetária pautar-se nos índices aplicáveis aos débitos judiciais, como determinando pela r. sentença, pois apenas assim se estará preservando o valor do montante desfalcado do apelado.

Da mesma forma, de melhor sorte carece o autor no concernente ao aumento do percentual arbitrado a título de honorários advocatícios.

A fixação de honorários advocatícios decorre do princípio da causalidade e visa remunerar o tempo e desgaste para o cumprimento da obrigação, nos termos do artigo 20, § 3,º do Código de Processo Civil.

No caso sob exame, os honorários advocatícios foram arbitrados em 15% (quinze por cento) sobre o valor da condenação; se encontra dentro dos paradigmas legais, levando-se em conta o grau de zelo e mediana complexidade da causa, sem justificativa para a pretendida majoração da verba honorária arbitrada.

Por fim, rejeita-se a pretensão de imposição aos apelantes da sanção decorrente da litigância de má-fé.

Em se tratando de imposição de penalidade processual, impera a presunção relativa, ou *juris tantum*, de boa-fé das partes e de todos aqueles que de qualquer forma participam do processo.

Consoante anotam **Nelson Nery Junior** e **Rosa Maria de Andrade Nery**, relativamente à litigância de má-fé: "*A boa-fé do litigante sempre se presume (Milhomens, Da presunção de boa-fé no processo civil, 30,62; Arruda Alvim, CPCC, II, 134). Trata-se de presunção relativa (iuris tantum). Aquele que alegar a má-fé da parte contrária é que tem o ônus de provar essa circunstancia*".

Acesso ao Sumário

No caso sob exame, verifica-se que os réus, ora apelantes e litigantes, não possuem dolo de agir de modo a lesar o processo, não restando demonstrado nenhuma das hipóteses de caracterização objetiva de litigância de má-fé prevista no artigo 17, do Código de Processo Civil. Não se justifica, portanto, a imposição de qualquer penalização aos apelantes.

Por todo quanto exposto, ressalvada a questão do termo inicial de

correção monetária, no mais, a r. sentença deve ser mantida, por seus próprios fundamentos.

Ante o exposto, **NEGO PROVIMENTO ao recurso do autor e DOU PARCIAL PROVIMENTO ao recurso dos reús, para o fim de determinar que a correção monetária, incidente sobre os danos morais, deve observar a data do arbitramento (súmula 362, STJ).**

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0013989-66.2012.8.26.0224, da Comarca de Guarulhos, em que é apelante COSESP COMPANHIA DE SEGUROS DO ESTADO DE SÃO PAULO, é apelado ADELSON SANTOS (JUSTIÇA GRATUITA).

ACORDAM, em 26ª 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 29.905)**

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

São Paulo, 8 de outubro de 2014.

VIANNA COTRIM, Relator

Ementa: Seguro de vida e acidentes pessoais - Prescrição afastada - Invalidez total e permanente configurada - Indenização devida - Ausência de comprovada recusa administrativa - Correção monetária a ser computada desde o ajuizamento da ação - Honorários advocatícios fixados consoante os parâmetros legais - Litigância de má-fé não caracterizada - Apelo provido em parte.

VOTO

Ação indenizatória, fundada em contrato de seguro de vida e acidentes pessoais, julgada procedente pela sentença de fls. 234/236, relatório adotado.

Apelou a ré, buscando a reforma da decisão. Pugnou pelo reconhecimento da prescrição ânua, aduzindo que a contagem do prazo teve início, no máximo, em 11 de novembro de 2010. Disse que a referida data foi indicada na sentença de concessão de aposentadoria por invalidez como sendo aquela em que fora

Acesso ao Sumário

elaborada a perícia judicial que aferiu a incapacidade. Alegou que o segurado sequer formulou aviso de sinistro. Alternativamente, afirmou que a debilidade que acomete o autor limita-se ao joelho e é parcial, estimada em 20% pela tabela da SUSEP, sendo que a cobertura securitária restringe-se à incapacidade total para qualquer atividade. Ressaltou que o contrato firmado entre as partes não admite interpretação ampliativa, tampouco se confunde com relação jurídica de cunho previdenciário. Por último, pleiteou pela incidência da correção monetária a contar o ajuizamento da lide e pela redução da verba honorária.

Recebido e processado o recurso, com contrarrazões e pedido de condenação da requerida nas penas derivadas da prática de litigância de má-fé, subiram os autos.

É o relatório.

Ao segurado no contrato de seguro de vida e acidentes pessoais, aplica-se o prazo ânuo previsto no artigo 206, § 1°, inciso II, do atual Código Civil, objeto da Súmula n° 101 do Superior Tribunal de Justiça.

Com efeito, é preciso estipular o termo inicial de fluência, de acordo com a redação da Súmula nº 278 do STJ, conforme a qual, "*o termo inicial do prazo prescricional, na ação de indenização, é a data em que o segurado teve ciência inequívoca da incapacidade laboral*".

Infere-se dos elementos dos autos que a perícia médica produzida no âmbito da ação previdenciária constatou a invalidez do autor em 11 de novembro de 2010, nos moldes explicitados na sentença de fls. 47/52.

Todavia, o apelado somente teve conhecimento irrecusável da sobredita incapacidade por ocasião da efetiva concessão da aposentadoria, que remonta à data da prolação da sentença pela Justiça Federal, em 29 de abril de 2011.

Portanto, considerando que a presente demanda foi aforada em 29 de fevereiro de 2012, vale dizer, antes do transcurso do prazo ânuo, inocorreu o advento da prescrição.

No caso em tela, da análise das condições gerais da avença, depreende-se que existe cobertura securitária em virtude de invalidez permanente total ou parcial por acidente e invalidez permanente total por doença.

Saliente-se, por oportuno, que a ausência de prévio aviso de sinistro não impede o segurado de pleitear indenização em juízo.

Segundo concluiu a perícia médica, o autor apresenta limitação funcional irreversível do joelho esquerdo, que repercute sobre a marcha e equilíbrio articular da cintura pélvica, estando incapacitado total e permanentemente para o exercício de sua atividade habitual de motorista de ônibus.

Em resposta aos quesitos, o "expert" judicial constatou que o autor padece de "*rigidez articular com importante limitação do joelho esquerdo pós*

Acesso ao Sumário

artroplastia total, bem como quadro de lombalgia. Apresenta também quadro cardiovascular com histórico de dois infartos miocárdicos e em tratamento atual de dislipidemia e hipertensão." (fls. 187)

Conquanto o perito tenha graduado a incapacidade em 20% de acordo com a tabela da SUSEP, esclareceu que "*o autor está impossibilitado de exercer atividades que demandem esforços físicos em geral, e quaisquer atividades que demandem dos membros inferiores, como deambulação ou ortostase prolongada. Considerados os contextos social, cultural e idade do autor, percebe-se que são exíguas as possibilidades dele encaixar-se em alguma atividade profissional.*" (fls. 189)

Ora, ainda que a incapacidade do apelado advenha de lesão sofrida em um membro, qual seja, o joelho esquerdo, a irreversibilidade da patologia e a inaptidão para o trabalho que regularmente exercia, além dos problemas cardíacos apresentados, são motivos suficientes para ensejar indenização securitária.

Em situações análogas, esta Câmara tem orientado:

> "Ora, se o autor possui problemas na coluna, que lhe causam limitação de movimento e provocam dores intensas, sendo praticamente impossível a recuperação total, com tendência de piora com a idade (item c - fls. 117), não podendo mais exercer a sua função, nos parece incabível a negativa ao pagamento do seguro. Assim, não resta dúvida que se a atividade substituta que o obreiro pode exercer deve ser considerada leve e moderada, sendo sua função a de lavrador, está evidenciada a incapacidade total e permanente para o exercício de sua atividade profissional. Ademais, não é crível que a apelante realmente acredite que uma pessoa incapacitada para o exercício de suas funções habituais, bem como de qualquer outra que exija algum esforço físico, não faça jus à indenização securitária por invalidez permanente total." (Apelação com Revisão n° 1.221.774-0/1 - Relator Des. Felipe Ferreira)
>
> "Com efeito, trabalhador com as limitações apresentadas pelo segurado deve ser considerado total e permanentemente incapacitado para o labor. A incapacitação decorre não só dos males detectados, mas, sobretudo, da sua condição social, pessoa humilde, que já não conta com a mínima perspectiva de aceitação no mercado de trabalho, já escasso nos dias atuais, desde que estaria sujeito a afastamentos periódicos e repetidos para tratamento de saúde em face das seqüelas que apresenta, o que, a bem da verdade, em nada contribuiria para mantê-lo no emprego." (Apelação com Revisão n° 1.124.980-0/3 - Relator Des. Renato Sartorelli)

A esse respeito, como bem ponderou o magistrado "a quo", *verbis*:

"*Na hipótese, observadas as limitações descritas, nítida a incapacidade do segurado, eis que exercia atividade eminentemente física, sendo certo que a*

Acesso ao Sumário

incapacidade deve ser analisada dentro do conjunto de funções que o mesmo tenha possibilidade de exercer.

Portanto, à evidência que, diante da realidade econômica, social e cultural nacional de um homem que alcançou 60 anos de idade e que sempre exerceu durante sua vida funções braçais, não logrará encontrar outra atividade apta a proporcionar remuneração, tanto que foi aposentado pro invalidez.

Ademais, consideradas as condições concretas da realidade objetiva, torna-se desarrazoado exigir que indivíduos que passaram vários anos de sua vida desenvolvendo atividades laborais caracterizadas pelo uso preponderante de habilidades específicas revelem novos atributos para executar tarefas de outra natureza, para as quais nunca receberam habilitação.

Caso fosse o autor um executivo, ou um profissional liberal, poderia exercer atividades leves, hipótese em que seria possível falar-se em invalidez parcial. No entanto, não é este o caso dos autos, como acima fundamentado, principalmente ao considerar o caráter da doença que o acomete." (fls. 235/236)

Mais não fosse, o juiz é o destinatário da prova, cumprindo somente a ele valorá-la e formar seu convencimento acerca da verdade dos fatos, independentemente das conclusões do laudo pericial, às quais não fica adstrito, a teor do disposto no artigo 436 do Código de Processo Civil.

Logo, caracterizada a invalidez de cunho total e definitivo do segurado, não há dúvida sobre o cabimento da indenização pleiteada, cujo valor será apurado na fase de cumprimento do julgado.

Todavia, a sentença comporta pequeno reparo, apenas para determinar que a correção monetária seja computada a partir do ajuizamento da demanda, tendo em vista a inexistência de comprovado indeferimento de pagamento na seara administrativa.

No mais, ficam mantidos os juros moratórios em 1% ao mês desde a citação e os ônus sucumbenciais a cargo da vencida, nos exatos moldes estipulados, mostrando-se injustificada a pretendida redução dos honorários advocatícios, visto que o arbitramento observou os parâmetros do artigo 20, § 3°, do Código de Processo Civil.

Finalmente, não vislumbro presentes os pressupostos autorizadores das sanções decorrentes da litigância de má-fé, porquanto não verificada a intenção dolosa da ré em interpor recurso com intuito manifestamente protelatório, sem contar que os atos de pretensão, irresignação ou defesa não implicam em má-fé processual.

Ante o exposto e por esses fundamentos, dou parcial provimento ao apelo.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0006842-07.2006.8.26.0286, da Comarca de Itu, em que são apelantes ALEXANDRE NICOLAU, JOSÉ JERÔNIMO NICOLAU, MEREDITH ELINÁH AGUIAR NICOLAU (JUSTIÇA GRATUITA) e REGINA MATILDE NICOLAU GONÇALVES (JUSTIÇA GRATUITA) e é apelada BRASIL KIRIN INDÚSTRIA DE BEBIDAS S/A.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 28ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "DERAM PROVIMENTO AOS APELOS. V.U.", de conformidade com o voto do relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 28.256)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores DIMAS RUBENS FONSECA (Presidente sem voto), CESAR LACERDA e MANOEL JUSTINO BEZERRA FILHO.

São Paulo, 7 de outubro de 2014.

CELSO PIMENTEL, Relator

Ementa: Viúva e filhos respondem por obrigação do falecido marido e pai até a força da herança. Se, porém, herança não houver, por nada responderão e, por isso, não se legitimam ao polo passivo da demanda ajuizada contra o *de cujus*. Afinal, *mors omnia solvit*. Por isso, julga-se extinto o processo sem exame de mérito.

VOTO

Filhos, viúva e filha do réu originário apelam, em duas peças autônomas, da respeitável sentença que julgou procedente demanda condenatória ao pagamento de indenização material e de multa contratual. Insistem em negar sua legitimidade, que apontam ao espólio, a despeito da ausência de inventário. Negam também que o *de cujus* tenha deixado bens a partilhar e lembram, os dois primeiros, que precisaram dispor de seu patrimônio para o recolhimento de preparo. Negam a obrigação, que, ausentes ilícito e culpa, não resulta da atividade prevista no contrato, e a prova dos alegados danos, assim como da existência dos bens furtados. Impugnam orçamentos exibidos e buscam a inversão do resultado.

Vieram preparo de quem se exigia e resposta.

É o relatório.

Acesso ao Sumário

1. Pessoa jurídica nasce com a inscrição de seu ato constitutivo no respectivo registro, soa elementar.

Sempre foi assim (Código Civil de 1916, art. 18 e parágrafo único, e Código Civil de 2002, art. 45).

Cadastro tributário, qualquer que seja sua denominação, não altera as regras nem a conclusão.

Daí que o réu originário era pessoa física,[1] empresário individual, e não se compõe de cotas, como se de sociedade de responsabilidade limitada se tratasse, porque a personalidade jurídica é única, como o patrimônio.

2. A autora, que, no contrato repleto de redundantes previsões (fls. 29/37), ignorou conceito elementar e se referiu ao réu como empresa, embora apenas empresário houvesse, acabou por perceber o equívoco (fls. 138/139), após a morte dele (fl. 110).

Quem não percebeu, a despeito de medidas para a habilitação, foi a respeitável sentença, na alusão à empresa, que nunca houve, equívoco em que também incorreu o tabelião que lavrou procurações e, pior, apontando atos constitutivos registrados na Junta Comercial (fls. 111 e vº).

3. Viúva meeira e filhos respondem por obrigação do *de cujus* até a força da herança (Código Civil de 2002, artigos 1792, 1821 e 1997).

Se, porém, herança não houver, por nada responderão e, por isso, não se legitimarão ao polo passivo da demanda ajuizada contra o *de cujus*.

Afinal, *mors omnia solvit*.

1 Exceto pelo que dispõe Lei nº 12.441, de 11 de julho de 2011, que, em vigor a partir de12 de janeiro de 2012, ao criar a empresa individual de responsabilidade limitada, a EIRELI, deu nova redação aos artigos 44, VI, e 1.003 e acrescentou o art. 980-A ao Código Civil de 2002, o microempresário de hoje, como a firma ou o comerciante individual do passado, é pessoa física, não pessoa jurídica, que não tem personalidade autônoma ou distinta daquele que lhe dá o nome no exercício da atividade comercial ou de prestação de serviço.

A propósito, precedente da Colenda 12ª Câmara do extinto Segundo Tribunal de Alçada Civil de São Paulo, relatado pelo eminente Juiz PALMA BISSON (Cf. Ap. 613.386-00/0, j. 30.11.2001), tratando da microempresa e reportando-se a outros arestos, lembra que, "como é de curial sabença, o comerciante individual, também conhecido como empresário individual ou firma individual, não é pessoa jurídica, mas sim, pessoa física que exerce o comércio (idem, AI 475.190, 5ª C., rel. J. PEREIRA CALÇAS, j. 20.11.96). Diz-se, por isso mesmo, que 'não há duplicidade de personalidade jurídica do empresário individual' (idem, Ap. c/ Rev. 568.953-00/9, 6ª C., rel. J. LINO MACHADO, j. 16.5.2000) e que 'não se confunde firma individual com sociedade' (idem, Ap. c/ Rev. 601.780-00/0, 10ª C., rel. J. NESTOR DUARTE, j. 17.4.2001)".

"A equiparação a que alude o Decreto nº 3.000/99 não tem o condão de convolar a pessoa natural em pessoa jurídica e funciona somente para efeito de imposto de renda", definiu a Colenda 29ª Câmara da Seção de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, complementando que o "empresário individual, que explora empresa individual, denominada por leigos como firma individual, é pessoa física e não jurídica. A pessoa jurídica decorre de um contrato ou ato constitutivo celebrado, no mínimo, por duas pessoas físicas ou jurídicas e adquire personalidade jurídica com o arquivamento de seu ato constitutivo no registro que lhe é peculiar" (Cf. AI 950.764-0-0, rel. Des. PEREIRA CALÇAS, j. 20.9.2006).

Esta Câmara também já se pronunciou em idêntico sentido e em mais de uma ocasião, assinalando que a inscrição em cadastro tributário federal é irrelevante para os fins civis (Cf. entre tantos outros, Ap. 1.029.965-0/6, j. 20.3.2007; AI 0524261-26.2010.8.26.0000, j. 15.2.2011, ambos deste relator).

Acesso ao Sumário

É o que se passa no caso.

O falecido marido e pai dos réus nenhum bem deixou, como se confere de sua última declaração à Receita Federal (fls. 321/325 e 358/362).

As "cotas de capital social da firma individual" (fls. 324 e 361) não passam de imaginação equivocada, está visto.

Então, nem viúva nem os filhos têm legitimidade passiva para a causa e, em consequência, julga-se extinto o processo sem exame de mérito (CPC, art. 267, VI).

Condena-se a autora ao pagamento das custas e de honorários advocatícios de sucumbência de dez por cento sobre o valor corrigido da causa, que se ratearão entre os patronos dos vencedores.

4. Pelas razões expostas, dá-se provimento aos apelos.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0001976-49.2008.8.26.0588, da Comarca de São José do Rio Pardo, em que é apelante RODOVIAS DAS COLINAS S/A, é apelado MARCELO AUGUSTO GONÇALVES NETO (JUSTIÇA GRATUITA).

ACORDAM, em 34ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 21.036)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores GOMES VARJÃO (Presidente sem voto), CRISTINA ZUCCHI e SOARES LEVADA.

São Paulo, 29 de setembro de 2014.

NESTOR DUARTE, Relator

Ementa: ACIDENTE DE VEÍCULO. REPARAÇÃO DE DANOS. PRESENÇA DE OBJETO NA PISTA. DANOS NO VEÍCULO. RESPONSABILIDADE OBJETIVA DA CONCESSIONÁRIA (CF/88, ART. 37, § 6º e CDC, ARTS. 3 E 14). AÇÃO PROCEDENTE. DANOS MATERIAIS COMPROVADOS. DEVER DE INDENIZAR NÃO AFASTADO. RECURSO IMPROVIDO.

Acesso ao Sumário

VOTO

Visto.

Trata-se de ação de reparação por danos materiais e morais decorrentes de acidente de trânsito, ajuizada por Marcelo Augusto Gonçalves Neto em face de Colinas Concessionária S/A, julgada parcialmente procedente pela r. sentença de fls. 151/154, cujo relatório adoto.

Recurso da ré (fls.158/174), objetivando a modificação do resultado. Afirma que ocorreu cerceamento de defesa "pela não apreciação da prova documental trazida aos autos pela defesa". Aduz que não pode ser exigido da concessionária "mais do que a própria Lei editou como sendo 'serviço adequado', de acordo com as premissas regulamentadas pelo Estado". Afirma que não restou comprovada a responsabilidade da ré. Sustenta que não foi levado em consideração o depoimento de suas testemunhas. Assevera que havia sido efetivada a inspeção no local dos fatos por meio de viatura denominada "I-II", em prazo inferior ao estipulado no Contrato de Licitação, ou seja, "nunca superior a 120 minutos, em trechos de pista duplicada, e não superior a 180 minutos, em trechos de pista simples, em condições normais de operação". Alega que o autor afirmou na inicial que "o alegado objeto (possivelmente um escapamento) teria se desprendido do veículo identificado como sendo 'uma sprinter, de cor branca', que transitava imediatamente à sua frente ou poucos minutos antes deste".

O apelo foi preparado (fls. 175/176), recebido (fls. 180) e não respondido (fls. 181).

É o relatório.

Conheço do recurso.

Não ocorreu o alegado cerceamento de defesa, uma vez que à ré foi dada oportunidade de produzir provas, sendo certo que o conjunto probatório reunido nos autos foi suficiente para apreciação dos fatos e consequente solução da controvérsia.

Os elementos constantes dos autos demonstram que o acidente ocorreu em razão da existência de objeto (cano metálico) que se encontrava na rodovia SP 75 – Rodovia Engenheiro Ermenio O. Penteado, administrada pela ré (fls.02/13).

Verifica-se do Boletim de Ocorrência de Acidente de Trânsito Rodoviário que no local dos fatos foi constatado "um acidente do tipo choque contra objeto abandonado sobre a via, onde condutor e passageiros estavam ilesos e o veículo estacionado no acostamento na altura do Km 43 da mesma rodovia" (fls.13).

Com efeito, a alegação da apelada de que na hipótese não pode ser aplicada a teoria da responsabilidade objetiva não merece acolhida, pois nos termos do artigo 37, § 6º, da Constituição Federal sua responsabilidade o é,

uma vez que mantém a exploração da rodovia mediante cobrança de pedágio, portanto, auferindo proveito. Não se trata, evidentemente, de adoção da teoria do risco integral, mas daquela, segundo a qual, o ente que retira o ganho de atividade se sujeita à reparação do dano inerente à sua atividade.

Ademais, também, aplicáveis à espécie as normas do Código de Defesa do Consumidor, em decorrência da relação de consumo (art. 14), uma vez que as concessionárias enquadram-se no conceito de fornecedoras, como prestadoras de serviços, sendo consumidor aquele que utiliza a via (art. 3º), consoante referida lei:

"Art. 3° Fornecedor é toda pessoa física ou jurídica, pública ou privada, nacional ou estrangeira, bem como os entes despersonalizados, que desenvolvem atividade de produção, montagem, criação, construção, transformação, importação, exportação, distribuição ou comercialização de produtos ou prestação de serviços."

"Art. 14 O fornecedor de serviços responde independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos relativos à prestação dos serviços, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua fruição e riscos".

Desta maneira, mantenho a r. sentença por seus próprios e jurídicos fundamentos.

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

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0057845-61.2008.8.26.0114, da Comarca de Campinas, em que são apelantes COMPANHIA BRASILEIRA DE DISTRIBUIÇÃO e COMPANHIA BRASILEIRA DE DISTRIBUIÇÃO, são apelados CARLOS ROBERTO PEREIRA PAIVA (JUSTIÇA GRATUITA) e CARLOS ROBERTO PEREIRA PAIVA (JUSTIÇA GRATUITA).

ACORDAM, em 32ª 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 727)**

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

São Paulo, 9 de outubro de 2014.

CAIO MARCELO MENDES DE OLIVEIRA, Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: COMPRA E VENDA - INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL - Alimento vendido com porção terminal do órgão do animal - Presença de excrementos - Análise da vigilância sanitária - Acontecimento que foge do corriqueiro e normal na vida do homem médio - Desnecessidade de prova objetiva do dano moral - Redução do valor fixado - Recurso provido em parte.

VOTO

Trata-se de apelação interposta contra a r. decisão de fls. 116, que julgou a lide procedente, condenando a ré ao pagamento de R$ 3.000,00 a título de indenização por danos morais, além de custas e honorários advocatícios fixados em 10% do valor da condenação.

Inconformada, recorre a empresa acionada argumentando que a impropriedade do alimento consumido não foi comprovada, tratando-se o ocorrido de mero aborrecimento da vida cotidiana. Reafirma que seus produtos passam por rigoroso controle de qualidade, que a decisão recorrida se fundamentou em suposições, que não houve comprovação de nenhum dano e que o produto não apresentava nenhum indício de má conservação ou alteração em suas características originais, sendo, portanto, indevida a indenização fixada. Refuta a ocorrência de dano moral indenizável e, alternativamente, pleiteia a redução da indenização. Recurso tempestivo, preparado e recebido no duplo efeito, com contrarrazões a fls. 140/155, na qual o apelado pleiteia a condenação da apelante nas penas por litigância de má-fé e majoração da verba honorária para 20% do valor da condenação.

É o relatório do essencial.

O recurso merece ser parcialmente provido.

Pelo que se extrai dos autos o autor, em 05/01/2007, dirigiu-se à loja da empresa ré localizada na Rua da Abolição, nº 2013, Campinas/SP, onde adquiriu um frango assado para seu almoço. Seguiu para o refeitório da empresa na qual trabalha e, após consumir grande parte do alimento adquirido, foi alertado por colegas que lá estavam que, em meio às sobras que estavam no prato, estava a "tripa com estrume" do animal. Relata o autor que a constatação lhe causou profunda repulsa e mal estomacal, além de ter servido de chacota aos colegas que presenciaram o ocorrido. Diz o acionante, ainda, que no mesmo dia dirigiu-se à Vigilância Sanitária local e entregou os restos do alimento para análise, sobrevindo a declaração de fls. 30, assinada por Rone Peterson Lázaro, Técnico em Agropecuária e Autoridade Sanitária local, onde ficou consignado que "*na inspeção visual foi constatado um fragmento de órgão, sugestivo de porção*

Acesso ao Sumário

terminal do sistema digestivo do animal. Não foi evidenciada exteriorização de conteúdo interno 'da' órgão, porém quando apertou-se o fragmento, ocorreu a exteriorização de conteúdo semelhante a fezes, numa aparência escura, como estivesse assada" (fls. 30).

O i. Julgador de origem acolheu a pretensão, ante a conclusão de que a venda de produto nessas condições não só afronta o Código de Defesa do Consumidor como, também, causa revolta pela falta de respeito e/ou de zelo com que foi tratado, restando, assim, comprovado o dano moral.

A declaração de fls. 30 mostrou-se um importante elemento de convicção, trazendo para os autos a verossimilhança necessária para o acolhimento das alegações do autor, não sendo expressamente impugnada pela ré - mesmo porque nada há a comprometer a credibilidade das declarações fornecidas, que estão acompanhadas por fotos do fragmento encontrado no alimento. Invertido o ônus da prova, cabia à apelante demonstrar que os fatos não ocorreram como relatados na inicial, ou que a culpa pelo ocorrido foi exclusivamente do consumidor ou de terceiro, a fim de afastar sua responsabilidade, mas desse ônus ela não se desincumbiu, estando, pois, configurada a responsabilidade do fornecedor.

A obrigação de indenizar também está bem demonstrada.

Efetivamente, o relatado pelo autor não pode ser tido como fato corriqueiro e normal na vida do homem médio. Mostra-se evidente que aquele que adquire alimento, principalmente pronto e para consumo imediato, certifica-se de fazê-lo em locais confiáveis e que lhe tragam a sensação de que a sua manipulação e preparo se deu com a observância não só de critérios rigorosos de higiene, mas, também, com o uso de bom senso e dentro da normalidade. Como se costuma dizer, "como se tivesse sido feito em sua própria casa". Assim, não se espera, mesmo, a comercialização de carnes prontas para consumo com "tripa com fezes".

Bem por isso a presença desse tipo de material orgânico causa, como descrito na inicial e na decisão recorrida, repulsa, nojo, mal estar, revolta e indignação, não se podendo ter tais sensações como meros aborrecimentos, sob o risco de se banalizar o acontecimento relatado. É bem verdade que o produto não apresentava nenhum indício de má conservação ou alteração em suas características originais, mas é obvio que foge à normalidade colocar à venda um alimento pronto para o consumo com o intestino do animal dentro.

Desnecessária, portanto, uma prova objetiva do abalo moral sofrido para configurar a obrigação de indenizar.

O montante arbitrado pelo Magistrado de primeiro grau (R$ 3.000,00) sofreu críticas por parte da ré, que entendeu ser desproporcional em relação à aludida ofensa, pugnando pela redução.

Tais indenizações devem ser fixadas em termos razoáveis e moderados.

Acesso ao Sumário

Na hipótese '*sub examine*', mostra-se mais razoável a redução para o montante de R$ 2.000,00, com os acréscimos determinados.

Por fim, afasto o pedido de condenação da ré nas penas por litigância de má-fé formulada pelo apelado por não concluir que a empresa apelante tenha agido com dolo processual, tendo apenas buscado defender suas assertivas. O pedido de majoração da verba honorária, por sua vez, não pode ser conhecido, uma vez que não se pode obter reforma de sentença por meio de simples pedido formulado em contrarrazões recursais.

Ante todo o exposto, dá-se parcial provimento ao apelo.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0007089-54.2012.8.26.0196, da Comarca de Franca, em que é apelante UNIMED FRANCA – SOCIEDADE COOPERATIVA DE SERVIÇOS MÉDICOS E HOSPITALARES, são apelados SUELI SILVESTRE DE FREITAS (ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA) e NILTON MÁXIMO DE OLIVEIRA (ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA).

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 21513)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores GOMES VARJÃO (Presidente sem voto), CRISTINA ZUCCHI e SOARES LEVADA.

São Paulo, 29 de setembro de 2014.

ROSA MARIA DE ANDRADE NERY, Relatora

Acesso ao Sumário

Ementa: Prestação de serviços médico-hospitalares. Cobrança. Procedimento sumário. Denunciação da lide. Possibilidade ante a exceção contida no CPC 280, final. Agravamento de quadro de paciente que se encontrava internada com cobertura de plano de saúde. Necessidade de realização de procedimento específico. Abusividade da cláusula contratual que exclui a cobertura de hemodiálise por afronta à função social do contrato. Sentença mantida. Recurso não provido.

VOTO

Trata-se de recurso de apelação tirado contra a r. sentença de fls. 407/411, que julgou parcialmente procedente o pedido do Hospital e Maternidade São Joaquim Ltda. contra Sueli Sivestre Freitas e Nilton Maximo de Oliveira, condenando-os ao pagamento de R$ 3.799,91 (três mil setecentos e noventa e nove reais e noventa e um centavos) referentes à prestação de serviços médicos hospitalares à segunda corré, com correção monetária desde o ajuizamento da ação e juros de mora de 1% ao mês, a partir da citação. Ante a sucumbência recíproca, determinou que cada parte arcasse com o pagamento de custas e despesas processuais, bem como dos honorários de seus advogados, observada a regra do artigo 12, da Lei nº 1060/50, em relação aos réus. Julgou procedente a lide secundária instaurada por Sueli Silvestre de Freitas e Nilton Maximo de Oliveira contra UNIMED Franca - Sociedade Cooperativa de Serviços Médicos e Hospitalares, para condenar a operadora do plano de saúde ao pagamento da indenização fixada na lide principal. Ante a sucumbência, condenou a litisdenunciada a arcar com o pagamento das custas e despesas processuais despendidas, bem como dos honorários do advogado dos litisdenunciantes, arbitrados, com fulcro no artigo 20, § 4º, do CPC, em R$ 1.000,00 (Um mil reais).

Embargos de declaração foram apresentados pela litisdenunciada - UNIMED, às fls. 414/416 e rejeitados às fls. 417.

Recorre a litisdenunciada UNIMED, às fls. 421/426 e alega que: a) a r. sentença é nula por violação ao art. 535, II, devendo os autos retornarem à primeira instância e outra sentença seja proferida, suprimindo a omissão apontada; b) a r. sentença é nula por violação ao art. 280 do CPC, pois trata-se de ação de cobrança no rito sumário e, portanto inadmissível o deferimento de denunciação da lide; c) não são aplicáveis ao caso as Súmulas 95 e 102, ambas do E. TJSP, pois não se trata de negativa de cobertura pelo plano de procedimento ou fornecimento de medicamentos e, sim, por expressa exclusão do tratamento de hemodiálise no contrato do plano de saúde; d) ainda que o contrato seja interpretado favoravelmente ao aderente/consumidor, o art. 47 do CDC não autoriza a revogação das cláusulas contrárias aos interesses do consumidor, sob pena de instauração da insegurança jurídica nas relações negociais e desequilíbrio contratual; e) extrai-se do depoimento da médica Fabiana Fadel Ribeiro, que não havia risco imediato à saúde, ou à vida da apelada, permitindo o seu atendimento eletivo e por livre e espontânea vontade, os apelados optaram pelo tratamento particular oferecido pelo autor da ação. Pede a anulação da r. sentença, a fim de que outra seja lançada pelo juízo *a quo*, manifestando-se a cerca da inaplicabilidade da denunciação da lide no procedimento sumário; alternativamente que a lide secundária seja extinta sem resolução do mérito, vez que a denunciação da lide é vedada no rito sumário, nos termos do CPC 280;

Acesso ao Sumário

ou ainda, se apreciado o mérito da causa, seja reformada a r. sentença julgando improcedentes os pedidos dos apelados na lide secundária.

Contrarrazões foram apresentadas pelos apelados às fls. 440/453.

É o singelo relatório.

O recurso é tempestivo (fls. 418 e 419) e está preparado (fls. 427/428).

Não houve afronta ao CPC 535, II, pois o nobre Magistrada ao prolatar a r. sentença entendeu pelo cabimento da denunciação à lide (vide fls. 410) e por isso, quando da análise dos embargos de declaração de fls. 414/416, entendeu que não existiam vícios a serem sanados e rejeitou os embargos (fls. 417).

Ao contrário do alegado pela apelante, embora o CPC 280 disponha sobre a inadmissibilidade de ação declaratória incidental e a intervenção de terceiros no procedimento sumário, ele também prevê hipótese de exceção à regra e admite a intervenção de terceiro fundado em contrato de seguro e este é o caso dos autos, portanto, cabível a denunciação à lide no presente caso.

Nesse sentido, *data venia* entendimento em sentido contrário colacionado na peça recursal (fls. 423/424) esta Corte já entendeu: "*Prestação de serviços-médico-hospitalares - Cobrança - Rito Sumário - Denunciação à lide - Cabimento da denunciação à lide do Plano de Saúde, diante da natureza do contrato de seguro-saúde (art. 757, caput, CC/02) - Intervenção fundada em contrato de seguro saúde integra a exceção contida na regra do art. 280, do CPC - Sentença anulada e citação determinada - Recurso provido.*" (Apel. nº 0072548-14.2009.8.26.0000, 35ª Câm. Dir. Privado; Rel. Des. José Malerbi, j. 26.03.2012). "*Ação de cobrança de despesas médico-hospitalares - Denunciação da lide de plano de saúde, AMESP - É possível a denunciação da lide da operadora ou seguradora de plano de saúde, diante da possibilidade de se reconhecer em favor da denunciante, por força de contrato entre a paciente e a seguradora, eventual direito de regresso contra a denunciada, diante da comprovação da relação contratual entre elas - Sentença anulada - Recurso parcialmente provido.*" (Apel. nº 9170121-93.2009.8.26.0000, 29ª Câm. Dir. Privado, Relª. Desª. Silvia Rocha, j. 10.04.2013). "*Agravo de Instrumento - Prestação de serviços hospitalares - Cobrança - Denunciação à lide - Plano de saúde - Possibilidade diante de eventual reconhecimento em favor do denunciante, por força de contrato entre paciente e o plano de saúde - Decisão agravada reformada. Agravo de instrumento provido.*" (A.I. nº 2078108-24.2014.8.26.0000, 34ª Câm. Dir. Privado, Relª. Desª. Cristina Zucchi, j. 11.08.2014).

No mais, não assiste razão à apelante pelo pedido de improcedência da lide secundária diante de previsão contratual de exclusão de custeio para o tratamento de hemodiálise.

O fato de o plano de saúde contratado entre a corré Sueli Silvestre de

Freitas e a SASSOM - Serviço de Assistência e Seguro Social dos Municipiários de Franca ter sido celebrado em 02.05.1991, ou seja, anterior à publicação e à vigência da Lei nº 9656/98, bem como que sua regulamentação junto a UNIMED Franca tenha ocorrido em 01.04.2012, quando então o procedimento médico de hemodiálise já havia sido prestado à corré Sueli, não pode se entender que o procedimento estava excluído da cobertura, pois esse entendimento levaria à validação de cláusula abusiva em detrimento ao consumidor.

Ademais a partir da edição da Lei nº 9656/98, a hemodiálise tornou-se procedimento obrigatório e pelo fato de o contrato de plano de saúde ser de trato sucessivo a ampliação da cobertura para realização de procedimentos deve ser aplicada de imediato sob pena de afronta, também, à função social do contrato.

O testemunho de Fabiana Fadel Ribeiro (fls. 475/476), médica que atendeu a corré Sueli, ao contrário do alegado pela apelante, é no sentido de que diante do quadro emergencial apresentado pela corré o procedimento mais indicado era a hemodiálise, que se não ocorresse poderia trazer prejuízos à saúde da paciente. Há de se considerar o fato de que a paciente já se encontrava internada, em tratamento, quando houve o agravamento de seu quadro, com a necessidade de realização de hemodiálise (vide depoimentos das testemunhas Milena - fls. 473/474 e Fabiana - fls. 475/476), tendo sido autorizado pelo plano de saúde a implantação de cateter e alegada falta de cobertura para realização de hemodiálise (vide depoimento testemunha Milena - fls. 473).

Importante, no caso, é destacar que a hemodiálise foi ordenada como recurso emergencial à salvaguarda da vida da paciente, internada às expensas do convênio e não como terapia regular, que pudesse suscitar a incidência da cláusula restritiva, de qualquer maneira, de discutível validade.

Isto posto, afastam-se as alegações de nulidade da r. sentença e nega-se provimento ao recurso, mantendo-se a r. sentença por seus próprios fundamentos.

É o meu voto.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0025199-89.2012.8.26.0006, da Comarca de São Paulo, em que é apelante BANCO ITAUCARD S/A, é apelado EVANDRO MARTINS DUARTE (NÃO CITADO).

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 sorteado, que declara. Acórdão com o Revisor.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão.

Acesso ao Sumário

(Voto nº 27883)

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

São Paulo, 2 de junho de 2014.

VIRGÍLIO DE OLIVEIRA JUNIOR, Relator Designado

Ementa: Ação de cobrança. Extinção do processo. Preparo inicial. Descumprimento da ordem de recolhimento. Intimação da parte pela imprensa. Necessidade de que seja intimada pessoalmente. Sentença reformada. Recurso provido, por maioria de votos.

VOTO

Trata-se de recurso de apelação contra sentença de fl. 39, que julgou extinta a ação de cobrança, com fundamento no artigo 267, inciso III, do C.P.C..

Alega o autor que a decisão se revela precipitada e, além do mais, a intimação pessoal do autor para dar andamento ao feito é pressuposto indispensável à extinção.

É o relatório.

O recurso é provido (por maioria de votos, vencido o relator).

Pois bem. É do conhecimento geral, que a jurisprudência do STJ, de forma generalizada, entende cabível a abertura de prazo a fim de que o autor regularize a petição inicial, sem que seja intimado, pessoalmente. A extinção do processo, sem exame de mérito, poderá, então, ser proclamada depois de proporcionada à parte tal oportunidade, nos termos do art. 284 do CPC, em observância ao princípio da função instrumental do processo (AgRg no REsp nº 1.206.251/PE, Rel. Min. Herman Benjamin, DJe de 4-2-2011). E que a aventada necessidade de intimação pessoal (mencionada no § 1º do art. 267 do CPC), não se aplica às hipóteses de emenda à inicial, conforme entendimento consagrado pelo STJ:

"RECURSO ESPECIAL. PROCESSUAL CIVIL. INTIMAÇÃO. QUARENTA E OITO HORAS. ART. 267, § 1º, DO CPC. EMENDA À INICIAL. INÉRCIA. NÃO-CABIMENTO. 1. A determinação de intimação pessoal da parte, nos termos do art. 267, § 1º, do CPC, para suprir a falta processual em 48 (quarenta e oito) horas, aplica-se apenas aos casos previstos nos incisos II e III, do referido dispositivo, sendo desnecessária quando o processo é extinto, sem julgamento do mérito, porque a parte deixou de emendar a inicial, na forma do art. 284 do CPC. 2. Recurso especial não provido." (REsp nº 1.200.671/RJ, Rel. Min. Castro Meira, DJe de 24-9-2010).

Acesso ao Sumário

Não obstante, e apesar de sua reiteração por muito tempo, deve tal posicionamento ser revisto. E por vários motivos.

Não padece dúvida que, pelo art. 284, o magistrado ordenará ao autor emendar a inicial, seja para preencher os requisitos dos arts. 282 e 283, seja para sua regularização. Essa emenda é comunicada àquele que ajuizou a demanda. É por isso que a intimação pessoal da parte se faz necessária, até porque a ordem judicial está voltada para o autor da demanda, a exigir dele o seu pleno conhecimento.

No presente caso, a intimação deu-se pela imprensa, que só abarca a pessoa do causídico. Imprescindível a cientificação da recorrente, que tem legítimo interesse para exigir de seu advogado o cumprimento do comando de emenda.

Faltando a intimação pessoal do recorrente, impossível considerar hígida a sentença de extinção, sem resolução do mérito.

Casos precedentes anotam a intimação prévia do autor para regularização de vício na documentação [cf. TRF-3, Ap. Reexame nº 6408/SP 0006408-84.2006.4.03.6108, Des. Federal Marli Ferreira, j. 23.08.2012, 4ª Turma; STJ, REsp nº 1235960/RJ, Rel. Ministro Mauro Campbel Marques, 2ª Turma, j. 05/04/2011, DJe 13/04/2011].

A falta de intimação da apelante dá respaldo ao decreto que anula o 'decisum' ora recorrido.

Atente-se que a regra do art. 284, 'caput', está endereçada ao autor da demanda, e não ao advogado, para que "*a emende ou a complete, no prazo de dez (10) dias*".

Há de se compreender, portanto, que essa regra representa uma terceira causa para que a intimação da parte seja pessoal, além das outras duas dispostas nos incisos II e III do art. 267 do mesmo diploma processual.

Afinal, sem a presença da parte impossível não ver a ocorrência de cerceamento à defesa dela, a implicar em violação a preceito constitucional [cf. art. 5º, inciso LV, CF].

De outro lado, o apelante, porque persiste o seu interesse na quitação do débito existente, virá a Juízo novamente, de acordo com a inteligência do art. 28 do diploma processual, se mantido o decreto extintivo do processo. E terá que recolher novas custas.

É evidente que essa possibilidade não se coaduna com os atuais princípios da economia processual e da celeridade processual.

De acordo com Ada Pellegrini Grinover, o denominado princípio da economia processual preconiza o máximo resultado na atuação do direito com o mínimo emprego possível de atividades processuais. (...). Assim haveria

Acesso ao Sumário

uma maior celeridade e economia de atos processuais que neste caso seriam dispensáveis. Esse é o princípio da simplificação ou princípio econômico. Princípio segundo o qual o processo deve obter o maior resultado com o mínimo de esforço [cf. Antonio Carlos de Araújo Cintra; Ada Pellegrini; Cândido Rangel Dinamarco. *In*. Teoria Geral do Processo, 28º Edição, p.7].

E, segundo o artigo 5º, inciso LXXVIII, da Constituição Federal, o princípio da celeridade processual determina que os processos sejam desenvolvidos em tempo razoável, de modo a garantir a utilidade do resultado alcançado ao final da demanda.

Outrossim, e havendo o indeferimento da exordial, caberá ao autor apelar, sendo, nesse caso, facultado ao juiz, em 48 horas, reformar sua decisão (art. 296, CPC). Ou seja, se houvesse a simples intimação pessoal da parte, todos esses outros atos não seriam praticados, de sorte que não ficariam comprometidos nem ofendidos o princípio da celeridade e o princípio da economia processual.

Portanto, nos dias atuais, deve-se mitigar o entendimento de ser desnecessária a intimação pessoal do apelante.

Sendo realizado esse ato na pessoa do autor, reduzir-se-á a extinção do feito (que se mostra extremamente ácida para a parte, que terá, inclusive, para demandar, novamente, que recolher novas custas - as quais podem ser bem pesadas para o bolso do litigante).

Ademais, a intimação pessoal do autor permitirá que ele - ciente da ordem judicial contendo a ameaça de extinção do feito - tome as medidas cabíveis para sanar o vício que esteja impedindo a marcha do processo em seus ulteriores atos. E o recurso se inclui entre tais medidas, de modo que se tem como o momento correto para evitar novo e desnecessário ajuizamento da mesma demanda. De mais a mais, o réu não irá ficar prejudicado, porque, não estando formada a relação judicial, não haverá discussão em torno de honorários advocatícios.

Sendo assim, a anulação da sentença substitui a contento, e segundo aqueles princípios, o novo ajuizamento de mesma ação.

Voltado para essa realidade, encontra-se, aí, mais um motivo para se defender a intimação pessoal do autor.

Em complementação, diga-se que o art. 5º, do anteprojeto do novo Código de Processo Civil, que está por ser aprovado, prevê, expressamente, que *"As partes têm direito de participar ativamente do processo, cooperando entre si e com o juiz e fornecendo-lhe subsídios para que profira decisões, realize atos executivos ou determine a prática de medidas de urgência"*.

Nessa ordem, seja porque não houve intimação do representante legal do banco para haver a emenda da inicial, seja, ainda, porque os princípios da economia e da celeridade processual dão fundamento para que, em sede de apelo, o novo ajuizamento seja substituído pela anulação do 'decisum',

Acesso ao Sumário

cabendo ao autor providenciar os documentos ordenados nos principais, não há impedimento algum à intimação pessoal do autor.

Caso fosse observada, a própria parte não sofreria prejuízo em seu direito, em seu interesse e em seu patrimônio.

Assim, por maioria de votos, acolhe-se o recurso e anula-se a r. sentença, determinando-se, então, o processamento do feito em seus ulteriores termos.

DECLARAÇÃO DE VOTO VENCIDO

(Voto nº 31076)

Respeitosamente, divirjo de meus ilustres pares.

Na hipótese destes autos, determinada a juntada de cópias legíveis dos documentos que acompanharam a inicial e que providenciasse o recolhimento das despesas postais (24/01/2013 - fls. 25), tal providência não foi tomada pelo autor, assim, em ato subsequente, foi novamente determinado cumprimento do desiderato, no prazo de trinta dias (24/04/2013), porém, conforme se denota da certidão de decurso de prazo para manifestação (fls. 35), tal medida deixou de ser cumprida.

Seguiu-se outra determinação, a expedição de carta para intimar pessoalmente o autor, na pessoa de seu representante legal, a fim de dar andamento ao feito em 48 horas, sob pena de extinção, cuja correspondência colacionada traz nitidamente estampada a data de entrega, 29/08/2013 (fls. 38), sem qualquer atendimento pelo requerente, ensejando a extinção da ação, dia 05/12/2013 (fls. 39).

Pois bem. O preparo inicial - que integra, em seu conceito, as despesas com o ato citatório, as custas iniciais e a taxa de mandato - consiste em pressuposto de formação e desenvolvimento regular do processo, sendo que a sua ausência ou incompletude autoriza a extinção do processo desde logo, com o consequente cancelamento da distribuição no prazo de trinta dias, consoante determina o artigo 257 do CPC, independentemente de intimação pessoal. Neste caso, não incide o disposto no § 1º do artigo 267 do CPC, somente aplicável àquelas hipóteses relacionadas ao abandono da causa (incisos II e III), o que leva à conclusão de desnecessidade de intimação pessoal.

A jurisprudência desta Corte não discrepa desse entendimento. Confira-se:

APELAÇÃO - AÇÃO DE COBRANÇA - INSUFICIÊNCIA DAS CUSTAS INICIAIS - DILIGÊNCIA DO OFICIAL DE JUSTIÇA - NÃO RECOLHIMENTO - ART. 257 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL - CANCELAMENTO DA DISTRIBUIÇÃO - DESNECESSIDADE

Acesso ao Sumário

DE PRÉVIA INTIMAÇÃO PESSOAL DA PARTE - SENTENÇA DE EXTINÇÃO MANTIDA - RECURSO DESPROVIDO.[1]

Ação de busca e apreensão. Contrato de financiamento com pacto de alienação fiduciária. Extinção do processo, sem resolução do mérito, com fundamento na ausência de pressuposto de constituição e de desenvolvimento válido e regular. Inexistência de citação, que configura pressuposto processual objetivo. Ausência de formação da relação processual. Hipótese em que o autor foi devidamente intimado, pelo diário oficial, para recolher a GRD, sob pena de extinção. Decurso do prazo, sem a sua manifestação. Ademais, a intimação pessoal da parte para dar andamento ao feito é obrigatória somente nas hipóteses previstas nos incisos II e III, do art. 267, do Código de Processo Civil. Recurso improvido.[2]

Apelação. Ação de Cobrança. Falta de recolhimento da diligência do Oficial de Justiça. Extinção do processo. Desnecessidade de intimação pessoal para o prosseguimento do feito. Recurso não provido.[3]

A Corte Especial do Egrégio Superior Tribunal de Justiça, ao julgar os Embargos de Divergência ao Recurso Especial nº 264.895-PR, assim decidiu:

PROCESSO CIVIL. PREPARO. EMBARGOS DO DEVEDOR. Quem opõe embargos do devedor deve providenciar o pagamento das custas em 30 dias; decorrido esse prazo, o juiz deve determinar o cancelamento da distribuição do processo e o arquivamento dos respectivos autos, independentemente de intimação pessoal. Embargos de divergência rejeitados.[4]

No mesmo sentido:

PROCESSO CIVIL. EMBARGOS À EXECUÇÃO. DISTRIBUIÇÃO. CANCELAMENTO. CPC, ART. 257. INTIMAÇÃO. DESNECESSIDADE. DIVERGÊNCIA JURISPRUDENCIAL. RECURSO ESPECIAL. CIRCUNSTÂNCIAS FÁTICAS. REEXAME. IMPOSSIBILIDADE. ENUNCIADO N. 7 DA SÚMULA/STJ. CPC, ART. 257. ENTENDIMENTO DO RELATOR. RECURSO DESACOLHIDO.

I - Dependendo o recurso especial do exame das circunstâncias fáticas dos autos, incide o enunciado n. 7 da súmula/STJ.

II - A título de registro, e sem embargo de respeitáveis opiniões

Acesso ao Sumário

1 TJSP, 14ª Câm. Dir. Priv., Apel. nº 0051699-03.2012.8.26.0554/Santo André, rel. Des. Carlos Abrão, j. 29.01.2014, v.u.

2 TJSP, 34ª Câm. Dir. Priv., Apel. nº 0109717-45.2008.8.26.0008/São Paulo, rel. Des. Gomes Varjão, j. 27.01.2014, v.u.

3 TJSP, 37ª Câmara de Dir. Priv., Apel. nº 0051541-45.2012.8.26.0554/Santo André, rel. Des. Pedro Kodama, j. 28.01.2014, v.u.

4 Rel. Min. Ari Pargendler, j. 19.12.01, m. v..

contrárias, anota-se o entendimento no sentido de que a extinção do processo, no caso do art. 257, CPC, se dá pelo simples decurso do prazo, não sendo necessária a intimação do autor para que venha a proceder ao preparo da causa, uma vez que não se aplica à espécie o disposto no art. 267, § 1º.[5]

Há que se ressaltar, por oportuno, que a sentença extintiva não implicou afronta aos princípios constitucionais da instrumentalidade, efetividade do processo e devido processo legal, haja vista que ao recorrente foi dada a oportunidade de efetuar o recolhimento, deixando ele, todavia, transcorrer *in albis* o prazo legal para tanto.

Note-se que a ausência de recolhimento ou o recolhimento não integral da taxa citatória impede a constituição da relação jurídico-processual - pressuposto essencial para a admissibilidade e processamento da ação -, evidenciando conduta displicente do patrono do banco.

A propósito do tema, em situação semelhante, veiculada no Mandado de Segurança nº 144.872-0/0-00, julgado no dia 24 de outubro de 2007, o Colendo Órgão Especial desta Corte, em acórdão de relatoria do Desembargador Paulo Travain, assentou:

"Trata-se de providência indispensável ao desenvolvimento do processo, uma vez que essa despesa integra o preparo inicial e a sua falta acarreta a extinção do feito, como já decidido por este Tribunal:

'No âmbito da Justiça Ordinária deste Estado, o depósito do valor das despesas de condução do oficial de justiça vem previamente fixado em tabelas aprovadas pela Egrégia Corregedoria Geral da Justiça e, no que se refere às citações e intimações requeridas na inicial deve ser depositado logo após a distribuição, conforme se vê da norma '16' do Capítulo VI das 'Normas de Serviço da Corregedoria Geral da Justiça'.

'Nesse caso, portanto, ***o depósito da quantia fixada para as despesas de condução do oficial de justiça integra o preparado inicial do feito que, segundo o disposto no art. 257 do Código de Processo Civil, deve ser efetuado dentro do prazo de trinta dias a contar da distribuição, sob pena de seu cancelamento****'.*

'A falta desse depósito implica, assim, na ausência de pressuposto de constituição e desenvolvimento válido do procedimento, capaz de determinar a extinção do processo com fundamento no inciso IV do art. 267 do Código de Processo Civil, devendo ser conhecido de oficio como tal pelo juiz, consoante os termos do § 3º do mesmo art. 267. Não é necessário, pois, que se invoque o inciso III para se decretar a extinção

Acesso ao Sumário

5 STJ, 4ª Turma, REsp 254.435/RJ, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, j. 15.06.00, DJ 21.08.00, p. 147.

do feito'.

'A intimação pessoal não se faz, portanto, indispensável e o prazo de trinta dias conta-se a partir da distribuição independentemente de intimação, segundo se depreende do disposto no referido art. 257 do Código de Processo Civil. E, se a autora foi intimada através de seu procurador, sem nenhum prazo assinado, como ocorreu no caso, o prazo para seu atendimento era o geral de cinco dias, do art. 185 do Código de Processo Civil' (Apelação Cível n° 228.613-2/8, rel. Des. Érix Ferreira)". (g.n.)

Portanto, ausente recolhimento da mencionada taxa - pressuposto de constituição e desenvolvimento válido e regular do processo - dispensável é a intimação pessoal da parte para sanar a omissão.

Logo, deve ser mantida a extinção do processo, sem julgamento de mérito, mas sobre outro fundamento, nos termos do art. 267, IV, do CPC.

Ante o exposto, nego provimento ao recurso.

ITAMAR GAINO, Desembargador, Relator sorteado vencido

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0068298-35.2009.8.26.0000, da Comarca de Santos, em que é apelante SHEILA CLAVIJO SIMÕES, é apelado ASSOCIAÇÃO EDUCACIONAL DO LITORAL SANTISTA.

ACORDAM, em 8ª 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 18712)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores J. B. FRANCO DE GODOI (Presidente sem voto), RAMON MATEO JÚNIOR e FÁBIO PODESTÁ.

São Paulo, 8 de outubro de 2014.

JACOB VALENTE, Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: RESPONSABILIDADE CIVIL - Danos materiais e morais - Prestação de serviços escolares - Oferecimento de curso de pós-graduação *strictu sensu* antes do reconhecimento pelo Ministério da Educação, causando danos à autora que não pode receber,

ao final, o diploma - Ação julgada improcedente - Insurgência pela autora - Acolhimento - Possibilidade, dentro da autonomia universitária da instituição de ensino superior de instalação de curso antes da aprovação pelo órgão competente - Necessidade, porém, de prévia informação ao alunado quando do ato de matrícula, possibilitando a eles a escolha de outra instituição de ensino, com curso credenciado e reconhecido - Informação relevante ao consumidor - Propaganda enganosa caracterizada, nos termos dos artigos 6º, IV, e 37, § 1º, do C.D.C., com o consequente reconhecimento de vício no serviço ofertado - Dever de ressarcimento dos valores despendidos reconhecido - Caracterização de dano moral ante a angústia e frustração decorrente da conclusão de curso de pós-graduação, sem a possibilidade do uso da titulação acadêmica - Indenização arbitrada em R$ 12.000,00 - Valor que se mostra adequado à recomposição do dano, pune a ré pelo mal causado e que é incapaz de ocasionar enriquecimento indevido - Precedentes - Sentença reformada para julgar procedente a ação, invertidos os ônus da sucumbência - Recurso provido.

VOTO

1. Trata-se de recurso de apelação tirado contra a r. sentença que julgou improcedente a ação de cobrança decorrente de prestação de serviços escolares c/c pedido de indenização por dano moral movida por SHEILA CLAVIJO SIMÕES em face de ASSOCIAÇÃO EDUCACIONAL DO LITORAL SANTISTA, ante a ausência de reconhecimento do curso de pós-graduação *stricto sensu* que realizou junto à ré pelo MEC, o que obstou que obtivesse o título de "mestre", tal qual era esperado, ao fundamento de que a instituição de ensino podia mesmo iniciar curso sem prévio credenciamento pelo Conselho Federal de Educação, tal qual lhe faculta a Resolução 05/83, artigo 5º, já que existe possibilidade de concessão de efeito retroativo, além de inexistir dano material, considerando que o aprendizado por certo foi útil à autora, que se insurgiu contra os aspectos formais do curso e não contra seu conteúdo.

Por conta da sucumbência, a autora ficou condenada a pagar as custas, as despesas processuais e os honorários advocatícios arbitrados em R$ 1.000,00.

Inconformada, apela, aduzindo, em síntese, que o entendimento do magistrado prolator da sentença destoa da uníssona jurisprudência sobre questões

Acesso ao Sumário

análogas às que estão em debate, além de aplicar Resolução ultrapassada e não mais vigente, já que substituída pela Resolução CNE/CES 1/2001, que obriga as instituições que pretendem abrigar curso de pós- graduação a obterem parecer favorável do CAPES no prazo máximo de sessenta dias após a instalação.

No caso dos autos, a pós-graduação instalada pela ré tenta em vão, desde 1998, obter a aprovação e o reconhecimento do MEC, o que confirma a falta de qualidade e de adequação aos padrões mínimos que são exigidos, bem como comprova os danos suportados pela autora e que se encontram demonstrados nos autos.

Defendendo a incidência do CDC ao caso, bem como a inconteste ocorrência de dano moral, clama pela reforma da decisão, com inversão do ônus da sucumbência.

Recurso formalmente em ordem, devidamente processado, preparado às fls. 388/389 e 421, com resposta às fls. 399/408.

É o relatório do necessário.

2. A questão em debate não é nova e já foi apreciada de forma farta, tanto por este Tribunal, como pelo Colendo Superior Tribunal de Justiça, conforme se pode depreender de simples consulta à jurisprudência.

Sob este prisma, evidente que os reclamos da autora comportam acolhimento, devendo a r. sentença de primeiro grau ser reformada, para julgar procedente a pretensão, como será demonstrado.

A autora ajuizou a presente demanda alegando, em síntese, que em 05 de março de 2003, se matriculou no Curso de "Pós-Graduação *Stricto Sensu*" que era oferecido pela ré e que a após a conclusão de todos os créditos e pagamento de todas as mensalidades foi informada de que não obteria o diploma almejado, considerando que o curso não obteve recomendação da CAPES e, consequentemente, aprovação pelo MEC, frustrando, pois, suas expectativas.

Por tal motivo, entende ser de rigor a determinação de devolução de todos os valores pagos, além de indenização por dano moral pelo abalo que sofreu.

E razão lhe assiste, como já sinalizado.

Em primeiro lugar, há de se fazer breve distinção entre as espécies de instituições de educação superior, de acordo com sua organização e respectivas prerrogativas acadêmicas, segundo o ordenamento jurídico vigente (Decreto nº 5.773/2006): I - faculdades isoladas; II - centros universitários; e III - universidades.

As instituições são credenciadas originalmente como faculdades. O credenciamento como universidade ou centro universitário, com a consequente prerrogativa de autonomia, depende do credenciamento específico de instituição já autorizada, em funcionamento regular e com padrão satisfatório de qualidade.

Acesso ao Sumário

As universidades se caracterizam pela indissociabilidade das atividades de ensino, de pesquisa e de extensão. São instituições pluridisciplinares de formação dos quadros profissionais de nível superior, de pesquisa, de extensão e de domínio e cultivo do saber humano.

Já os centros universitários (caso da ré) são instituições de ensino superior pluricurriculares, abrangendo uma ou mais áreas do conhecimento, que se caracterizam pela excelência do ensino oferecido, comprovada pela qualificação do seu corpo docente e pelas condições de trabalho acadêmico oferecidas à comunidade escolar. Os centros universitários credenciados têm autonomia para criar, organizar e extinguir, em sua sede, cursos e programas de educação superior.

Para iniciar a oferta de um curso de graduação, a IES depende de autorização do Ministério da Educação. A exceção são as universidades e centros universitários que, por terem autonomia, independem de autorização para funcionamento de curso superior. No entanto, essas instituições devem informar ao Ministério da Educação os cursos abertos para fins de supervisão, avaliação e posterior reconhecimento. (art. 28, § 2°, do Decreto nº 5.773, de 9 de maio de 2006).

No que tange aos cursos de pós-graduação *strictu sensu*, essas atividades de supervisão, avaliação e posterior reconhecimento é afeta ao CAPES - Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior. Do seu sítio na internet (endereço eletrônico constante no texto original), tem-se clara noção das suas atribuições:

> *"A CAPES é reconhecida como órgão responsável pela elaboração do Plano Nacional de Pós-Graduação Stricto Sensu, em 1981, pelo Decreto nº 86.791. É também reconhecida como Agência Executiva do Ministério da Educação e Cultura junto ao sistema nacional de Ciência e Tecnologia, cabendo-lhe elaborar, avaliar, acompanhar e coordenar as atividades relativas ao ensino superior.*
>
> *A tarefa de coordenar a avaliação da pós-graduação fortalece o papel da CAPES. O Programa de Acompanhamento e Avaliação, além de contribuir para a criação de mecanismos efetivos de controle de qualidade, aprofunda sua relação com a comunidade científica e acadêmica.*
>
> *De 1982 a 1989, a CAPES vive um período de estabilidade. A transição para a Nova República, em 1985, não traz mudanças. A continuidade administrativa torna-se uma marca da instituição, que se destaca na formulação, acompanhamento e execução da Política Nacional de Pós-Graduação.*
>
> *No governo Collor, a Medida Provisória nº 150, de 15 março de 1990, extingue a CAPES, desencadeando intensa mobilização. As pró-reitorias de pesquisa e pós-graduação das universidades mobilizam*

Acesso ao Sumário

a opinião acadêmica e científica que, com o apoio do Ministério da Educação, conseguem reverter a medida (que ainda seria apreciada pelo Congresso Nacional). Em 12 de abril do mesmo ano, a CAPES é recriada pela Lei nº 8.028.

A Lei nº 8.405, de 09 de janeiro de 1992, autoriza o poder público a instituir a CAPES como Fundação Pública, o que confere novo vigor à instituição.

Passados 57 anos desde a criação da Capes, o Congresso Nacional aprova por unanimidade a Lei no 11.502/2007, homologada pelo então presidente Luiz Inácio Lula da Silva no dia do aniversário da Coordenação, 11 de julho. Cria-se assim a Nova Capes, que além de coordenar o alto padrão do Sistema Nacional de Pós-Graduação brasileiro também passa a induzir e fomentar a formação inicial e continuada de professores para a educação básica. Tal atribuição é consolidada pelo Decreto nº 6755, de 29 de janeiro de 2009, que instituiu a Política Nacional de Formação de Profissionais do Magistério da Educação Básica."

Portanto, a autonomia universitária da ré não é plena como a das universidades, nos termos do artigo 207 da Constituição Federal, e os cursos de graduação e pós-graduação que criem, obrigatoriamente, passarão por processo de avaliação e reconhecimento.

Pois bem.

A ré é mantenedora do Centro Universitário Monte Serrat (UNIMONTE), de modo que é diretamente responsável por suas atividades.

E a relação que manteve com a autora é incontestemente de consumo, não se podendo descurar que o objetivo de todo aluno matriculado em curso de pós-graduação é a obtenção do diploma, sem o qual o curso será inócuo para o mercado de trabalho.

Logo, a instituição de ensino eleita tem a obrigação de atender a esta expectativa do aluno aprovado.

Agindo em sentido contrário, o faz com culpa, na medida em que disponibiliza cursos sem antes tomar as providências necessárias para o seu credenciamento perante o órgão federal educacional competente, vendendo produto diverso daquele que o consumidor acredita estar adquirindo.

E, estas são as informações básicas a serem fornecidas para o corpo discente, que é um dos elementos estruturais para o sucesso do reconhecimento, ou seja, a avaliação positiva de um curso, além de depender do seu projeto didático-pedagógico, instalações físicas e corpo docente, está atrelada à resposta do corpo discente nas diversas avaliações a que serão submetidos. Vale dizer: a clareza na informação de que determinado curso pende de autorização ou reconhecimento é fundamental para a liberdade de escolha de matrícula, ou não, do aluno.

Acesso ao Sumário

O artigo 6º, inciso IV, do Código de Defesa do Consumidor estabelece, como direito básico, "*a proteção contra a publicidade enganosa e abusiva, métodos comerciais coercitivos ou desleais, bem como contra práticas e cláusulas abusivas ou impostas no fornecimento de produtos e serviços*".

Para assegurar a livre manifestação de vontade do consumidor, a propaganda enganosa é repudiada pelo art. 37, I, do referido diploma legal, sendo vedada "*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*".

Poder-se-ia dizer que um aluno de pós-graduação deva ter conhecimento prévio da estrutura do curso que frequenta ou frequentará, na medida em que o grau de avaliação da CAPES implicará em melhor reconhecimento do título pelo mercado.

No entanto, no que tange às premissas do Código de Defesa do Consumidor, cuja responsabilidade é objetiva, esse tipo de ilação não é suficiente para afastá-la. O fato é: a ré abriu matrícula para o curso, recebeu o alunado, mas não obteve reconhecimento da CAPES, impedindo a outorga do título.

Embora, de fato, a autora tenha enriquecido seus conhecimentos, como ressaltado pelo condutor da lide na sentença de improcedência do pedido, tais conhecimentos de nada valem no mercado de trabalho se não vierem acompanhados de um título ou certificado devidamente reconhecido, que é justamente o que a autora não dispõe.

Portanto, quando a ré ofereceu um curso de mestrado que não contava com a recomendação da CAPES e que ainda não o obteve, inadimpliu o contrato que firmou com a autora, devendo mesmo suportar os danos materiais e morais que seu ato causou, não só com a frustração das expectativas da autora, que perdeu tempo e dinheiro, como também pelo fato de ter impedido que ela tivesse progressão profissional, o que por certo o título de mestre lhe conferiria.

Assim, evidente o dever de restituição integral dos valores pagos pela autora, sendo nula de pleno direito, com fundamento no art. 51, incisos I e IV, do Código de Processo Civil, a cláusula do contrato que exonera a fornecedora dos vícios dos produtos por si oferecidos, (cláusula 3ª parágrafo único do contrato), valendo mencionar, inclusive, que referida cláusula afronta a equidade e a boa-fé.

O que se pretende coibir é que o consumidor contrate serviço que, se estivesse devidamente esclarecido acerca das reais condições do negócio, não o faria.

3. No que é pertinente ao dano moral, salienta-se que o ocorrido ultrapassou

Acesso ao Sumário

a esfera de meros dissabores ou aborrecimentos do dia a dia, alcançando mesmo a configuração de dano de ordem interna, capaz de causar perturbação interior, atingindo a psique do ofendido e a forma como ele se relaciona com o meio que o cerca.

Assim, afigura-se ser razoável que a indenização fique arbitrada em R$ 12.000,00, (doze mil reais), com correção deste acórdão e juros de mora desde a citação, a teor do quanto contido na súmula 362/STJ e no artigo 405/CC.

Referido montante se mostra adequado a recompor os prejuízos experimentados pela autora, pune a ré pelo mal causado e ao mesmo tempo se mostra incapaz de ocasionar enriquecimento indevido, cumprindo, pois, os propósitos da reparação civil.

Na mesma esteira os julgados deste tribunal. Confira-se:

"*PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS. Curso de mestrado sem reconhecimento pelo MEC. Ação de repetição de indébito c.c. reparação por danos morais. Responsabilidade objetiva da ré reconhecida diante do vício na prestação de serviço. Prescrição. Termo inicial. Decisão administrativa sobre o pedido de reconhecimento. Recurso da ré não provido. Dano material. Reconhecimento. Cláusula contratual que veda a restituição das mensalidades. Abusividade. Falta de informação clara de que o curso não era reconhecido pela Capes. Violação ao princípio da transparência. Devolução simples do valor cobrado indevidamente. Inteligência dos artigos 51, inciso IV e 54, § 4º, todos do Código de Defesa do Consumidor e art. 940 do Código Civil. Recurso do autor parcialmente provido. Dano moral. Indenização devida. Transtornos e aflições decorrentes do fato. Aluno que tinha a justa expectativa de obter o título que o curso prometia. Quantum arbitrado mantido, por razoável e compatível com a ofensa. Recursos não providos. RECURSO DO AUTOR PARCIALMENTE PROVIDO E RECURSO DA RÉ NÃO PROVIDO.*" (Apelação nº 0028149-57.2009.8.26.0562 Relator: Des. Fernando Sastre Redondo - Santos - Data do julgamento: 25/04/2012 - Data de registro: 28/04/2012 - Outros números: 28149572098260562).

"*Prestação de serviços educacionais. Relação de consumo. Curso de pós-graduação não reconhecido pelo MEC. Vício do serviço. Artigo 20, CDC. Culpa de terceiro afastada, diante da presença do fator 'previsibilidade'. Sentença de procedência. Verba indenizatória. Adequação da indenização por danos morais. Apelação parcialmente provida*" (Apelação nº 9242221-80.2008.8.26.0000 - Relator: Des. Nestor Duarte - Santos - 34ª Câmara de Direito Privado - Data do julgamento: 2/10/2012 - Data de registro: 25/10/2012 - Outros números: 001.22.960450-0).

"*PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS EDUCACIONAIS. CONFIGURAÇÃO DE RELAÇÃO DE CONSUMO. CURSO DE*

Acesso ao Sumário

MESTRADO NÃO RECONHECIDO OFICIALMENTE PELO PODER PÚBLICO. RESPONSABILIDADE OBJETIVA PELO VÍCIO DO SERVIÇO ART. 20 DO CDC. INEXISTÊNCIA DE FATO DE TERCEIRA A EXIMIR A RÉ DA OBRIGAÇÃO DE RESTITUIR OS VALORES PAGOS A TÍTULO DE CONTRAPRESTAÇÃO. DANOS MORAIS RECONHECIDOS. EVENTUAL CIÊNCIA DA ALUNA A RESPEITO DO NÃO RECONHECIMENTO DO CURSO QUE NÃO ELIDE A RESPONSABILIDADE DA PRESTADORA DE SERVIÇOS DE REGULARIZAR A PENDÊNCIA VISANDO À OBTENÇÃO DO TÍTULO ACADÊMICO. REDUÇÃO DO QUANTUM INDENIZATÓRIO, ARBITRADO PELO JUIZ EM R$ 41.500,0. INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS ARBITRADA EM R$ 15.000,00, EM OBSERVÂNCIA AOS CRITÉRIOS E PARÂMETROS USUALMENTE UTILIZADOS. ÔNUS SUCUMBENCIAIS A SEREM SUPORTADOS EXCLUSIVAMENTE PELA INSTITUIÇÃO DE ENSINO. SÚMULAS 326 E 362 DO STJ. - Recurso parcialmente provido". (Apelação nº 9147224-71.2009.8.26.0000 - Relator: Des. Edgard Rosa - Comarca: São Vicente - 25ª Câmara de Direito Privado - Data do julgamento: 07/1/2012 - Data de registro: 09/1/2012 - Outros números: 001.24.942510-0).

Também nesse sentido, outro julgado da lavra deste mesmo relator:

"*COMPETÊNCIA - Absoluta - Reconhecimento em qualquer tempo e grau de jurisdição - Ausência de pedido para outorga obrigatória de diploma de pós-graduação - Pretensão amparada apenas nos danos sofridos pela falta de titulação - Não obrigatoriedade de intervenção da União, por conta do Ministério da Educação - Preliminar rejeitada. RESPONSABILIDADE CIVIL - Danos materiais e morais - Oferecimento de curso de pós-graduação* ***strictu sensu*** *antes do reconhecimento pelo Ministério da Educação - Possibilidade, dentro da autonomia universitária da instituição de ensino superior - Necessidade, porém, de posterior avaliação e reconhecimento pelo CAPES, para validação dos diplomas - Procedimento não informado ao alunado quando do ato de matrícula, impossibilitando-os de escolherem outra instituição de ensino, com curso credenciado e reconhecido - Informação relevante ao consumidor - Propaganda enganosa caracterizada, nos termos dos artigos 6º, IV, e 37, § 1º, do C.D.C. - Caracterização de dano moral ante a angústia e frustração decorrente da conclusão de curso de pós-graduação, sem a possibilidade do uso da titulação acadêmica - Arbitramento com base na proporcionalidade do tempo despendido com a qualificação da dissertação e posterior negativa da sua defesa perante banca examinadora - HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS - Arbitramento com os parâmetros do § 3º do artigo 20 do C.P.C. - Causa com baixa complexidade e de julgamento antecipado - Apelações não providas*". (Apelação nº 0031935-80.2007.8.26.0562 - Relator: Des. Jacob Valente - Santos - 12ª Câmara de Direito Privado - Data do julgamento: 18/07/2012 - Data de registro: 19/07/2012 - Outros números: 31935802078260562).

Acesso ao Sumário

Na mesma esteira, os julgados do Superior Tribunal de Justiça que seguem:

"*CIVIL. AÇÃO INDENIZATÓRIA. CURSO DE MESTRADO NÃO RECONHECIDO PELO MEC/CAPES. PRETENSÃO DE DANOS MORAIS, MATERIAIS E LUCROS CESANTES. DEFERIMENTO DO PRIMEIRO. IMPROCEDÊNCIA DOS DEMAIS. SÚMULA N. 7 - STJ. I. Devido o dano moral pela frustração na obtenção de diploma de mestrado devido ao não reconhecimento do curso oferecido pela instituição de ensino ré perante o Ministério da Educação. I. Descabimento, por outro lado, da restituição das mensalidades ante a prestação do ensino e o ulterior reconhecimento do curso, bem como de lucros cessantes, porquanto não pode haver responsabilização por efeitos colaterais, caso de pretendida melhoria salarial em careira do serviço público, que são inteiramente estranhos à relação contratual existente entre o autor e a associação recorrida. II. 'A prestação de simples reexame de prova não enseja recurso especial' (Súmula n. 7 - STJ). IV. Recursos especiais não conhecidos.*" (Recurso Especial nº 98.265 - RO (207/0248032-9) Relator Ministro Aldir Passarinho Junior).

"*DIREITO CIVIL. INDENIZAÇÃO. DANOS MORAIS E MATERIAIS. CURSO NÃO AUTORIZADO PELO MINISTÉRIO DA EDUCAÇÃO E CULTURA. - Não tendo a instituição de ensino alertado os alunos, entre eles as recorrentes, acerca do risco (depois concretizado) de impossibilidade de registro do diploma quando da conclusão do curso, o dano moral daí decorrente pode e deve ser presumido. - Não há como negar o sentimento de frustração e engodo daquele que, após anos de dedicação, entremeado de muito estudo, privações, despesas etc., descobre que não poderá aspirar a emprego na profissão para a qual se preparou, tampouco realizar cursos de especialização, pós-graduação, mestrado ou doutorado, nem prestar concursos públicos; tudo porque o curso oferecido pela universidade não foi chancelado pelo MEC. Some-se a isso a sensação de incerteza e temor quanto ao futuro, fruto da possibilidade de jamais ter seu diploma validado. Há de se considerar, ainda, o ambiente de desconforto e desconfiança gerados no seio social: pais, parentes, amigos, conhecidos, enfim, todos aqueles que convivem com o aluno e têm como certa a diplomação. A demora, na hipótese superior a 02 (dois) anos, expõe ao ridículo o 'pseudo-profisional', que conclui o curso mas vê-se impedido de exercer qualquer atividade a ele correlata. - O Código Civil exige dano material efetivo como pressuposto do dever de indenizar, cuja existência deve ser demonstrada nos próprios autos e no curso da ação. Recurso especial parcialmente conhecido e, nessa parte, provido.*" (Recurso Especial nº 631.204 - RS (204/023234-8) - Relator Ministro Castro Filho - rel. p/ acórdão: Ministra Nancy Andrighi).

Por tudo isso, a reforma da sentença é de rigor, invertidos os ônus da

Acesso ao Sumário

sucumbência.

4. Dá-se, pois, provimento ao recurso, nos termos do presente acórdão.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0136126-34.2012.8.26.0100, da Comarca de São Paulo, em que é apelante/apelado VOTORANTIM CIMENTOS S/A, são apelados/apelantes LUIS APARECIDO LOUCATELLI e DIRCE ZOTEZZO LOUCATELLI.

ACORDAM, em 12ª Câmara Extraordinária de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "DERAM PROVIMENTO PARCIAL AO RECURSO DA RÉ E PROVIDO O ADEVISO. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 5944)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores ARTUR MARQUES (Presidente sem voto), MARIA LÚCIA PIZZOTTI e EROS PICELI.

São Paulo, 17 de outubro de 2014.

NELSON JORGE JÚNIOR, Relator

Ementa: AÇÃO REGRESSIVA

- Contrato de locação cedido sem anuência do proprietário - Fiadores condenados judicialmente a arcar com o pagamento de multa, a que a cessionária do contrato deu causa - Ação regressiva de indenização - Cabimento:

- Tendo os fiadores sido condenados em demanda ajuizada pelo locador para cobrança de multa, a que deu causa a cessionária do contrato de locação, é possível o ajuizamento de ação regressiva de indenização pelos fiadores em face desta.

MULTA CONTRATUAL

- Realização de benfeitorias no imóvel pelo locatário - Existência de cláusula contratual no sentido da obrigatoriedade de entrega ao proprietário do imóvel, dos documentos referentes às obras, para averbação na matrícula - Descumprimento - Previsão de multa - Benfeitorias que foram realizadas pela locatária

Acesso ao Sumário

primitiva, e não pela cessionária do contrato de locação - Cobrança pelos fiadores em regresso - Impossibilidade:

- Não podem os fiadores de contrato de locação, condenados a pagar ao locador multa em virtude de a locatária ter descumprido cláusula contratual que previa a entrega de documentos referentes a benfeitorias por ela realizadas, pretender cobrar este valor da cessionária do contrato de locação, uma vez que se trata de multa por fato anterior à sua posse sobre o imóvel e a que esta não deu causa.

HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS

- Ação condenatória - Fixação de honorários que se dá mediante aplicação do art. 20, § 3º, do Código de Processo Civil - Arbitramento por equidade pelo magistrado, sem qualquer motivação para tanto - Impossibilidade - Fixação em 10% do valor atualizado da condenação:

- Diante da existência de condenação, os honorários advocatícios devem ser fixados em conformidade com o art. 20, § 3º, do Código de Processo Civil, não cabendo sua fixação por equidade, em especial quando não há motivação para tanto. Por esse motivo, fixam-se honorários advocatícios em 10% do valor atualizado da condenação.

RECURSO DA RÉ PARCIALMENTE PROVIDO E RECURSO ADESIVO DOS AUTORES PROVIDO.

VOTO

Vistos, etc.

Trata-se de recurso de apelação interposto contra a respeitável sentença de fls. 601/602, que julgou procedente ação indenizatória regressiva ajuizada por Luís Aparecido Loucatelli e Dirce Zotezzo Loucatelli contra Votorantim Cimentos S/A, condenando o réu ao pagamento de R$ 1.000.000,00, corrigido de acordo com índice de Tabela Prática estabelecida por este E. Tribunal de Justiça e com incidência de juros de mora de 1% ao mês a partir da citação. A ré foi condenada, ainda, ao pagamento das custas e despesas processuais e honorários advocatícios fixados em R$ 20.000,00, com correção monetária também pela Tabela Prática deste E. Tribunal.

Inconformada, apela Votorantim Cimentos S/A, aduzindo a necessidade

Acesso ao Sumário

de reforma da r. sentença, por ser indevido o pagamento de indenização aos recorridos. Sustenta que o suposto débito decorre de alegado descumprimento de contrato de locação que foi transmitido à recorrente em virtude da aquisição de fundo de comércio da empresa Superbeton Concreto e Serviço Ltda.. Referido contrato previa como valor da locação percentual de todo o concreto produzido na usina no mês, e caso não fosse transmitida essa informação, seria devido aluguel complementar no valor de 3 (três) vezes o valor do aluguel mínimo mensal.

Diante disso, a locadora Talude Comercial e Construtora Ltda. promoveu ação de cobrança contra os recorridos, pretendendo sua condenação a pagar R$ 367.806,32, referentes aos aluguéis complementares e multa. A ação foi julgada procedente, e, posteriormente foi feita composição entre as partes.

E tem-se que tal acordo não pode ser oposto à recorrente, uma vez que a ação correu à sua revelia. Ora, a existência do crédito discutido naquela demanda dependia da comprovação da condicionante, o que poderia ter sido feito pela recorrente se ela tivesse tomado conhecimento da demanda, onde poderia ter intervindo como assistente. Como disso não cuidaram os ora recorridos, é cediço que assumiram a responsabilidade pelo pagamento dos aluguéis complementares no período.

Caso assim não se entenda, deve ser reconhecido o excesso de cobrança. É que está incluído no valor cobrado pelos recorridos uma multa de cinco aluguéis referente à falta de entrega da documentação necessária para realização da averbação das benfeitorias realizadas no imóvel pela antiga locatária, o que não é de responsabilidade da recorrente. Não pode ser compelida a arcar com multa decorrente do inadimplemento contratual da Superbeton.

Requer o provimento do recurso, a fim de reformar a r. sentença, julgando improcedente a demanda, e, caso assim não se entenda, requer o afastamento da cobrança da multa referente a cinco aluguéis, decorrente de inadimplemento contratual perpetrado pela empresa Superbeton.

O recurso, recebido também no efeito suspensivo, é tempestivo e bem preparado.

Em contrarrazões, os recorridos aduzem terem ajuizado ação indenizatória em regresso contra a recorrente. Sustentam terem vendido a empresa Superbeton, que foi incorporada pela recorrente, sendo-lhe transferidos, inclusive, todos os seus contratos de locação. Entretanto, a recorrente não rescindiu formalmente os contratos de locação e não procedeu à substituição dos fiadores.

Assim, a locadora Talude ajuizou demanda contra os recorridos (fiadores), a fim de cobrar o pagamento das multas por inadimplemento contratual, ação na qual se compuseram com o credor, efetuando o pagamento de R$ 1.000.000,00, buscando-se indenização por meio desta demanda.

Acesso ao Sumário

A r. sentença deve ser mantida integralmente, pois os recorridos pleitearam o chamamento ao processo da recorrente naquela demanda, o que foi indeferido pelo MM. Juiz de Direito e mantido pelo Tribunal de Justiça, por terem entendido que não havia relação contratual de nenhuma das partes com a ora recorrente. Ademais, na época os recorridos enviaram à recorrente notificação extrajudicial informando acerca da existência da demanda que poderia ser de seu interesse, contudo, esta não buscou seu ingresso na demanda. Assim, não procede sua alegação de que não tomou conhecimento da demanda, onde poderia ter atuado de forma a afastar cobranças.

No que toca ao afastamento da multa no valor de cinco aluguéis, referentes à falta de comprovação das benfeitorias realizadas, aduzem que a transferência do fundo de comércio para a recorrente implicou também a transmissão de todos os encargos relativos às referidas locações. Assim, deve a r. sentença ser mantida em sua integralidade.

Apelam adesivamente os autores, a fim de majorar a verba honorária advocatícia, fixada em R$ 20.000,00, para 10% do valor da condenação. Aduzem encontrar-se correto o recolhimento do preparo, que deve ser calculado em observância ao conteúdo econômico pretendido com o recurso, ou seja, com o valor pretendido a título de honorários advocatícios, que, no caso, não se confunde com o valor da condenação.

Ressalta que por determinação legal, quando há condenação, os honorários da parte vencedora devem ser fixados entre 10% e 20% do valor da condenação, em especial quando não há nenhuma circunstância autorizadora do arbitramento dos honorários por equidade, pois não se trata de causa de pequeno valor, de valor inestimável, sem valor condenatório ou em que foi vencida a Fazenda Pública.

Requerem o provimento do recurso, a fim de majorar os honorários advocatícios para 10% do valor da condenação, atualizado e com incidência de juros até a data do efetivo pagamento.

O recurso adesivo é tempestivo e bem preparado, e também foi recebido no efeito suspensivo.

Em contrarrazões, a ré aduz que embora se trate de uma ação condenatória, esta não se revestiu de grande complexidade, teve trâmite célere, e, sem desmerecer o trabalho desempenhado pelos patronos dos autores, o quanto fixado na r. sentença os bem remunera, sem gerar seu enriquecimento sem causa perante a recorrida. Requer o não provimento do recurso, a fim de manter os honorários advocatícios tal como fixados.

É o relatório.

I. Como se vê, os autores Luís Aparecido Loucatelli e Dirce Zotezzo Loucatelli eram fiadores em contrato de locação celebrado entre a locadora

Talude Comercial e Construtora Ltda. e a locatária Superbeton Concreto e Serviços Ltda. (fls. 51). Não obstante previsão legal e contratual no sentido da necessidade de anuência prévia da locadora com relação à cessão do contrato de locação a terceiros (fls. 49), o ponto comercial de interesse foi transferido pela locatária à empresa Geral de Concreto S/A, posteriormente incorporada pela ora ré, Votorantim Cimentos S/A.

Não tendo sido regularizado o contrato de locação, a locadora ajuizou ação de cobrança de multas oriundas de descumprimento contratual contra os fiadores. A demanda teve por objeto as multas referentes ao não envio mensal das planilhas para apuração da parte variável do aluguel, no valor de três vezes o valor mínimo mensal do aluguel vigente, e, ainda, da multa no valor de cinco vezes o valor mínimo mensal do aluguel vigente, referente ao não encaminhamento de documentos referentes à regularização perante órgãos públicos, de benfeitorias realizadas no imóvel.

Julgada procedente a demanda, e mantida parte substancial da condenação em segunda instância, o recurso para o Superior Tribunal de Justiça foi inadmitido. A locadora requereu intimação dos fiadores para pagamento da condenação no valor de R$ 1.156.385,00 (fls. 531), tendo as partes em seguida realizado transação, pela qual a locadora oferecia quitação plena com o pagamento de R$ 1.000.000,00, em uma primeira parcela de R$ 200.000,00 e outras oito parcelas no valor de R$ 100.000,00 (fls. 536/540), tendo sido o feito extinto pelo pagamento, com fulcro no art. 794, inc. I, do Código de Processo Civil (fls. 599).

Esta segunda demanda foi ajuizada pelos fiadores contra Votorantim Cimentos S/A, incorporadora da adquirente do fundo de comércio e cessionária do contrato de locação de interesse, Geral de Concreto S/A, a fim de exercer o direito de regresso em face dos débitos com que arcaram por força da primeira demanda, que entendem ser de responsabilidade da ré.

Foi proferida r. sentença de procedência da demanda, e tirado recurso por ambas as partes.

E, como se verá, o recurso interposto pela ré comporta parcial provimento apenas, ao passo que o recurso interposto pelos autores comporta provimento.

Inicialmente, não assiste razão à recorrente Votorantim quando aduz a impossibilidade de ressarcir os recorridos em regresso, por não ter tomado conhecimento da outra demanda, na qual poderia ter apresentado documentação hábil a afastar a condenação.

Isso porque, como se vê da farta documentação trazida pelos autores, em que pese tenha sido indeferida sua tentativa de chamar àquele processo a recorrente, há demonstração suficiente de que a recorrente teve ou poderia ter tido, mediante mínima diligência, conhecimento da existência dessa demanda,

Acesso ao Sumário

porque foi notificada extrajudicialmente pelos recorridos (fls.129/132), tão logo estes receberam notificação da locadora, para o fim de cobrar da recorrente uma solução para essas pendências. Consta que tal notificação, embora recebida no endereço da ré, não foi respondida.

Ora, não tendo buscado intervir na referida demanda, como assistente dos fiadores, ou mesmo fornecendo-lhes documentação em seu poder que poderia ter sido útil, até mesmo para eventualmente reduzir o valor da condenação, não pode agora, invocar o desconhecimento da demanda em seu favor.

Pois bem, a recorrente se encontrava na posse do imóvel a partir de 30/12/1999 (fls. 27), data na qual foi celebrado o contrato pelo qual sucedeu a Superbeton Concreto e Serviços Ltda..

Ora, por esse contrato havido entre as partes, restou expressamente pactuado na cláusula n. 5.2 que: "*a COMPRADORA fica responsável pela retirada das Usinas dos locais onde as mesmas se encontram. Os terrenos onde as mesmas se encontram são alugados por seus respectivos proprietários, declarando a COMPRADORA conhecer os contratos, uma via dos quais, rubricada pelas partes, integra o presente contrato (Contratos de Locações)*" (fls. 23).

Ademais, também foi acordado, na oportunidade (cláusula n. 5.2.2) que: "*não estando desocupados os terrenos da usinas no prazo de até 60 (sessenta) dias, contados da data de assinatura deste Contrato, a COMPRADORA deverá substituir os fiadores nos Contratos de Locações*", o que, como se vê, não foi feito.

É cediço que a recorrente tinha conhecimento das cláusulas do contrato de locação de interesse, diante do quanto estipulado. Nesse particular, o valor mensal da locação compunha-se, na forma da cláusula 3ª do contrato de locação (fls. 46), de valor mínimo mensal de R$ 4.500,00, a ser atualizado pelo IGPM-FGV, mais aluguel percentual mensal, em valor equivalente a 1% até o 13º mês da locação, e nos seguintes 1,5%, a ser calculado sobre a quantidade de concreto produzida pela locatária, mediante a apresentação de documentação mensal, nos termos da cláusula 5ª (fls. 47).

Ora, havia multa estipulada para a hipótese de descumprimento dessa obrigação contratual, no montante equivalente a três vezes o valor mínimo do aluguel mínimo mensal então vigente (cláusula 5ª, parágrafo único). E nesta multa incorreu a ré, porque referente ao período de dezembro de 1999 a junho de 2001.

A multa referente ao mês de dezembro de 1999 foi afastada pelo Acórdão (fls. 435/439) proferido na demanda havida entre a locadora Talude Comercial e Construtora Ltda. e os fiadores Luís Aparecido Loucatelli e Dirce Zotezzo Loucatelli, uma vez que estes comprovaram o encaminhamento da

documentação referente a esse período (fls. 133/144), porém, ocorrida a cessão da locação no dia 30 de dezembro de 1999, essa obrigação não foi cumprida no período posterior.

De rigor, portanto, que essa multa seja atribuída à recorrente, uma vez que tinha conhecimento da cláusula contratual que deliberadamente descumpriu, devendo indenizar os recorridos, que arcaram com a condenação a eles imposta.

Entretanto, no que toca à multa referente a cinco vezes o aluguel vigente, prevista na cláusula 10ª do contrato de locação (fls. 49), em virtude do descumprimento da cláusula 6ª (não entrega de documentos referentes às benfeitorias), os elementos constantes dos autos encontram-se de acordo com a tese esposada pela recorrente.

Alega esta que, tendo sido as benfeitorias realizadas pela primitiva locatária, Superbeton Concreto e Serviços Ltda., não poderia ser cobrada em regresso nesta demanda.

Ora, em que pese não existam documentos específicos sobre essas benfeitorias e a data de sua construção, é certo que se extrai dos autos terem sido mesmo realizadas por Superbeton Concreto e Serviços Ltda..

Primeiramente porque na petição inicial da demanda ajuizada pela locadora contra os fiadores, essas benfeitorias são descritas como "*baias de agregados de pedra, areia, etc., base para silos de cimento, base para silos de agregados, cabine de comando, guarita e um escritório contendo refeitório, laboratório, vestiário, copa, recepção e banheiro*" (fls. 94), aduzindo a autora, expressamente, que Superbeton não teria entregue os documentos necessários à averbação dessas melhorias na matrícula do imóvel. Nesse mesmo sentido se encontra a notificação de fls. 167/170.

Ainda naquela demanda, foi ouvida a testemunha José Pedro da Silva (fls. 272/273), que esclareceu: "*A empresa Superbeton introduziu benfeitorias no imóvel locado, deixando no local um escritório completo com meia dúzia de salas em construção de madeira de boa qualidade. Também fez a jardinagem, terraplanagem. No escritório tinha refeitório, vestiário, copa, recepção e banheiros. Não sabe precisar se tais benfeitorias foram regularizadas na matrícula do imóvel*".

Por fim, na contestação, a ré aventou essa tese, que não foi devidamente impugnada pelos autores na réplica, que se limitaram a alegar que "*a empresa da qual os autores eram sócios transferiu todo o seu fundo de comércio, inclusive todos os contratos de locação, tendo eles sido assumidos integralmente pela requerida. Por certo qual tal transferência acarretou na assunção de todo o devido por parte da requerida, estando claro no contrato transcrito - inclusive na inicial - que a empresa ré assumiria todos os encargos existentes relativos às referidas locações*" (fls. 585).

Acesso ao Sumário

Ora, o referido contrato, em sua cláusula 5.2.1 (fls. 23), estipula que "*a partir da presente data as despesas de locação, incluindo aquelas que lhe são próprias (luz, água, força, etc) serão pagas pela COMPRADORA pelo sistema pro rata*", ressalvando expressamente que "*as despesas anteriores serão de responsabilidade da VENDEDORA*".

Ora, tendo sido as benfeitorias realizadas pela empresa vendedora, está claro que a omissão na entrega à proprietária do imóvel dos documentos necessários à regularização da matrícula do imóvel cabia a quem as fez. Nesse ínterim, a infração contratual que ensejou parte do débito aqui discutido, qual seja, a multa no montante de cinco vezes o valor mínimo da locação, não pode ser atribuída à recorrente.

Nesse ponto, portanto, comporta reforma a r. sentença, para o fim de abater da condenação imposta a ré esse valor, que, em março de 2002 (quando ajuizada a primeira demanda), representava R$ 29.661,80 (fls. 42), que deverá ser atualizado a partir daí, pelo índice acolhido pela Tabela Prática deste E. Tribunal de Justiça.

Em virtude da sucumbência mínima experimentada pelos autores, aplica-se o art. 21, parágrafo único, do Código de Processo Civil, mantendo-se inalterada a condenação da ré a arcar integralmente com os ônus da sucumbência.

Recorrem, adesivamente, os autores, visando a majoração da verba honorária advocatícia para 10% do valor atualizado da condenação.

E lhes assiste razão.

O art. 20, § 3º, do Código de Processo Civil, estipula que os honorários serão fixados entre o mínimo de 10% e o máximo de 20% sobre o valor da condenação, atendidos o grau de zelo do profissional, o lugar da prestação do serviço, a natureza e importância da causa, o trabalho realizado pelo advogado e o tempo exigido para o seu serviço.

Ora, por meio desta demanda foi obtida condenação, não se amoldando esta demanda às hipóteses em que é permitida a fixação de honorários advocatícios por apreciação equitativa do juiz, ou seja, nas causas de pequeno valor, de valor inestimável, nas em que não houver condenação ou for vencida a Fazenda Pública, e nas execuções, embargadas ou não, os honorários serão fixados consoante apreciação equitativa do juiz, atendidas as normas das alíneas *a, b* e *c* do parágrafo anterior.

Ora, não tendo havido motivação especial a fim de levar o magistrado à fixação dos honorários por equidade em R$ 20.000,00, de rigor reformar a r. sentença para o fim de, aplicando os parâmetros do § 3º do artigo mencionado, e considerando o elevado valor da condenação, fixar os honorários advocatícios devidos aos patronos dos autores em 10% do valor da condenação atualizado.

Esse valor bem remunerará os causídicos, e, ainda, por se tratar do mínimo

previsto pelo dispositivo examinado, não acarretará enriquecimento sem causa ou se converterá em pena à parte vencida.

II. Ante o exposto, pelo meu voto, **dá-se parcial provimento** ao recurso da ré Votorantim Cimentos S/A, a fim de afastar a condenação referente à multa no valor de cinco aluguéis mínimos, que representava R$ 29.661,80 em março de 2002, atualizado a partir daí, pelo índice acolhido pela Tabela Prática deste E. Tribunal de Justiça. E **dá-se provimento** ao recurso adesivo interposto pelos autores Luís Aparecido Loucatelli e Dirce Zotezzo Loucatelli, a fim de majorar os honorários advocatícios, fixados por equidade na r. sentença, para 10% do valor atualizado da condenação.

Em virtude da pequena sucumbência experimentada pelos autores, mantém-se a ré responsável pela integralidade das custas e despesas processuais, e, ainda, condenada a pagar aos patronos dos autores honorários advocatícios fixados em 10% do valor atualizado da condenação.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0002170-69.2011.8.26.0030, da Comarca de Apiaí, em que é apelante MARCOS FERNANDO DIAS DE FRANÇA (JUSTIÇA GRATUITA), é apelado BANCO BRADESCO S/A.

ACORDAM, em 24ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 22809)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores ERSON DE OLIVEIRA (Presidente) e PLINIO NOVAES DE ANDRADE JÚNIOR.

São Paulo, 9 de outubro de 2014.

SALLES VIEIRA, Relator

Ementa: CONTRARRAZÕES - DOCUMENTOS NOVOS - FASE RECURSAL - Possibilidade da juntada na fase recursal, já que não configurada a má-fé e oportunizado o contraditório - Inteligência do art. 397, do CPC.

APELAÇÃO - ANULATÓRIA - CHEQUES - SUSTAÇÃO - ENDOSSO - OPERAÇÃO DE DESCONTO BANCÁRIO - PAGAMENTO DA

Acesso ao Sumário

DÍVIDA - RESPONSABILIDADE - Hipótese em que é possível concluir que a negociação realizada entre o endossante dos cheques e o banco apelado, trata-se de operação de desconto bancário - O próprio endossante, em sua declaração afirma que os títulos estão sendo descontados em sua conta corrente, o que reafirma, tanto o negócio firmado entre ele e o apelado, quanto o fato de que realmente endossou os títulos ao banco - O contrato de desconto bancário, autoriza que o banco tenha o direito de receber o montante antecipado do descontário, caso os devedores dos títulos não honrem os pagamentos nas datas aprazadas - Títulos emitidos pelo apelante que, devolvidos, por estarem sustados os pagamentos, perante a instituição financeira, devem ter seus valores cobrados da conta do descontário - Impossibilidade de cobrança em duplicidade - Inexigibilidade dos cheques reconhecida - Restabelecimento da eficácia da liminar de sustação dos protestos, tornando-a definitiva - Apelo provido.

SUCUMBÊNCIA - ÔNUS - Sucumbente o banco, arcará com as custas e despesas processuais, bem como honorários advocatícios em favor do patrono do autor, que se fixa em R$ 1.500,00, nos termos do art. 20, § 4º, do CPC - Apelo provido.

VOTO

Apelo do autor em face da r. sentença de improcedência proferida em ação anulatória de cheques, cumulada com dano moral e perdas e danos e cautelar de sustação de protesto.

Sustenta que os cheques não foram endossados e que o apelado está recebendo os créditos provenientes dos descontos de tais cheques, conforme a documentação juntada aos autos, já que o endossante dos títulos vem sendo descontado em sua conta corrente, em razão da operação de descontos firmados entre este e o banco apelado. Alega que é ilegal o apelado pretender fazer a cobrança dos títulos em duplicidade. Requer o provimento do recurso, reformando-se a r. sentença para o fim de julgar procedente a ação.

Juntou novos documentos (fls. 114/123).

Contrarrazões às fls. 133/142, pugnando pela manutenção da r. sentença e questionando a juntada dos documentos na fase recursal.

É o relatório.

Acesso ao Sumário

Trata-se de ação anulatória de cheques, c.c. dano moral e perdas e danos, ajuizada pelo ora apelante, em face do ora apelado, sob a alegação de que foram indicados a protesto três cheques, de nºs 000013-237, 000008-237 e 000007-237, que foram emitidos em favor do Sr. Joselito Zarur Peres Valância, que, posteriormente, os endossou ao banco apelado.

Alega o autor, na inicial, que referidos cheques tiveram seus pagamentos sustados, perante a instituição financeira, já que o negócio firmado com o Sr. Joselito não foi concretizado e este não lhe devolveu os títulos, não havendo razão para que o banco réu proceda ao protesto dos mesmos.

Na ação cautelar anteriormente proposta, foi concedida a medida liminar de sustação do protesto dos títulos (fls. 15 dos autos em apenso).

O réu contestou, alegando, em síntese que a cobrança dos cheques é regular, já que recebeu os títulos por endosso, sendo terceiro de boa-fé, a quem não pode ser indicadas as restrições referentes ao negócio firmado entre o autor, emitente dos cheques, e o endossante dos títulos.

O MM. Juízo "a quo" dirimiu o litígio, julgando improcedente a ação, com fundamento no fato de que a discussão sobre a causa subjacente não é possível quando o título encontra-se na posse de terceiro de boa-fé, declarando exigíveis os cheques apontados a protesto pelo banco réu, cassando, com isso, a liminar deferida nos autos da ação cautelar.

Contra esta decisão insurge-se o apelante.

Primeiramente, infundada a alegação trazida pelo apelado, em suas contrarrazões, no sentido de que não podem ser aceitos os documentos juntados em sede de apelo, dês que é possível a juntada, a qualquer tempo, de novos documentos aos autos, nos termos do art. 397 do CPC, quando não configurada a má-fé e desde que assegurado o contraditório.

Sobre o tema, veja-se precedente citado no CPC Anotado de Theotonio Negrão, José Roberto F. Gouvêa e Luis Guilherme A. Bondioli, 42ª edição, de 2010, na pág. 469:

"Nas instâncias ordinárias, é lícito às partes juntarem documentos aos autos em qualquer tempo (até mesmo por ocasião da interposição de apelação), desde que tenha sido observado o princípio do contraditório" (STJ - 3ªT., REsp 660.267, Min. Nancy Andrighi, j. 7.5.07, DJU 28.5.07).

Ademais, intimado a se manifestar sobre o presente recurso, o apelado apresentou suas contrarrazões (fls. 133/142), sendo respeitado, com isso, o princípio do contraditório.

Feitos estes esclarecimentos, passa-se a análise do recurso.

Apreciados todos os fatos narrados e os documentos existentes nos autos, é possível concluir que a negociação realizada entre o endossante dos cheques e

Acesso ao Sumário

o banco apelado, trata-se de operação de desconto bancário, em que os cheques são entregues ao banco em custódia, para posterior cobrança dos valores devidos.

Registre-se que, apesar do endossante declarar, no documento anexado pelo apelante (fls. 127/128), que não emanou de seu punho a descrição contida nos cheques, no sentido de que os mesmos foram endossados ao Banco Bradesco (fls. 114/116), tem-se que tal afirmação não prejudica o endosso dos títulos, dês que, na mesma declaração, admite tê-los endossado.

Sabe-se que o endosso pode ser em branco, ou seja, sem mencionar o endossatário, o que não descaracteriza a regularidade da medida, tornando-se o endossatário o portador dos títulos.

E, neste aspecto, nada impede que, posteriormente, o apelado, então portador dos títulos, tenha escrito no verso dos cheques a frase: "Endossado ao Banco Bradesco S.A.".

Além disso, o próprio endossante, em sua declaração, afirma que os títulos estão sendo descontados em sua conta corrente, o que reafirma, tanto o negócio firmado entre ele e o apelado, quanto o fato de que realmente endossou os títulos ao banco.

Resolvida a questão sobre a regularidade do endosso e a referente ao negócio que embasou tais endossos, ou seja, o desconto de cheques, entre o endossante e o apelado, esclarece-se que o contrato de desconto de títulos encerra avença pela qual o banco, com prévia dedução dos juros, comissão e despesas, antecipa ao cliente a importância representada por títulos de crédito emitidos por terceiros, mediante endosso translativo dos próprios títulos, assistindo ao banco o direito de receber o montante antecipado do descontário, caso os devedores dos títulos não honrem os pagamentos nas datas aprazadas.

Neste tipo de operação, portanto, o banco adquire, em garantia do pagamento do empréstimo, a propriedade dos títulos de créditos que desconta, ficando o descontário obrigado a reembolsar o valor nominal daqueles, na hipótese de o devedor originário inadimplir o pagamento da dívida, quando de seu vencimento.

Acesso ao Sumário

Veja-se a definição de contrato de desconto, dada por J.X. Carvalho de Mendonça, extraída da obra de Arnaldo Rizzardo, "Contratos de Crédito Bancário", 7ª edição, Editora Revista dos Tribunais:

"O banco antecipa ao credor a importância de um título de crédito de soma líquida e vencimento breve, recebendo-o em transferência e deduzindo do valor nominal, os juros pelo espaço de tempo intercorrente desde a data da antecipação até a do vencimento. Ele paga em dinheiro a importância do crédito não vencido, mantida, está claro, a responsabilidade dos coobrigados acrescida com a daquele credor (garantia normal da operação), e recebe o título pro solvendo, isto é, com efeito liberatório subordinado à condição do pagamento.".

Segundo Arnaldo Rizzardo, na obra mencionada, "o desconto envolve o empréstimo. Mais especificamente, há uma permuta de valor monetário por um crédito representado em título cambial, com vencimento aprazado para determinada época. Mas os elementos do empréstimo sobressaem, tanto que o descontário recebe o valor, pagando juros e taxas a título de remuneração pelo tempo que medeia entre a data do recebimento do valor e do vencimento do título. Assim, embora transpareça uma troca de valor por um título, os princípios do mútuo regulam a relação contratual, a ponto de assistir ao descontador o direito de receber o montante do descontário, caso o devedor do título não o satisfizer. Em outros termos, acontece o mesmo efeito do mútuo na situação de inadimplemento do devedor.".

Neste sentido, veja-se:

"0044830-76.2008.8.26.0000 Apelação, Relator(a): Francisco Giaquinto, Comarca: Vargem Grande do Sul, Órgão julgador: 20ª Câmara de Direito Privado, Data do julgamento: 30/05/2011, Data de registro: 12/08/2011. Outros números: 991080448306 Ementa: AÇÃO MONITÓRIA - **COBRANÇA DE BORDERÔS DE DESCONTO DE TÍTULOS** - Indeferimento da inicial, sem julgamento do mérito - *Decisum* monocrático que julgou procedentes os embargos para declarar a inépcia da inicial, por entender não estar devidamente instruída a exordial, nos termos do art. 283 do CPC, em razão da ausência dos contratos referentes às operações indicadas na inicial - Inocorrência. Borderôs de desconto (fls. 21/30) que constituem provas suficientes ao ajuizamento da ação monitória (art. 1.102a do CPC). Extinção afastada. Recurso provido. Julgamento da lide pelo Tribunal (art. 515, §3°, do CPC) porque em condições de imediato julgamento. Embargos monitórios - Preliminar de nulidade da citação - Citação efetuada na pessoa de ex-sócia - Responsabilidade do sócio retirante, por responsabilidade de obrigações da sociedade, que subsiste por até dois anos, contados da data da averbação da resolução da sociedade na junta comercial (art. 1.032 do CC) - Prazo, no caso, inferior a isso - Citação válida. Embargos improcedentes. Ilegitimidade passiva da co-embargante Ivani - Contratos relativos às operações de n° 200400694200, 20040072950, 20040077186, 20040080844 e 20040071164 indicadas na exordial, que não foram juntados aos autos pelo Banco apelante, de modo que não há como se verificar a existência de cláusula prevendo a responsabilidade solidária da co-requerida. Ilegitimidade passiva reconhecida. Embargos procedentes. Embargos monitórios - **Contrato de Prestação de Serviço de Custódia e Cobrança de Cheques e Outras Avenças e Convênio para Celebração de Operações de Desconto de Cheques (fls. 14/20).** Alegação da empresa embargante no sentido de que o Banco seria responsável pelo recebimento dos cheques adquiridos, isentando a empresa de qualquer responsabilidade solidária - Inadmissibilidade - **Responsabilidade do cliente pela obrigação não adimplida pelo emitente**

Acesso ao Sumário

do título descontado - Direito de regresso que confere ao banco a prerrogativa de promover a cobrança da dívida contra o descontário, no caso de inadimplemento dos devedores principais. Embargos improcedentes. Correção monetária - Incidência a partir do vencimento da obrigação líquida e certa. Embargos improcedentes. Juros de mora - Incidência da citação (art. 219 do CPC). Embargos procedentes. Litigância de má-fé - Inocorrência - Litigância de má-fé afastada. Embargos improcedentes. Recurso provido para afastar a extinção e julgar procedentes em parte os embargos.

No caso dos autos, conforme se verifica dos documentos de fls. 29/30, os cheques que embasam a presente ação tiveram seus pagamentos sustados, perante a instituição financeira, em 29/11/2010, 21/12/2010 e 04/01/2011.

Por esta razão, não sendo possível o débito dos valores dos cheques, a cobrança deve ser feita diretamente do descontário, então endossante dos cheques, e não do emitente, ora apelante.

Em que pese o fato de não serem claros os extratos e outros documentos juntados pelo apelante, no sentido de que tal cobrança já está sendo feita na conta corrente do endossante/descontário dos cheques (fls. 117/123), referido fato é, incontroverso nos autos, ante a ausência de impugnação do banco neste sentido.

Ademais, é certo que, ainda que tal medida ainda não tenha sido tomada pelo apelado, é esta a forma de cobrança que deve ser adotada, não sendo lícita a exigência dos valores do endossante e do emitente dos títulos, em duplicidade.

Não há razão, portanto, para o banco exigir o pagamento dos títulos perante o emitente das cártulas, ou seja, do apelante.

Ante o exposto, de rigor reconhecer a inexigibilidade dos cheques e restabelecer a eficácia da liminar de sustação dos protestos, então deferida nos autos da ação cautelar, tornando-a definitiva.

Sucumbente o banco, arcará com as custas e despesas processuais, bem como honorários advocatícios em favor do patrono do autor, que se fixa em R$ 1.500,00, nos termos do art. 20, § 4º, do CPC.

Dá-se provimento ao recurso.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0011987-18.2003.8.26.0361, da Comarca de Mogi das Cruzes, em que é apelante MUNIR JORGE JÚNIOR (POR CURADOR ESPECIAL), é apelado ATLÂNTICA HOTELS INTERNATIONAL BRASIL LTDA..

ACORDAM, em 31ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Rejeitada a preliminar, negaram provimento, nos termos que constarão do acórdão. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 17.433)**

O julgamento teve a participação dos Exmo. Desembargadores FRANCISCO CASCONI (Presidente) e ANTONIO RIGOLIN.

São Paulo, 14 de outubro de 2014.

ADILSON DE ARAUJO, Relator

Ementa: APELAÇÃO. PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO MONITÓRIA. COBRANÇA DE DESPESAS DE HOSPEDAGEM (FLAT) E OUTROS GASTOS DELA DECORRENTES. NULIDADE DA CITAÇÃO. NÃO CONFIGURAÇÃO. LITIGÂNCIA DE MÁ-FÉ. ARGUIÇÃO DE DEFESA MANIFESTAMENTE CONTRÁRIA ÀS PROVAS DOS AUTOS. IMPOSSIBILIDADE. CRIAÇÃO DE INCIDENTE PROCESSUAL EVIDENTEMENTE DESARRAZOADO. DESCABIMENTO. PROCRASTINAÇÃO INDEVIDA DO PROCESSO. LITIGÂNCIA DE MÁ-FÉ TIPIFICADA. INTELECÇÃO DOS ARTS. 17 E 18 DO CPC. COMINAÇÃO "EX OFFICIO" DA SANÇÃO PREVISTA AO LITIGANTE ÍMPROBO. O réu-embargante desfilou arrazoados manifestamente contrários às provas dos autos e ao direito, e prosseguiu nesta prática desonrosa nas razões recursais, configurando-se, assim, a litigância ímproba, que, como tal, deve ser vigorosamente desestimulada. Conduziu-se a movimentação da máquina judiciária a apreciar pretensão meramente procrastinatória, conquanto assoberbada por elevado número de processos. Tal comportamento é conotativo de desprezo pelos valores encarecidos na ordem jurídica. Aplicável, na espécie, a cominação da sanção prevista no art. 17 c/c o art. 18, ambos do CPC, ao "*litigator improbus*", porquanto persiste em alterar a verdade dos fatos.

APELAÇÃO. AÇÃO MONITÓRIA. COBRANÇA DE DESPESAS DE HOSPEDAGEM (FLAT) E

OUTROS GASTOS DELA DECORRENTES. DEMONSTRAÇÃO. CONTRATO COM O RÉU. COMPROVAÇÃO. EMBARGOS MONITÓRIOS REJEITADOS. NECESSIDADE. IMPROVIDO O RECURSO DE RÉU. O acervo probatório coligido nos autos fornece seguro juízo de certeza no sentido de que o réu é devedor da quantia pleiteada pelo uso da hospedagem sem o devido pagamento.

VOTO

Trata-se de ação monitória, ajuizada por **ATLÂNTICA HOTELS INTERNATIONAL BRASIL LTDA.**, em face de **MUNIR JORGE JÚNIOR**, sob a alegação de que prestou serviços de hospedagem em *flat* - o prédio é um *FLAT SERVICE* -, sendo que o réu deixou de pagar as despesas, cujas notas fiscais as confirmam, mas não contêm a assinatura do devedor e, que, além disso, o réu entregou como garantia de cobertura das despesas cheque no valor de R$ 4.000,00, que não foi compensado, porquanto traz a alínea nº 25 - cheque roubado ou furtado (fls. 02/10).

Ofertados embargos monitórios, pela r. sentença, cujo relatório adoto, estes foram rejeitados e, por via de consequência, o pedido monitório foi julgado procedente, configurando-se a executividade do título apresentado na petição inicial. Sucumbente, o embargante foi condenado a arcar as custas e despesas processuais, além de honorários advocatícios fixados em 10% sobre o valor atualizado da causa (fls. 262/266).

Inconformado, apela o réu embargante. Preliminarmente, afirma a nulidade da citação por edital sob o argumento de que não foram esgotados todos os meios para a citação pessoal do réu. Depois, no tocante ao mérito, alega, em síntese, ser incerta a obrigação, pelo que nega e contesta os valores apresentados. Clama pela aplicação do CDC, aduzindo serem leoninas as cláusulas do contrato. Traz doutrina consumerista. Quer, portanto, o provimento do recurso para o fim de se reformar a r. sentença, acolhendo-se os embargos monitórios, com inversão do ônus sucumbencial (fls. 270/277).

Preparado (fls. 278/279), o recurso de apelação foi recebido (fls. 281), processado e contrariado (fls. 283/286).

É o relatório.

Não procede a preliminar de nulidade da citação, sob o arrazoado de que não foram esgotados todos os meios para a citação pessoal do réu.

Aliás, tal assertiva chega às raias da litigância frívola, desafiando a cominação prevista nos arts. 17 e 18 do estatuto de rito.

Observe-se que, ajuizada esta demanda em 30/9/2003 (fls. 02), distribuída

ao Juízo em 28/10/2003 (fls. 111), em 30/10/2003 a MM. Juíza exarou despacho citatório (fls. 111), que foi expedido em 03/11/2003 (fls. 112).

Em 21/11/2003 o oficial de Justiça apôs certidão de que não foi possível efetuar a citação, visto que o pai do citando informou que este não mora mais lá e que tem escritório na Barra da Tijuca, na cidade do Rio de Janeiro (fls. 116).

A autora requereu, em 22/4/2004, expedição de carta precatória para a cidade do Rio de Janeiro (fls. 118), que foi deferida (fls. 119/120).

O Juízo da 5ª Vara Cível do Foro Regional da Barra da Tijuca, na Comarca do Rio de Janeiro, em 18/01/2005, expediu mandado citatório (fls.128/135), vindo certidão do oficial de Justiça, em 15/3/2005, informando a impossibilidade de citar o réu (fls. 136vº).

Em 03/8/2005 a acionante peticionou ao Juízo e foi deferida em 15/8/2005 a expedição de carta precatória para citar o réu na Av. Paulista, nº 726, 17º andar (fls. 143/144), sendo infrutífera a citação, consoante declaração do oficial de Justiça em 23/5/2006 e em 25/9/2006 (fls. 156/157).

Em vista disso, em 24/11/2006, a autora requereu a expedição de ofícios para órgãos, como: Banco Central, Delegacia da Receita Federal, DETRAN, Telefônica, Claro, Tim, Vivo, SPC, IIRGD e Tribunal Regional Eleitoral (fls. 160/161).

Veio aos autos em 27/11/2007 nova certidão do oficial de Justiça revelando serem infrutíferas as tentativas de citação (fls. 197).

Outra tentativa infrutífera ocorreu em 06/5/2008 (fls. 208/210). Assim, em 16/6/2008 a autora peticionou a citação por edital (fls. 211), deferida em 04/8/2008 (fls. 212).

O réu, ora apelante, mais uma vez zomba da Justiça por asseverar a nulidade da citação, com a assertiva de que não foram esgotados todos os meios para a efetivação de sua citação pessoal. As provas dos autos demonstram que envidou todos os esforços possíveis e imagináveis para obstar a sua citação pessoal. À obviedade, não poderá beneficiar-se da própria torpeza.

Portanto, **inocorre a propalada nulidade.**

Em prosseguimento, tem-se que a via eleita pelo autor é adequada, precisamente pela posse das notas comprobatórias dos gastos, sem a devida assinatura do réu-devedor e, também, por possuir a cártula (devolvida com a alínea nº 25 aposta pelo banco sacado - cheque roubado ou furtado) alusiva à garantia do pagamento das despesas. Outrossim, restou evidenciada a ausência de título executivo para a imediata execução da obrigação.

Com efeito, estabelece o art. 1.102a do CPC como requisito para o processo monitório a apresentação de documento escrito que consubstancie a obrigação, sem eficácia de título executivo. Com isso, o devedor poderá

Acesso ao Sumário

reconhecer sua obrigação e solver o débito, sem suportar despesas processuais e honorários advocatícios, contribuindo para a eficácia e agilidade da jurisdição. Se permanecer inerte, verá a formação e consolidação rápida do título executivo. Poderá, por outro lado, apresentar defesa (=embargos), caso em que será imediatamente deflagrado procedimento de cognição plena e exauriente para ser discutido o direito afirmado pelo autor (credor), sobrevindo sentença definitiva.

Diante desse quadro, em abordagem didática, mas profunda, LUIZ GUILHERME MARINONI e SÉRGIO CRUZ ARENHART escreveram:

> "A ação monitória foi instituída para evitar o curso de tempo inerente ao procedimento comum, objetivando acesso mais rápido à concreta realização do direito. No art. 1.102-C, § 1º, do CPC, o legislador demonstra acreditar que, havendo prova escrita capaz de demonstrar a probabilidade do direito, o devedor poderá preferir cumprir o mandado a correr o risco de perder a demanda e ter que pagar custas e honorários de advogado.
>
> O procedimento monitório, ao supor que a ausência de iniciativa do réu confirma a existência do direito que já era aceito (em virtude de prova escrita) como provável, apenas reafirma a necessidade de tratamento diferenciado aos direitos evidentes. Admite-se que a prova escrita e a inércia do devedor são suficientes para a formação do título executivo. É preciso ter em mente que o título executivo judicial, formado pelo procedimento monitório, funda-se em prova escrita capaz de demonstrar, em alto grau de probabilidade, a existência do direito. O legislador, quando criou o procedimento monitório, aceitou o risco que a defesa corre em nome da necessidade de tutela adequada a direitos evidentes." (Procedimentos Especiais, Ed. Revista dos Tribunais, 2009, 2ª tiragem, pág. 157).

Tanto isso é verdade que, com os embargos monitórios, a teor do art. 1.102-C, § 2º, do CPC, o procedimento iniciado de forma sumária transforma-se em comum (conhecimento), com objetivo de decisão do juiz por cognição plena e exauriente do conflito de interesses, assim como ocorreria em uma ação de cobrança ajuizada. Aliás, são processados nos mesmos autos como se verifica na contestação no procedimento ordinário. Caso sejam acolhidos parcialmente, a execução prossegue quanto ao remanescente do pedido não atingido pela sentença.

Insubsistente, a par disso, a alegação de que a obrigação padece do vício da incerteza, pretendendo, com isso e de forma inidônea, negar e impugnar os valores apresentados.

Atinente à relação de consumo, que não se pode negar, insta obtemperar que, na espécie, não se demonstrou a existência de contrato leonino, explorador da alegada vulnerabilidade de consumidor supostamente hipossuficiente.

Para o ajuizamento da ação monitória, o Colendo Superior Tribunal de

Acesso ao Sumário

Justiça (STJ) já decidiu:

> "PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO MONITÓRIA. A DOCUMENTAÇÃO NECESSÁRIA PARA A ADMISSIBILIDADE TEM QUE SER IDÔNEA. APTA À FORMAÇÃO DO JUÍZO DE PROBABILIDADE ACERCA DO DIREITO AFIRMADO, A PARTIR DO PRUDENTE EXAME DO MAGISTRADO.
>
> 1. A prova hábil a instruir a ação monitória, a que alude o artigo 1.102-A do Código de Processo Civil não precisa, necessariamente, ter sido emitida pelo devedor ou nela constar sua assinatura ou de um representante. Basta que tenha forma escrita e seja suficiente para, efetivamente, influir na convicção do magistrado acerca do direito alegado.
>
> 2. Dessarte, para a admissibilidade da ação monitória, não é necessário que o autor instrua a ação com prova robusta, estreme de dúvida, podendo ser aparelhada por documento idôneo, ainda que emitido pelo próprio credor, contanto que, por meio do prudente exame do magistrado, exsurja o juízo de probabilidade acerca do direito afirmado pelo autor.
>
> 3. A Corte local, após minucioso exame da documentação que instrui a ação, apurou que os documentos são 'mais que suficientes para atender aos requisitos da legislação processual para cobrança via ação monitória, pois servem como início de prova escrita' e que, 'em cotejo com as duplicatas apresentadas, demonstram a liquidez e certeza da obrigação, independentemente do aceite', sendo correta 'a conclusão do Juízo de 1º grau de que serviços foram prestados', só se concebe a revisão da decisão recorrida por meio do reexame de provas, vedado em sede de recurso especial (Súmula 7/STJ).
>
> 4. Recurso especial não provido." (Resp nº 925.584-SE, 4ª Turma, Rel. Min. LUIS FELIPE SALOMÃO, v.u., j. em 9/10/2012, em DJe 7/11/2012).

Em outro julgado, a mesma Corte firmou entendimento aplicável ao caso em julgamento:

> "RECURSO ESPECIAL. PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO MONITÓRIA. INSTRUÇÃO DA INICIAL COM NOTAS FISCAIS E COMPROVANTES DE ENTREGA ASSINADOS. ADMISSBILIDADE. COGNIÇÃO PLENA COM O OFERECIMENTO DOS EMBARGOS.
>
> 1. A nota fiscal acompanhada do respectivo comprovante de entrega e recebimento da mercadoria ou do serviço, devidamente assinado pelo adquirente, pode servir de prova escrita para aparelhar a ação monitória.
>
> **2. O processo monitório possibilita a cognição plena, desde que sejam oferecidos embargos.**
>
> 3. Recurso Especial conhecido e provido." (REsp nº 778.852, 3ª Turma, Rel. Min. NANCY ANDRIGHI, j. 15/8/2006, v.u., em DJu de 04/9/2006, pág. 269, grifo em negrito meu).

Por último, *ex officio*, considero falta de pudor e espantosa temeridade o comportamento do embargante monitório, ora recorrente, pelo que vislumbro

Acesso ao Sumário

ser o caso de se lhe cominar a sanção prevista no estatuto de rito ao litigante de má-fé.

Por falar em má-fé, salta aos olhos o relevo da boa-fé. Não se pode, pois, olvidar o princípio da boa-fé objetiva nas relações contratuais, hodiernamente com plena positivação em nosso ordenamento jurídico.

Nesse sentido, mostra-se conveniente haurir a cátedra do Prof. Dr. GUSTAVO RENE NICOLAU, que preleciona:

> "Ao se relacionar com seus pares, o indivíduo espera lidar com pessoas honestas, íntegras, de conduta honrada. Desde as mais singelas relações, passando pelos mais complexos contratos e até mesmo no matrimônio, as pessoas nutrem, naturalmente, tal esperança. Confiam que estarão lidando com pessoas de bem. Tratar com alguém de características diferentes destas soa como exceção e para esses casos existe a ***ultima ratio*** do Judiciário.
>
> Tal esperança é fincada na correta constatação de que a maioria das pessoas assim atua na vida privada. Não condiz com a realidade presumir o contrário. **Em geral, o ser humano é reto, faz questão de honrar os compromissos assumidos e sua palavra é digna de confiança e em muitos casos é mais forte do que o papel assinado e com firma reconhecida**" (*in* "Direito Contratual - Temas Atuais", Coordenação de GISELDA M. F. N. HIRONAKA e FLÁVIO TARTUCE, Editora Método, 2008, p. 113 - **grifei**).

Mas, o assunto não se exaure aí.

Revela-se de bom alvitre, ainda, haurir o suplementos da doutrina mais moderna, consoante magistral artigo da lavra da insigne Professora Dra. JUDITH MARTINS-COSTA, que, discorrendo sobre o "método da concreção e a interpretação dos contratos", preleciona:

> "O direito contratual contemporâneo tem, entre suas características, o fato de vir situado num '**quadro de referências principiológicas**', além da atenção às '**circunstâncias do caso**' que tem uma dimensão objetiva e outra subjetiva.
>
> Expressa aquela primeira característica o Código Civil de 2002, que inaugura com o explícito arrolamento dos princípios o Livro dos Contratos considerando princípios *contratuais* o da liberdade contratual (art. 421, primeira parte); da função social do contrato (art. 421, segunda parte); o da probidade (art. 422. primeira parte); o da boa-fé (art. 422, segunda parte); o da proteção ao aderente, nos contratos formados por adesão (arts. 423 e 424); o da atipicidade (art. 427); o da equidade, que não está expresso, mas vem suposto em inúmeras regras e é informador do princípio da proteção do aderente, e do equilíbrio contratual, deduzido de certas regras e com valência nos contratos comutativos" (*in* "Temas Relevantes do Direito Civil Contemporâneo", Atlas, GIOVANNI ETTORE NANNI, coordenador, 2008, p. 488).

Acesso ao Sumário

Observe-se que o réu-embargante, aqui recorrente, não honrou a Justiça e a necessária lealdade processual, porquanto desfilou arrazoados manifestamente contrários às provas dos autos e ao cristalino direito regente da matéria em foco.

Tal comportamento no processo, decerto, configura a litigância frívola, mostrando-se descabido e, pior, atentatório à dignidade da Justiça.

Em verdade, tal atitude amolda-se, sem exagero, às situações previstas no art. 17, *caput*, e incisos I, II, IV, V e VII, do estatuto de rito, pois consoante demonstrado nos autos, alterou a verdade dos fatos; e, além disso, buscou induzir tanto o Juízo *a quo*, quanto este colegiado, em erro. À obviedade, tal comportamento revela pouco apreço aos encarecidos valores que guarnecem e fornecem supedâneo à Justiça e, bem por isso, devem ser prontamente repelidos.

Logo, conduziu-se a movimentação da máquina judiciária a apreciar pretensão meramente procrastinatória e de prolongamento da situação conflituosa, conquanto assoberbada por elevado número de processos. Tal comportamento é conotativo de desprezo pelos valores muito encarecidos na ordem jurídica.

Imperiosa, pois, a indicada cominação, porquanto o embargante, aqui recorrente, como *improbus litigator*, está sujeito à multa prevista no art. 18 do CPC.

Ante o exposto, pelo meu voto, **rejeitando a preliminar** de nulidade da citação, **nego provimento** ao recurso de apelação do réu-embargante e, *ex officio*, condeno-lhe, nos termos do art. 18 do CPC, ao pagamento da multa de 20% sobre o valor corrigido da causa.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0163633-72.2009.8.26.0100, da Comarca de São Paulo, em que são apelantes CELIO RODRIGUES PEREIRA, DANIELA COLANGELO DE AVEIRO IASI, CLAYTON GEORGE BELARDINELLI, ALINE CRISTINA PANZA MAINIERI e MARILZA APARECIDA DE FARIAS (JUSTIÇA GRATUITA), são apelados MARIA LUCIA DUTRA RODRIGUES PEREIRA, CLAUDIA SANT'ANNA (NÃO CITADO) e CLAUDIA DE SOUZA FERNANDES (NÃO CITADO).

ACORDAM, em 11ª Câmara Extraordinária de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Acolheram a preliminar, deram provimento ao Agravo Retido, parcial provimento ao recurso dos réus e negaram provimento ao recurso da autora. V.U.", de conformidade

Acesso ao Sumário

com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 29.664)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores FELIPE FERREIRA (Presidente), ROSA MARIA DE ANDRADE NERY e LEONEL COSTA.

São Paulo, 15 de outubro de 2014.

FELIPE FERREIRA, Relator

Ementa: MANDATO. INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS E MORAIS. MÁ PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS DE ADVOCACIA. 1. A sentença contém relatório com todos os elementos do inc. I do art. 458 do CPC. 2. Não comprovado estado de necessidade, descabe a assistência judiciária, não bastando a simples declaração de necessidade. 3. Comprovado que a corré Maria Lucia não atuou no processo, pois residia no exterior, de rigor o reconhecimento da sua ilegitimidade passiva. 4. As advogadas Daniela e Aline, não atuaram no processo embora substabelecidas, com reserva de poderes, portanto não respondem por dano moral que não causaram. Ilegitimidade passiva das referidas advogadas reconhecida. 5. Os advogados que não prestam os serviços contratados no devido tempo, por negligência, subtraindo do cliente a oportunidade de receber o que lhe é devido juntamente com os demais litisconsortes, respondem pelo dano moral causado. 6. A fixação da indenização do dano moral norteia-se pelo princípio da razoabilidade, nem tão grande que enriqueça, nem tão pequena que se torne inexpressiva. 7. Não comprovada a perda do direito de receber o que lhe é devido na ação trabalhista em que os réus atuaram como seus patronos, não cabe a condenação destes a título de dano material. 8. A atualização monetária e os juros moratórios dos danos morais contam-se do arbitramento da indenização. 9. A parcial procedência da ação configura a sucumbência recíproca. Inteligência do artigo 21, do CPC. Preliminar acolhida e Agravo Retido provido, desprovido o recurso da autora, parcialmente providos os apelos dos réus.

Acesso ao Sumário

VOTO

Trata-se de recursos de apelação contra a respeitável sentença de fls. 1792/1798, que julgou extinto o feito, sem resolução do mérito, apenas em relação à corré Maria Lucia Dutra Rodrigues Pereira, nos termos do artigo 267, inciso VI, do Código de Processo Civil, por ilegitimidade passiva de parte e julgou procedente a ação, nos termos requeridos na inicial, para condenar os réus solidariamente a pagarem à autora a título de reparação de danos morais o valor de R$ 100.000,00, atualizado com juros de 1% ao mês desde a data mencionada na inicial e correção monetária a contar do arbitramento até o efetivo pagamento, bem como o valor de R$ 400.000,00, a título de reparação de danos materiais, atualizado com juros de 1% ao mês e correção monetária, desde a data que os demais litisconsortes na mencionada ação trabalhista receberam o seu valor, até o efetivo pagamento. Em razão da sucumbência, deverão os réus arcar com o pagamento das custas, despesas processuais e honorários advocatícios arbitrados em 10% sobre o valor da condenação.

Interpostos embargos de declaração pelo réu Célio, foram os mesmos rejeitados conforme decisão de fls. 1814 e às fls. 1834/1835, em decisão de embargos da ré Daniela, foi declarada a extinção do processo, sem solução do mérito, em relação às corrés não citadas Claudia Sant' Anna e Claudia Fernandes, nos termos do artigo 267, inciso IV, do Código de Processo Civil.

Pleiteia o apelante Célio a reforma do julgado alegando em preliminar que o relatório elaborado pelo magistrado sentenciante omitiu a informação da decisão de arquivamento da reclamação efetivada pela autora junto à OAB (Ordem dos Advogados do Brasil), bem como o resultado da impugnação ao valor da causa, fatos estes importantes para o julgamento do feito. Aduz ainda que a exclusão das corrés Claudia Fernandes e Claudia Sant' Anna do polo passivo da ação em sede de embargos de declaração opostos contra uma sentença, sem a manifestação da autora, causam absoluta nulidade, bem como a ausência de apreciação do pedido contido no incidente de falsidade em apenso. Dessa forma, de acordo com as preliminares suscitadas a nulidade da r. sentença de primeiro grau se impõe.

No mérito, alega que se o resultado da apuração dos fatos pela OAB não apontou nenhuma conduta ilegal de sua parte é evidente que não pode ser condenado na presente ação. Ressalta que a autora não entregou os documentos que eram necessários para a elaboração do cálculo na execução da sentença, sendo que somente após 04 (quatro) anos da apresentação da conta em relação às outras reclamantes, é que a apelada providenciou a aludida documentação. Enfatiza que a autora receberá os valores devidos na ação trabalhista e, por tal motivo, não pode receber duas vezes como pretende. Assevera que a prova testemunhal colhida comprovou que a autora não entregou os documentos para o cálculo e não efetuou o pagamento dos serviços do contador, de modo

Acesso ao Sumário

que foi a responsável pelo não recebimento da verba indenizatória trabalhista juntamente com as demais litisconsortes. Entende que os danos morais também não restaram comprovados, até mesmo porque a culpa foi integral da autora. Por fim, esclarece que a autora não terá prejuízos, pois receberá seu crédito na Justiça do Trabalho devidamente acrescido de correção monetária e juros de mora. Requer seja dado provimento ao presente recurso, nos exatos termos constantes nas razões recursais.

Apela a ré Daniela Colangelo de Aveiro Iasi, requerendo a reforma do julgado, bem como a concessão dos benefícios da justiça gratuita, uma vez que não possui condições financeiras de arcar com as despesas processuais em razão do elevado valor. Aduz, em preliminar, que houve violação ao devido processo legal, em razão da extinção da ação em relação às corrés não citadas Claudia Sant' Anna e Claudia Fernandes sob a alegação da necessidade de celeridade processual, sendo que a autora requereu a realização de expedição de ofícios na tentativa de localização de endereços das mesmas, mas seu pleito não foi devidamente atendido. Esclarece, ainda, que não pode o magistrado se excluir do dever de bem analisar o correto andamento dos autos, repassando tal incumbência aos réus. Dessa forma, a r. sentença de primeiro grau deve ser anulada para que seja procedida a devida citação das corres Claudia Sant' Anna e Claudia Fernandes. Enfatiza, ainda, que é parte ilegítima para compor o polo passivo da demanda, reiterando os termos do agravo retido de fls. 1631/1636, pois restou cabalmente comprovado nos autos através da prova documental e da prova testemunhal que não teve qualquer participação como profissional na ação trabalhista proposta em nome da autora, atuando no escritório do correu Celio somente na área previdenciária. Assevera que jamais manteve contato com a autora, desconhecendo completamente que seus cálculos não foram apresentados na ação trabalhista e que o substabelecimento onde constou seu nome não faz qualquer menção à autora e ao processo. Salienta que a corré Maria Lucia foi excluída indevidamente do polo passivo, já que constava seu nome na procuração outorgada pela autora e atuou de forma precisa na demanda. Tece considerações acerca das irregularidades verificadas na transcrição dos depoimentos colhidos por estenotipia, bem como em seu posterior esclarecimento, se traduzindo em completo cerceamento de defesa e impondo a necessidade de nova oitiva da testemunha Claudio Costa.

Acesso ao Sumário

No mérito, alega que restou demonstrado nos autos que não participou dos atos processuais e que desconhecia que seu nome constava do substabelecimento outorgado pelo corréu Celio. Aduz que na maior parte em que a ação trabalhista tramitou, ainda cursava o ensino médio e não tinha formação jurídica, sendo óbvia a sua ausência de responsabilidade. Quanto aos danos materiais entende que a autora não perdeu o direito em receber, na ação trabalhista, os valores que lhe são devidos, de modo que inexiste o apontado dano. Em relação aos danos

morais aponta que os mesmos também não restaram comprovados, sendo que, no caso de manutenção da condenação, a redução do quantum indenizatório para patamares mais condizentes é de rigor. Por fim pugna pela redução dos honorários advocatícios e pela aplicação da Súmula 362 do STJ em relação aos acréscimos legais.

Igualmente, apela o réu Clayton pleiteando a reforma do julgado, alegando, para tanto, que através da prova testemunhal ficou comprovado que o contato da autora se deu exclusivamente com o corréu Celio. Assevera que não é funcionário do escritório do corréu Celio e que foi contratado pelo mesmo apenas para expor em palestra aos funcionários do Hospital das Clínicas sobre as perdas salariais. Esclarece que firmou procuração em conjunto apenas para a adesão dos interessados, mas não teve acesso direto aos processos e arquivos. Assim, é parte ilegítima para figurar no polo passivo da demanda. No mérito, quanto aos danos material e moral, enfatiza que a autora está aguardando para receber o que lhe é devido na própria ação trabalhista e que os danos morais não restaram configurados, até mesmo porque inexiste prova do abalo sofrido. Alternativamente, requer a redução dos valores fixados para patamares mais condizentes com a realidade a fim de evitar o enriquecimento indevido da parte.

Também apela a ré Aline, pretendendo a modificação da r. sentença de primeiro grau, aduzindo em preliminar a ilegitimidade para compor o polo passivo da ação, uma vez que a própria autora não descreveu na inicial nenhum comportamento que envolvesse o seu nome e que fosse causador dos prejuízos pleiteados, sendo que toda a narrativa menciona exclusivamente o corréu Celio. Assevera que seu escritório sempre se localizou na cidade de Campinas/SP e que realizou parceria com o corréu Celio para cuidar das demandas que tramitavam no interior do Estado, o que não era o caso da autora. Tece considerações acerca da observância de ocorrência de julgamento *extra petita*, bem como das disposições legais concernentes à relação entre advogado substabelecente e advogado substabelecido. Enfatiza que não foi contratada pela autora e que os advogados realmente contratados é que devem responder pela desídia mencionada na inicial. Salienta que todas as testemunhas ouvidas afirmaram desconhecer a ora recorrente, sendo informado, ainda, que apenas atuava nas ações de comarcas do interior.

No mérito, pugna pelo afastamento das condenações pelos danos materiais e morais, uma vez que a autora está na iminência de receber os seus créditos trabalhistas, devidamente atualizados. Entende, ainda, que o alegado dano moral não restou demonstrado nos autos. Alternativamente pretende a redução dos valores fixados no julgado de primeiro grau para patamares mais condignos a reparar o dano sofrido e não causar a ruína do ofensor.

Doutra parte, apela adesivamente a autora no sentido de ver reformada as decisões que excluíram as corrés Maria Lucia, Claudia Sant' Anna e Claudia

Acesso ao Sumário

Fernandes do polo passivo da demanda. Aduz que a corré Maria Lucia sempre fez parte do processo, desde a outorga do mandato para fins de propositura da ação trabalhista até o comparecimento para o recebimento dos precatórios pelas litisconsortes. Entende que se mesma permaneceu fora do país por longo tempo durante a tramitação da ação, deveria ter renunciado aos poderes que lhe foram concedidos. Em relação às corres Claudia Sant' Anna e Claudia Fernandes, aponta que as mesmas foram regularmente citadas, conforme recibo constante nas cartas de citação, devendo ser reconhecida a revelia e a consequente condenação tal qual aos demais corréus condenados.

Apresentadas as respectivas contrarrazões, subiram os autos a esta Corte de Justiça.

Recebidos os presentes autos em virtude de redistribuição realizada em 16/05/2014, por força da Resolução nº 643/2014 do Tribunal de Justiça.

É o relatório.

Inicialmente cabe analisar as preliminares suscitadas pelos recorrentes.

Não há que se falar em irregularidade do julgado pretendida pelo apelante Celio em razão de não constar no relatório da sentença a informação sobre os resultados da reclamação efetuada pela autora junto à OAB/SP e da impugnação ao valor da causa, pois da leitura atenta da sentença de fls. 1792/1794 observa-se que o relatório elaborado pelo ilustre magistrado sentenciante contém as partes do processo, narra de forma inteligível e concisa o pedido inicial, as teses de defesa apresentadas e os demais atos praticados pelas partes até o encerramento da instrução com a consequente apresentação de memoriais.

Ora, a pretensão do apelante Celio é totalmente despropositada na medida em que não está o magistrado obrigado a mencionar em seu relatório o conteúdo de todos os documentos acostados e de todas as decisões proferidas nos autos, até mesmo porque, se fazem parte do processado, ali estão para consulta todas as vezes que se fizer necessário, inclusive pelo julgador.

Além disso, o procedimento disciplinar instaurado perante o respectivo órgão de classe, embora tenha o condão de apurar eventual prática de conduta irregular por parte do profissional, há que se salientar que o mesmo não faz coisa julgada perante o Poder Judiciário, ou seja, o resultado do processo judicial não está condicionado ao resultado do processo administrativo.

Assim não há qualquer nulidade que vicie a sentença proferida em obediência aos ditames legais e em consonância com o ordenamento jurídico vigente.

E, a sentença, formalmente perfeita, preenche os requisitos dos artigos 165 e 458, do Código de Processo Civil, nestes termos:

"Art. 165. As sentenças e acórdãos serão proferidos com observância do disposto no art. 458; as demais decisões serão fundamentadas, ainda

que de modo conciso.

Art. 458. São requisitos essenciais da sentença:

I - o relatório, que conterá os nomes das partes, a suma do pedido e da resposta do réu, bem como o registro das principais ocorrências havidas no andamento do processo;

II - os fundamentos, em que o juiz analisará as questões de fato e de direito;

III - o dispositivo, em que o juiz resolverá as questões, que as partes lhe submetem".

Dessa forma, a r. sentença ora combatida preenche os requisitos legais se o relatório contém todos os elementos mencionados no inciso I do artigo 458 do CPC.

Em relação à ausência de apreciação do incidente de falsidade, também não assiste razão ao apelante Celio, na medida em que tal medida incidente foi proposta em 16/02/2012 (fls. 02- do incidente em apenso) e o feito já havia sido sentenciado, tendo sido disponibilizada a r. sentença de primeiro grau na imprensa oficial em 10/02/2012 (fls. 1799).

Além disso, não é crível que o apelante Celio venha após decorridos 03 (três) anos da propositura da ação e quando o processo já se encontrava sentenciado, suscitar a falsidade de sua assinatura em um documento que instruiu a petição inicial (fls. 39) e que nos autos permaneceu durante todo este tempo.

Dessa forma, totalmente despropositada tal a pretensão.

Em relação à preliminar de nulidade da r. sentença, arguida pelos apelantes Célio e Daniela, bem como pela autora, por conta da indevida exclusão das corrés Claudia Sant'Anna e Claudia Fernandes do polo passivo da demanda, tal pleito não comporta acolhida.

Isto porque, embora as corrés Claudia Sant'Anna e Claudia Fernandes não tenham sido citadas nos autos, a verdade é que não se pode deixar de observar que um decreto de nulidade do julgado, neste momento, traria inúmeros prejuízos tanto ao Poder Judiciário como às partes, pois o processo se estenderia por mais tempo, comprometendo a celeridade processual, como bem mencionado pelo magistrado de primeiro grau, além gerar maior onerosidade a todos.

Cumpre frisar, ainda, que todos os envolvidos na lide (autora e réus) poderiam ter levantado tal questão até o encerramento da instrução processual, que não foi curta e abriu várias oportunidades de manifestação das partes, porém não o fizeram, sabe-se lá por qual motivo.

Nesse esteio, bem decidiu o magistrado de primeiro grau. Vejam-se:

"...De fato, compulsando-se os autos, denota-se que as corrés Claudia Sant'Anna e Claudia Fernandes, conforme exposto em fls. 1819 não

Acesso ao Sumário

foram citadas. Assim, a fim de evitar maiores prejuízos à celeridade processual e a duração razoável do processo, conforme o art. 5º, LXXVIII da Constituição Federa, para não protelar o andamento do feito que data de 2009, já sentenciado em vista de as partes também não se manifestarem anteriormente à respeito, inclusive a autora, denotando-se grande complexidade nos autos, declaro a extinção do processo sem solução do mérito em relação apenas a tais rés não citadas, Claudia Sant'Anna e Claudia Fernandes, nos termos do art. 267,IV do Código de Processo Civil....'' (fls. 1834)

Ora, não há como decretar uma nulidade neste momento processual apenas para postergar mais o feito e beneficiar as partes que tiveram, contra si, uma sentença condenatória e inúmeras oportunidades de apontar as irregularidades que entendiam existir no feito e não o fizeram.

Além disso, os apelantes/réus poderão propor a devida ação em face das advogadas Claudia Sant'Anna e Claudia Fernandes a fim de cobrar das mesmas a parte que lhes for cabível.

Em relação às alegações da autora, é evidente que não houve a citação das requeridas Claudia Sant'Anna e Claudia Fernandes, como bem se verifica às fls. 90/91, onde as cartas de citação foram devolvidas ao remetente, sendo que a própria pessoa mencionada pela requerente, Sr. Carlos Paulini é quem deu a informação de que as mesmas eram desconhecidas no local.

Dessa forma, não há como reconhecer a citação das rés e em consequência não há que se falar em decretação de revelia de Claudia Sant'Anna e de Claudia Fernandes.

Também não comporta o acolhimento da preliminar de cerceamento de defesa como pretende a corré Daniela em virtude de irregularidades na transcrição do depoimento da testemunha Claudio Costa colhido por estenotipia, uma vez que, instada a prestar esclarecimentos, a estenotipista certificou às fls. 1746 a falha na transcrição de fls. 1728/1734, apresentando a transcrição devidamente retificada conforme se verifica às fls. 1747/1753.

Acesso ao Sumário

Ora, se após a retificação da transcrição, a apelante Daniela não concorda com as respostas da testemunha Claudio quando inquirido sob compromisso, não há como modificar o seu conteúdo ou reconhecer o pretendido cerceamento de defesa. Frise-se, ainda, que o aludido testemunho não foi sequer mencionado na r. sentença de primeiro grau como embasamento para a procedência da ação em relação à recorrente, nos parecendo totalmente desnecessária a sua pretensão de reconhecimento de cerceamento de defesa e nova inquirição da aludida testemunha.

Em relação às alegações de ilegitimidade de partes suscitadas pela ré Daniela em suas razões recursais e no agravo retido devidamente reiterado, pelos

corréus Clayton e Aline, bem como pela autora que pretende o reconhecimento da legitimidade passiva da ré Maria Lucia, tais questões se confundem com o mérito e com o mesmo serão analisadas.

Quanto ao pedido de concessão dos benefícios da justiça gratuita à apelante Daniela Colangelo de Aveiro Iasi, tal pleito deve ser indeferido.

Com efeito, é certo que o artigo 4º, da Lei nº 1.060/50, estabelece que:

"Art. 4º. A parte gozará dos benefícios da assistência judiciária gratuita, mediante simples afirmação na própria petição inicial, de que não está em condições de pagar as custas do processo e os honorários de advogado, sem prejuízo próprio ou da família."

No entanto, o simples requerimento do benefício da assistência judiciária não implica no seu deferimento obrigatório, pois como dispõe o art. 5º da Lei 1.060/50, pode o juiz indeferi-lo, se existente fundada dúvida sobre a situação econômica do requerente do benefício.

Nesse sentido, o seguinte aresto desta Corte de Justiça:

"ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA - INDEFERIMENTO DE OFÍCIO - CAPACIDADE FINANCEIRA PARA SUPRIR DESPESAS DO PROCESSO - EXISTÊNCIA DE ELEMENTOS NOS AUTOS - NECESSIDADE. Não está o juiz obrigado a aceitar a declaração de insuficiência econômica para obtenção do benefício da assistência judiciária, se estiverem presentes nos autos circunstâncias que evidenciem ter a parte requerente condições de suportar as despesas do processo, sem prejuízo do sustento seu e de sua família. (AI 644.312-00/2 - 2ª Câm. - Rel. Juiz NORIVAL OLIVA - J. 7.8.2000)"

Sobre o assunto também já decidiu o Colendo Superior Tribunal de Justiça que:

"O benefício da gratuidade não é amplo e absoluto. Não é injurídico condicionar o Juiz a concessão da gratuidade à comprovação da miserabilidade jurídica alegada, se a atividade exercida pelo litigante faz, em princípio, presumir não se tratar de pessoa pobre" (REsp. nº 178.244-RS, Rel. Min. Barros Monteiro).

Justiça Gratuita - A Constituição Federal (art. 5º, inc. LXXIV) e a Lei nº 1.060/50 (art. 5º) conferem ao Juiz, em havendo fundadas razões, o poder de exigir do pretendente à assistência judiciária a prova da insuficiência de recursos. Recurso Improvido" (ROMS nº 2.938 - RJ, Rel. Min. Antônio Torreão Braz)".

No presente caso, a apelante Daniela, que embora alegue não mais exercer a profissão, é advogada e proprietária de comércio em região nobre da Capital/SP (fls. 1594/1597), e não traz documentos que comprovem sua miserabilidade, presume-se que se encontra nos parâmetros medianos da divisão

Acesso ao Sumário

socioeconômica da classe média, a qual, evidentemente, não sofre na pele e no estômago o desembolso das despesas necessárias para custear a ação judicial, destinando-se o benefício às classes menos privilegiadas.

Observe-se que o simples fato de alegar que não mais exerce a profissão de advogada não indica a presença dos requisitos para a concessão do benefício à apelante Daniela, na medida em que trouxe para os autos a comprovação de que atua no ramo do comércio, demonstrando assim que aufere renda.

Assim, não nos parece sincero o pedido de justiça gratuita sob o argumento de que o pagamento do preparo recursal possa trazer prejuízos ao sustento da apelante e de sua família.

Consequentemente, não comprovado o estado de necessidade, comprovação esta exigida no preceito constitucional citado, descabe a concessão da justiça gratuita pleiteada, não bastando a simples declaração de necessidade se esta, à primeira vista, se apresenta destoante da realidade.

Dessa forma, havendo elementos nos autos capazes de ilidir, de forma objetiva, a presunção decorrente da mera declaração sobre a falta de possibilidade de custear o processo, estão presentes as fundadas razões que autorizam o indeferimento do pedido de gratuidade processual, conforme inteligência do art. 5º, da Lei 1.060/50.

No mérito, o recurso da autora não comporta provimento, devendo prosperar parcialmente os apelos dos réus.

Consta dos autos que a autora contratou os serviços profissionais do escritório de titularidade do corréu Celio Rodrigues Pereira para propor ação trabalhista contra o Hospital das Clínicas juntamente com mais 05 (cinco) colegas de trabalho (fls. 25/29), sendo julgada procedente a demanda.

Ocorre que, na fase de execução, as demais reclamantes receberam suas respectivas indenizações, não tendo a autora recebido a sua parte em razão da não apresentação de cálculos de liquidação em seu nome, sendo que, de um lado, a autora alega que o escritório perdeu os holerites necessários para o cálculo sem ter solicitado que a mesma apresentasse-os novamente e, de outro lado o requerido Celio atribui a culpa à autora que não efetuou o pagamento do contador para a devida elaboração do cálculo de liquidação.

E, em virtude da apontada desídia, a autora nomeou outra patrona nos autos para a apresentação do cálculo e o recebimento da verba trabalhista que, de acordo com a inicial, está para se concretizar através de recebimento de precatório.

No presente caso, o cerne da controvérsia é a eventual desídia dos patronos da autora na condução do processo trabalhista, mais precisamente na fase de execução, bem como de quais os réus seria a responsabilidade pela apontada desídia.

Acesso ao Sumário

Pela análise detida dos autos, verifica-se que inicialmente a autora outorgou instrumento de mandato aos advogados Celio Rodrigues Pereira, Maria Lucia Dutra Rodrigues Pereira, Clayton Jorge Belardinelli e Claudia Sant'Anna para proporem a ação trabalhista em maio/1994 (fls. 24/29), sendo que o feito tramitou durante 04 (quatro) anos quando se iniciou a longa fase de execução em novembro/1998 (fls. 31) que perdurou até o recebimento dos precatórios pelas litisconsortes em março/2009 (fls. 41/42).

Observa-se, ainda, que na fase de execução do julgado trabalhista, o corréu Celio substabeleceu com reservas os poderes conferidos pela autora às corres Aline C. Panza Mainieri (fls. 37/38) e Daniela Colangelo de Aveiro (fls. 39).

Na primeira sessão do julgamento desta causa, observara este relator que, por mais que as apelantes Aline e Daniela pretendam esquivar-se de responsabilidades, a verdade é que as mesmas receberam, através dos substabelecimentos, iguais poderes conferidos aos demais advogados até então constituídos, podendo atuar livremente no processo da autora, exatamente na fase de execução da sentença trabalhista, onde ocorreu a inescusável culpa por negligência dos advogados que nela não incluíram a autora, também vencedora da ação.

Ainda na mesma sessão, antes da suspensão do julgamento para reestudo dos autos, a pedido da eminente Desembargadora Rosa Maria de Andrade Nery, observara esta com percuciência e sabiamente que era necessária a distinção entre a atuação dos advogados diretamente contratados para a prestação dos serviços e responsáveis pela causa e aqueles substabelecidos para atuações pontuais, embora ligados funcionalmente ao mesmo escritório de advocacia, salvo evidenciada culpa determinante do dano causado à autora e isso levou o 3º Juiz, o eminente Desembargador Leonel Costa, a pedir subsequente vista dos autos.

A sábia e percuciente observação da eminente Revisora também levou este Relator a reexaminar os autos compostos de 11 cansativos volumes e constatar que não se vislumbra neles nenhum ato praticado pelas advogadas Daniela e Aline, de sorte que não se pode atribuir a elas qualquer dose de culpa pelo dano sofrido pela autora e embora substabelecidas, com reserva de poderes, não estavam a prestar serviços diretamente a ela, autora, e sim ao escritório de advocacia, para a prática de atos pontuais que exigem assinatura do advogado ou estagiário, em livro carga, como exame e retirada de autos de cartório ou extração de xerocópias, mas nem mesmo isto restou comprovado nos autos.

Assim, a existência dos substabelecimentos, com reserva de poderes, de fls. 38 e 39, por si só, comprovam apenas que as advogadas Aline e Daniela podiam atuar no processo trabalhista, na fase de sua execução, mas não que

Acesso ao Sumário

tivessem atuado ou deixado de atuar, causando culposamente prejuízo à Autora.

Por plausíveis, merecem acolhimento as teses de defesa por elas apresentadas de que a corré Daniela era apenas atuante na área previdenciária e que a corré Aline era somente correspondente do escritório nas causas em trâmite nas comarcas do interior do Estado de São Paulo e por tais motivos não atuaram na ação da autora.

Assim, modificando meu voto originário, acolho a preliminar de ilegitimidade passiva levantada pela corré Aline Cristina Panza Mainieri e dou provimento ao agravo retido de fls 1.631/1.636 reiterado pela corré Daniela Colangelo Aveiro, com pleito de reconhecimento de ilegitimidade passiva, para excluí-las do polo passivo da ação.

Em relação ao corréu Clayton, não há que se falar em reconhecimento de sua ilegitimidade passiva.

Isto porque, de acordo com todo o conjunto probatório amealhado, restou indubitável a sua participação na captação de clientes funcionários do Hospital das Clínicas (fls. 1940/1941), bem como no processo trabalhista da autora, conforme procuração de fls. 24, petição inicial assinada em conjunto com o corréu Celio (fls. 148/152), petições (fls. 1443), participação em audiência para o recebimento dos precatórios das litisconsortes (fls. 41/42).

Além disso, a prova testemunhal também foi no sentido de que o corréu Clayton participou do processo da autora, tendo inclusive recebido os documentos da litisconsorte Janete para a elaboração dos cálculos, conforme informação de fls. 1705 do seu depoimento (fls. 1698/1708). Igualmente as testemunhas Carlos Fernando (fls. 1790/1715) e Maria Vilma (fls. 1716/1722) também informaram que o correu Clayton tinha atuava conjuntamente com o correu Celio.

Assim, restou cabalmente demonstrado que o correu Clayton, além de constar no instrumento de mandato outorgado pela autora, atuou como seu patrono no processo.

Acesso ao Sumário

Quanto à corré Maria Lucia, não assiste razão a autora, pois, como bem salientado pelo ilustre magistrado sentenciante, embora seu nome tenha constado no mandato de fls. 34, a mesma comprovou cabalmente que não atuou no processo por não estar residindo no país (fls. 113/139), tendo apenas comparecido à audiência dos precatórios das litisconsortes no ano de 2009 (fls. 41/42).

Neste passo, se a desídia dos serviços de advocacia contratados se deu na fase de execução (apresentação da conta de liquidação da autora) e a corre Maria Lucia sequer se encontrava no Brasil desde o processo de conhecimento, nos parece que de fato a mesma não pode vir a ser demandada na presente ação.

E, ao contrário do que alegou a autora, não há qualquer prova nos autos

de que a corré Maria Lucia tenha estado ao lado de seu genitor Celio como advogada durante o processo da autora, tanto na fase de conhecimento, como na de execução.

Assim, é evidente a responsabilidade do advogado que consta no instrumento de mandato, porém, havendo comprovação inequívoca de que a corré Maria Lucia não atuou no processo, pois sequer residia no país quando os atos processuais se deram, de rigor o reconhecimento da sua ilegitimidade passiva.

Quanto à apuração acerca da desídia praticada pelos patronos da autora na ação trabalhista, não há dúvidas que tal conduta reprovável restou configurada.

Isto porque, incontroverso que não houve a apresentação da conta de liquidação em nome da autora no ano de 1998, o que prejudicou o seu recebimento dos valores que lhe são devidos juntamente com as demais litisconsortes daquela demanda.

E, embora os requeridos tentem atribuir à autora a culpa por não ter entregue no momento adequado os holerites para o cálculo no ano de 1998, quando os mesmos foram elaborados e informado o juízo os valores para pagamento (fls. 31), a verdade é que cabia aos advogados as providências no sentido de fazer contato com a autora para que a mesma lhes fornecesse a documentação necessária.

Cabia ainda, em caso de silêncio da autora, a adoção de meios formais para a demonstração da tentativa de contato sem sucesso a fim de se resguardarem de eventual queixa posterior.

Entretanto, não foi isso que os requeridos demonstraram.

Restou comprovado, ainda, que ao saber da apresentação dos cálculos para as demais litisconsortes, a autora procurou os réus no ano de 2002 e entregou-lhes os documentos para a elaboração do cálculo e requerimento de pagamento. O recibo de fls. 30 é claro ao comprovar o recebimento dos extratos para a juntada no processo em 18/07/2002.

Porém, mesmo decorrido muito tempo da apresentação dos cálculos das demais litisconsortes, não foi juntada a aludida documentação nos autos e somente no ano de 2006 é que foi peticionado ao juízo trabalhista informando o equívoco e requerendo abertura de prazo para a apresentação dos cálculos.

Ora, não é admissível que os profissionais tenham recebido os documentos no ano de 2002 e não providenciaram a juntada aos autos, deixando decorrer um lapso temporal de mais de 04 (quatro) anos para, após a insistência da autora, vir em juízo informar que houve um equívoco.

E não há que se falar que os cálculos não foram apresentados porque a autora não efetuou o pagamento dos honorários do contador para a devida elaboração, pois toda a prova existente nos autos (documental e testemunhal) é

Acesso ao Sumário

no sentido de que não houve a cobrança de tais honorários.

É o que afirma a litisconsorte Janete em seu depoimento:

"MM. JUIZ: A senhora pagou pelos cálculos?

DEPOENTE: Não." (fls. 1704)

A prova testemunhal também foi conclusiva no sentido de demonstrar que a autora sempre fazia contato telefônico com o correu Celio, conforme depoimento da testemunha Cristina às fls. 1693, para saber se o processo se encontrava em regular andamento.

Assim, não há que se falar em culpa da autora, muito pelo contrário, a desídia se deu por parte dos réus que não atuaram de forma diligente na fase de execução da ação trabalhista, retardando em muitos anos o recebimento dos valores que ali lhe são devidos, uma vez que o pagamento se dará através de precatórios.

E é evidente que retardar o recebimento de uma indenização que compreendeu muitos anos de trabalho e dedicação da autora se traduz em evidente a lesão moral causada ao cliente por culpa e negligência dos causídicos.

De qualquer forma é até intuitivo que aquele que contrata, confia e paga o profissional e não obtém a prestação desse serviço no tempo que era esperado, por negligência dos advogados, resta lesado em sua tranquilidade psíquica e emocional, com perda da paz de espírito.

Some-se a tal desencanto, o ressentimento de ludibrio, de amargor, de ofensa, de deslealdade, para concluir-se que a paz da alma e do espírito foram abaladas, e estes são danos morais puros, pois causam dor e tristeza psíquicas, que independem de prova.

Assim, os advogados que não prestam os serviços contratados no devido tempo, por negligência, subtraindo do cliente a oportunidade de receber o que lhe é devido, juntamente com os demais litisconsortes, devendo aguardar por longo tempo o pagamento, eis que por precatório, causa desencanto, frustração, dor e tristeza que, por relacionados com o psíquico e o espírito humano, são danos morais puros e independem de prova.

Acesso ao Sumário

Neste sentido, jurisprudência trazida a colação, veja-se:

"Indenização - Mandato - Justiça gratuita - Ausência dos seus requisitos formais legitimadores - Indeferimento. Atuação do causídico desidiosa, descuidada e despreparada tecnicamente - Conduta culposa e passível de responsabilização comprovada - Dever de compor os prejuízos advindos de seus erros". (Ap. c/ Rev. n° 789.123-0/9, Relator Desembargador ANDREATTA RIZZO - 26ª Câmara, j. 31.10.2005).

"AÇÃODEINDENIZAÇÃO-CONDUTADESIDIOSADOADVOGADO - PREJUÍZO CAUSADO AO CONSTITUINTE - INDENIZAÇÃO

DEVIDA - DANO MORAL - PEDIDO A SER DEDUZIDO EM AÇÃO AUTÔNOMA – RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO. A própria natureza do contrato de mandato impõe ao causídico o dever de agir com extrema diligência na defesa dos interesses de seu constituinte, levando a causa às últimas consequências, respeitados os limites legais, utilizando-se dos recursos postos à sua disposição pela lei processual, mormente quando vislumbrar a oportunidade concreta de reverter a situação desfavorável imposta a seu cliente. Se assim não o faz, caracterizada está a figura da 'perda de uma chance', ensejando indenização por danos materiais e morais". (Ap. c/ Rev. nº 761.878-0/2, Relator Desembargador RENATO SARTORELLI - 26ª CÂMARA, j. 13.12.2006).

E para a fixação da indenização pelo dano moral, como já tivemos a oportunidade de decidir[1] cabe ao juiz nortear-se pelo princípio da razoabilidade, para não aviltar a pureza essencial do sofrimento que é do espírito, evitando a insignificância que o recrudesce ou o excesso que poderia masoquisá-lo.

Nesse sentido, o Colendo Superior Tribunal de Justiça, no julgamento publicado na RSTJ 112/216, com voto condutor do eminente Ministro SÁLVIO DE FIGUEIREDO, bem ponderou:

"Na fixação da indenização por danos morais, recomendável que o arbitramento seja feito com moderação, proporcionalmente ao grau de culpa, ao nível socioeconômico dos autores, e, ainda, ao porte da empresa recorrida, orientando-se o juiz pelos critérios sugeridos pela doutrina e pela jurisprudência, com razoabilidade, valendo-se de sua experiência e do bom senso, atento à realidade da vida e às peculiaridades de cada caso".

É o que afirma, noutras palavras, o eminente Des. Rui Stoco, citando lição do Prof. Caio Mário da Silva Pereira, no sentido de que a indenização não pode ser ***"nem tão grande que se converta em fonte de enriquecimento, nem tão pequena que se torne inexpressiva"*** **(*in* Responsabilidade Civil, RT, 3ª edição, pag. 524).**

Assim, levando-se em consideração as circunstâncias do caso concreto, com as repercussões pessoais e sociais, além dos inconvenientes naturais suportados pela autora, a indenização pelos danos morais deve ser mantida no valor fixado pelo juízo sentenciante, uma vez que referida quantia mostra-se suficiente para confortar o abalo indevidamente experimentado pela autora e, ao mesmo tempo, desestimular a conduta indiligente dos réus.

De outro lado, não há se falar em indenização por danos materiais se não

1 Ap. s/ Rev. 563.866-00/7 - 2ª Câm. - extinto 2º TAC - Rel. Juiz FELIPE FERREIRA - J. 7.2.2000; AI 719.075-00/2 - 2ª Câm. - extinto 2º TAC - Rel. Juiz FELIPE FERREIRA - J. 17.12.2001.

Acesso ao Sumário

restou demonstrado que a autora perdeu o direito ao recebimento da indenização no processo em que os réus atuaram, muito pelo contrário, pois na inicial a própria autora alega que ainda receberá sua indenização no processo trabalhista.

Assim, se não houve a comprovação da perda do direito da autora nos autos da ação trabalhista em que os réus atuaram como seus patronos, sendo que a mesma receberá naqueles autos a indenização a que faz jus, não nos parece justo que os réus arquem com o pagamento de tal valor pretendido a título de dano material.

Em relação à forma de atualização, observa-se que incide na espécie os termos da Súmula 362, do Colendo Superior Tribunal de Justiça, isto é, a atualização monetária da condenação por danos morais terá como termo inicial a data da prolação da sentença.

No que tange ao termo inicial dos juros moratórios, este deve se dar a partir da data do arbitramento dos danos morais, conforme recente entendimento do Superior Tribunal de Justiça em caso de dano moral, tendo-se em consideração os seguintes elementos:

> ***"8. A indenização por dano moral puro (prejuízo, por definição, extrapatrimonial) somente passa a ter expressão em dinheiro a partir da decisão judicial que a arbitrou. O pedido do autor é considerado, pela jurisprudência do STJ, mera estimativa, que não lhe acarretará ônus de sucumbência, caso o valor da indenização seja bastante inferior ao pedido (Súmula 326).***
>
> ***Assim, a ausência de seu pagamento desde a data do ilícito não pode ser considerada como omissão imputável ao devedor, para o efeito de tê-lo em mora, pois, mesmo que o quisesse, não teria como satisfazer obrigação decorrente de dano moral, sem base de cálculo, não traduzida em dinheiro por sentença judicial, arbitramento ou acordo (CC/1916, art. 1064). Os juros moratórios devem, pois, fluir, no caso de indenização por dano moral, assim como a correção monetária, a partir da data do julgamento em que foi arbitrada a indenização, tendo presente o magistrado, no momento da mensuração do valor, também o período, maior ou menor, decorrido desde o fato causador do sofrimento infligido ao autor e as consequências, em seu estado emocional, desta demora." (REsp Nº 903.258/RS, rel. Ministra Maria Isabel Gallotti, DJE 17/11/2011).***

E constou no corpo do referido voto:

> ***"Dessa forma, no caso de pagamento de indenização em dinheiro por dano moral puro, entendo que não há como considerar em mora o devedor, se ele não tinha como satisfazer obrigação pecuniária não fixada por sentença judicial, arbitramento, ou acordo entre as partes.***

Acesso ao Sumário

Incide, na espécie, o art. 1064 do Código Civil de 1916, segundo o qual os juros de mora serão contados 'assim às dívidas de dinheiro, como às prestações de outra natureza, desde que lhes seja fixado o valor pecuniário por sentença judicial, arbitramento, ou acordo entre as partes.' No mesmo sentido, o art. 407 do atual Código Civil."

Dessa forma, os juros moratórios e a correção monetária da condenação pelos danos morais devem incidir somente a partir do arbitramento.

Por fim, não é o caso de carrear aos réus o pagamento da integralidade da verba sucumbencial, uma vez que é evidente que a parcial procedência da ação implica em sucumbência recíproca, já que conforme previsão expressa do Código de Processo Civil:

"Art. 21 - Se cada litigante for em parte vencedor e vencido, serão recíproca e proporcionalmente distribuídos e compensados entre eles os honorários e as despesas".

Assim, em razão da sucumbência recíproca, cada parte deverá arcar com o pagamento das custas e despesas processuais a que deu causa, bem como com os honorários advocatícios de seus respectivos patronos.

Ante o exposto, acolho a preliminar e dou provimento ao agravo retido para reconhecer a ilegitimidade passiva de Aline Cristina Panza Mainieri e de Daniela Colangelo Aveiro para extinguir o processo, sem resolução do mérito, quanto a elas, com fundamento no artigo 267, VI, do CPC, condenada a Autora na verba honorária de R$ 500,00 para cada uma delas, observada a condição de beneficiária da assistência judiciária e negar provimento ao recurso da autora, dando-se parcial provimento aos apelos dos réus para excluir da condenação o pagamento da indenização por danos materiais e manter a indenização por danos morais no valor fixado no julgado de primeiro grau, com juros e correção monetária incidentes a partir da condenação e, em razão da sucumbência recíproca, cada parte deverá arcar com o pagamento das custas e despesas processuais a que deu causa, bem como com os honorários advocatícios de seus respectivos patronos, observada a gratuidade processual concedida à autora.

Acesso ao Sumário

Cautelares Inominadas

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Cautelar Inominada nº 2140357-11.2014.8.26.0000, da Comarca de Cotia, em que é autora ELIANE REGINA DE OLIVEIRA HAHN, é réu KING REPA TRADING (S) PTE. LTD.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 17ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Indeferiram. V.U.", de conformidade com o voto do relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 20511)**

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

São Paulo, 4 de dezembro de 2014.

HENRIQUE NELSON CALANDRA, Relator

Ementa: MEDIDA CAUTELAR INOMINADA. Ajuizamento em segundo grau contra acórdão que não conheceu de agravo de instrumento tirado em ação ordinária de cobrança que determinou que fossem depositados nos autos da execução os alugueres vincendos que vinham sendo percebidos pela executada. Descabimento da utilização da presente medida cautelar para conferir efeito suspensivo ao Recurso Especial buscando suspender a execução. Inadequação da via eleita. Indeferimento da inicial.

VOTO

Trata-se de Medida Cautelar Inominada proposta nos autos do Recurso Especial interposto nos autos do Agravo de Instrumento nº 2025842-94.2013.8.26.0000 buscando a concessão de efeito suspensivo a fim de que seja suspenso o andamento da execução até o julgamento do Recurso Especial.

Alega a autora que apenas ingressou nos autos em 20/09/2013, quando a ação ordinária de cobrança já se encontrava em fase de execução. Aduz que em razão de decisão que determinou a desconsideração da personalidade jurídica da empresa foi penhorado o único imóvel dos sócios da executada. Alega que a despeito do imóvel estar locado constitui a única fonte de renda da família. Inconforma-se com a r. decisão que determinou que a locatária deposite nos autos todos os alugueres vincendos até a liquidação integral do débito. Insiste que não se fazem presentes os requisitos autorizadores da desconsideração da personalidade jurídica da empresa. Pede que lhe sejam deferidos os benefícios da gratuidade de justiça. Requer a concessão de efeito suspensivo ao Recurso Especial.

Acesso ao Sumário

Ao receber a presente Medida Cautelar Inominada a Dra. Rosangela Telles, então relatora do feito, determinou à autora que promovesse o carregamento eletrônico na ordem em que os documentos deverão aparecer no processo, nomeados de acordo com a listagem disponibilizada no sistema informatizado,

nos termos da Resolução nº 551/2011, expedida pelo Órgão Especial do Egrégio Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, no prazo de 48 horas (fls. 692).

Após resposta da Autora (fls. 695/696) os autos me vieram conclusos.

É o relatório.

A Autora utiliza-se da presente Medida Cautelar Inominada para buscar a concessão de efeito suspensivo ao Recurso Especial interposto Agravo de Instrumento nº 2025842- 94.2013.8.26.0000, que já foi julgado pela 17ª Câmara de Direito Privado em 20/03/2014, não tendo sido conhecido, por votação unânime (fls. 605/608), tendo os Embargos de Declaração nº 2025842-94.2013.8.26.0000/50000 sido rejeitados por votação unânime em 05/06/2014 (fls. 625/628).

Assim, em que pese os argumentos da autora, há ausência de interesse processual para obter o resultado pretendido e defender o seu direito, pois já se utilizou no momento oportuno dos instrumentos processuais próprios, sendo descabido o manejo da cautelar.

Nesse passo, da análise dos autos, observo que a ação ordinária de cobrança foi proposta em novembro de 2001 (fls. 23/168), tendo em 15/09/2011 sido determinada a desconsideração da personalidade jurídica do Laboratório Itafarma Ltda. em que a autora figura como sócia (fls. 404). Ou seja, apesar da autora Eliane alegar que apenas tomou conhecimento dos fatos em 20/09/2013, a empresa, da qual é sócia (Laboratório Itafarma Ltda.), vinha litigando com a Ré há mais de uma década, na ação de cobrança que tramita pela 2ª Vara Cível da Comarca de Cotia, e está em fase de execução.

Como se sabe, é princípio vigente na execução que a propositura de qualquer ação relativa ao débito constante do título executivo não inibe o credor de promover-lhe a execução, princípio que repercute com maior intensidade no cumprimento de sentença.

Por outro lado, majoritária a jurisprudência, inclusive do E. Superior Tribunal de Justiça, no sentido de não ser cabível medida cautelar para impedir que a parte contrária ingresse em juízo com a ação ou a execução que tiver contra o requerente.

Em v. acórdão relatado pelo Min. Sálvio de Figueiredo no REsp n° 341.084 restou decidido: "*O poder geral de cautela não tem o condão de impedir ao credor a execução do seu título até o trânsito em julgado de ação de conhecimento*".

E mais,

"*O poder geral de cautela não é ilimitado, não sendo possível o deferimento de medida cautelar para impedir o credor de executar o seu título até o trânsito em julgado de ação ordinária*" (REsp 204.231-RJ, rel. Min. Menezes Direito).

Acesso ao Sumário

Inapropriada, pois, a via eleita da ação cautelar.

Ademais, não se pode pretender a suspensão do processo de execução com fundamento no art. 265, inc. IV, letra "a", do CPC, pela cautelar inominada, não apenas pela inexistência de sentença de mérito na ação de execução, mas também em função do art. 791, inc. II, do mesmo diploma legal não contemplar a hipótese.

Portanto, sob qualquer ângulo que se analise a medida, incorreta a via eleita, sendo de rigor o indeferimento da petição inicial.

Ante o exposto, indefiro a petição inicial e declaro extinto o processo, sem julgamento do mérito, nos termos dos artigos 295, inciso III, e 267, inciso I, do Código de Processo Civil.

Int.

Embargos de Declaração

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Embargos de Declaração nº 0002351-50.2011.8.26.0554/50002, da Comarca de Santo André, em que é embargante ALAOR ANTONIO DE OLIVEIRA (JUSTIÇA GRATUITA), é embargado ASSOCIAÇÃO COMERCIAL DE SÃO PAULO – ACSP.

ACORDAM, em 5ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Acolheram os embargos e, no mérito, negaram provimento ao recurso, V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 27267)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores ERICKSON GAVAZZA MARQUES (Presidente) e FÁBIO PODESTÁ.

São Paulo, 5 de novembro de 2014.

A.C.MATHIAS COLTRO, Relator

Ementa: Embargos Declaratórios fundados em omissão - Ausência de manifestação sobre o mérito do apelo interposto pelo demandante, após a douta maioria afastar a preliminar de ilegitimidade passiva reconhecida, *ex officio*, pelo Relator Sorteado - Indenização por danos morais - Inclusão do nome do

Acesso ao Sumário

autor no rol de maus pagadores do SCPC, efetivado, diretamente, por instituição financeira - Autor que, todavia, não demonstrou ter requerido a baixa da indevida anotação junto à requerida - Impossibilidade de se imputar à ré a prática de ato lesivo ao autor - Pedido improcedente - Sentença mantida - Embargos acolhidos, para o fim de julgar o mérito da apelação interposta pelo autor, negando-se provimento ao reclamo.

VOTO

Embargos de declaração do autor: fls. 187/194 e 152/155.

Fundamentos e objetivos dos declaratórios: omissão no tocante à apreciação dos pedidos de cancelamento da inscrição no órgão de proteção ao crédito e de indenização pelos danos morais decorrentes da indevida negativação do nome do demandante.

Embargos de declaração da ré: fls. 157/159.

Fundamentos e objetivos: contradição, uma vez que a sentença resolveu o mérito da demanda e, nesta instância, por maioria de votos, foi reconhecida a legitimidade da ré para figurar no polo passivo da lide.

Acórdão: fls. 167/174.

É o relatório necessário.

Por tempestivos, são os embargos conhecidos e acolhidos, para o fim de ser resolvido o mérito do apelo do demandante.

Em verdade, a douta maioria ao reconhecer a legitimidade da ré para figurar no polo passivo da demanda, divergindo do quanto ponderado pelo eminente relator sorteado, por lapso, olvidou-se de resolver o mérito do apelo interposto pelo autor, o que se faz, nesse momento, a fim de que a prestação jurisdicional seja efetivamente entregue às partes.

Segundo o narrado na inicial, o demandante firmou, com o Banco Santander, contrato de renegociação de dívidas que estavam pendentes, para pagamento em 36 parcelas mensais, no valor de R$ 150,48 cada uma, com vencimento a partir de 23 de janeiro de 2009 (fls. 15).

Entretanto e mesmo com o pagamento pontual de cada uma das prestações, o nome do autor foi encaminhado ao cadastro de inadimplentes do SCPC, em 25.11.2010, por suposto atraso no adimplemento das referidas parcelas, acarretando a impossibilidade de compras a crédito no comércio.

Em 11.01.2011, o autor teria comparecido na unidade da associação comercial, em Santo André, e verificado que o apontamento foi ordenado pelo

Acesso ao Sumário

Banco Santander. Muito embora tenha levado documentos comprovando a pontualidade dos pagamentos, a requerida não providenciou a baixa na anotação, no prazo legal.

Assim, postulou a imposição da obrigação de exclusão do seu no nome do rol de inadimplentes, bem como a condenação da demandada ao pagamento de indenização pelos danos morais.

De seu turno, a requerida sustentou que o autor não compareceu ao seu balcão de atendimento. Ao contrário, o demandante esteve na ACISA, instituição que não se confunde com a ré. Dessa forma, não poderia a demandada providenciar a baixa no apontamento, efetivada diretamente pelo Banco Santander, por meio eletrônico.

Em que pese o argumentado pelo recorrente, tem-se que o apelo não comporta provimento, quanto ao mérito.

Como bem assinalado pelo egrégio juízo, o autor não formulou qualquer pedido junto à ré ou junto à ACISA, com vistas à regularização do apontamento, constando, apenas, ter ele realizado consulta no balcão de atendimento da ACISA (Associação Comercial de Santo André fls. - 23/24).

Desse modo, inexistindo prova do pedido de baixa na anotação e do respectivo indeferimento, não se há imputar à demandada responsabilidade pela mantença do nome do autor no rol de inadimplentes.

Por outro lado e como bem decidido em primeiro grau, razoável a exclusão do nome do autor do cadastro de maus pagadores, tendo em vista a prova da pontualidade dos pagamentos das parcelas do acordo entabulado com o Banco Santander.

Destarte, ficam acolhidos os embargos opostos pelas partes, para o fim de julgar o mérito do apelo interposto pelo autor, negando-se provimento ao reclamo, mantida a sentença tal qual prolatada.

Ante o exposto, acolhem-se os embargos declaratórios, nos termos enunciados.

Acesso ao Sumário

Reexames Necessários

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Reexame Necessário nº 0001369-80.2013.8.26.0452, da Comarca de Ipauçu, em que é recorrente JUÍZO "EX OFFICIO", é recorrido JEAN MARCEL CORDEIRO CARRIEL

(JUSTIÇA GRATUITA).

ACORDAM, em 35ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Julgaram prejudicado o recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 8497)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores MELO BUENO (Presidente) e LEONEL COSTA.

São Paulo, 29 de setembro de 2014.

MORAIS PUCCI, Relator

Ementa: Mandado de Segurança. Prestação de serviços educacionais. Entidade de ensino superior. Ato praticado por diretor dessa entidade. Retenção de documentos escolares pelo estabelecimento de ensino. Ato praticado no exercício de função delegada pela União. Matéria de competência da Justiça Federal. Nulidade da sentença reconhecida de ofício. Remessa dos autos à Vara Federal competente. Recurso prejudicado.

VOTO

A r. sentença proferida a fls. 67/67v. destes autos de mandado de segurança, impetrado por **JEAN MARCEL CORDEIRO CARRIEL** contra ato do **DIRETOR DO INSTITUTO TECNOLÓGICO DO SUDOESTE PAULISTA SYLVESTRE FERRAZ EGREJA (INTESP)**, concedeu o *writ* para determinar a entrega dos documentos escolares do aluno.

Sem interposição de recurso voluntário, os autos vieram a esta instância para o reexame necessário.

Aberta vista ao Ministério Público, afirmou ele seu desinteresse no acompanhamento do feito (fl. 63).

É o relatório.

Versam os autos sobre mandado de segurança impetrado contra do diretor de instituição de ensino superior que negou a entrega ao impetrante de seu histórico escolar e programa de disciplinas por ele cursadas.

Compete à Justiça Federal processar e julgar mandado de segurança contra ato de dirigente de estabelecimento de ensino superior particular tutelado pelo Ministério da Educação visto que aquela autoridade, nessa condição, pratica ato delegatório pela União, nos termos do § 1º do art. 1º da Lei nº 12.016/209.

Nesse sentido, menciono os seguintes precedentes do STJ:

Acesso ao Sumário

ADMINISTRATIVO. PROCESSUAL CIVIL. INSTITUIÇÃO DE ENSINO SUPERIOR. EDUCAÇÃO À DISTÂNCIA. REGISTRO DE DIPLOMAS CREDENCIAMENTO DA INSTITUIÇÃO DE ENSINO SUPERIOR PELO MINISTÉRIO DA EDUCAÇÃO. INTERESSE DA UNIÃO. INTELIGÊNCIA DA LEI DE DIRETRIZES E BASES DA EDUCAÇÃO. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA FEDERAL.

(...)

3. Nos termos da jurisprudência já firmada pela 1ª Seção deste Sodalício, em se tratando da competência para processar e julgar demandas que envolvam instituições de ensino superior particular, é possível extrair as seguintes orientações, quais sejam: (a) caso a demanda verse sobre questões privadas relacionadas ao contrato de prestação de serviços firmado entre a instituição de ensino superior e o aluno, tais como, por exemplo, inadimplemento de mensalidade, cobrança de taxas, desde que não se trate de mandado de segurança, a competência, via de regra, é da Justiça Estadual; e, (b) ao revés, sendo mandado de segurança ou referindo-se ao registro de diploma perante o órgão público competente - ou mesmo credenciamento da entidade perante o Ministério da Educação (MEC) - não há como negar a existência de interesse da União Federal no presente feito, razão pela qual, nos termos do art. 109 da Constituição Federal, a competência para processamento do feito será da Justiça Federal. Precedentes.

4. Essa conclusão também se aplica aos casos de ensino à distância, em que não é possível a expedição de diploma ao estudante em face da ausência de credenciamento da instituição junto ao MEC. Isso porque, nos termos dos arts. 9º e 80, § 1º, ambos da Lei de Diretrizes e Bases da Educação, o credenciamento pela União é condição indispensável para a oferta de programas de educação à distância por instituições especificamente habilitadas para tanto.

5. Destaca-se, ainda, que a própria União - por intermédio de seu Ministério da Educação (MEC) - editou o Decreto 5.622, em 19 de dezembro de 2005, o qual regulamentou as condições de credenciamento, dos cursos de educação à distância, cuja fiscalização fica a cargo da recém criada Secretaria de Regulação e Supervisão da Educação Superior do referido órgão ministerial.

6. Com base nestas considerações, em se tratando de demanda em que se discute a ausência/obstáculo de credenciamento da instituição de ensino superior pelo Ministério da Educação como condição de expedição de diploma aos estudantes, é inegável a presença de interesse jurídico da União, razão pela qual deve a competência ser atribuída à Justiça Federal, nos termos do art. 109, I, da Constituição Federal de 1988. Neste sentido, dentre outros precedentes desta Corte, a conclusão do Supremo Tribunal Federal no âmbito do RE 698440 AgR, Relator(a): Min. LUIZ FUX, Primeira Turma, julgado em 18/09/2012, PROCESSO

Acesso ao Sumário

ELETRÔNICO DJe-193 DIVULG 01-10- 2012 PUBLIC 02-10-2012.

(...) (REsp 1344771/PR, Rel. Min. MAURO CAMPBELL MARQUES, PRIMEIRA SEÇÃO, DJe 29/08/2013).

ADMINISTRATIVO. PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. INSTITUIÇÃO PARTICULAR DE ENSINO SUPERIOR. COBRANÇA DE TAXA PARA EXPEDIÇÃO DE DIPLOMA. ILEGITIMIDADE DA UNIÃO.

(...)

3. A Primeira Seção do STJ, no CC n. 108.46/RS, de Relatoria do Exmo. Ministro Castro Meira, julgado em 10 de fevereiro de 2010, nos processos que envolvem o ensino superior, fixou regras de competência em razão da natureza do instrumento processual utilizado. Portanto, em se tratando de mandado de segurança, a competência será federal, quando a impetração voltar-se contra ato de dirigente de universidade pública federal ou de universidade particular; ao revés, será estadual quando o mandamus for impetrado contra dirigentes de universidades públicas estaduais e municipais, componentes do sistema estadual de ensino. Em outro passo, se forem ajuizadas ações de conhecimento, cautelares ou quaisquer outras de rito especial, que não o mandado de segurança, a competência será federal quando a ação indicar no pólo passivo a União ou quaisquer de suas autarquias (art. 109, I, da CF/88); será de competência estadual, entretanto, quando o ajuizamento voltar-se contra entidade estadual, municipal ou contra instituição particular de ensino.

4. A competência para o julgamento de causas relativas a instituição de ensino superior particular, nos casos que versem sobre questões privadas relacionadas ao contrato de prestação de serviços firmado entre a instituição de ensino superior e o aluno (por exemplo, inadimplemento de mensalidade, cobrança de taxas, matrícula), em se tratando de ação diversa à do mandado de segurança, é, via de regra, da Justiça comum, não havendo interesse da União no feito, o que afasta a sua legitimidade para figurar na ação

(...) (REsp 1295790/PE, Segunda Turma, Rel. Min. Campbel Marques, DJe 12/1/2012).

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO - CONFLITO DE COMPETÊNCIA - MANDADO DE SEGURANÇA - ATO DE DIRIGENTE DE ESTABELECIMENTO PARTICULAR DE ENSINO SUPERIOR - RETENÇÃO DE DIPLOMA DE ALUNO INADIMPLENTE - COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA FEDERAL - SÚMULA 15/TFR.

1. Conflito de competência entre a Justiça Federal e a Justiça Estadual, tendo por ação subjacente um mandado de segurança impetrado contra dirigente de estabelecimento particular de ensino superior, mantido por fundação, em face de haver sido retido seu diploma por inadimplemento de mensalidades. 2. Os precedentes do Superior Tribunal de Justiça, a partir do CC 35972/SP, Rel. Min. Teori Zavascki, DJU 7.6.204, acham-se

Acesso ao Sumário

assentados no sentido de que: a) Competência da justiça federal: dar-se-á nas ações em que figurar a União, suas autarquias ou empresa pública federal na condição de autora, ré, assistente ou opoente (art.109, I, CF/1988), mesmo que a lide diga respeito à matéria que não seja de seu interesse. Não existindo interesse, somente cessará a competência federal quando a entidade federal deixar de figurar no processo. b) Competência da justiça estadual: dar-se-á nas ações em que não figurarem a União e os demais entes aludidos no art.109, I, primeira parte, CF/1988, ainda que a lide guarde vínculo com matéria que possa lhes interessar. Nessa última hipótese, a competência passará à Justiça Federal se e quando uma das entidades federais postular seu ingresso na relação processual, pois "compete à Justiça Federal decidir sobre a existência de interesse jurídico que justifique a presença, no processo, da União, suas autarquias ou empresas públicas" (Súmula 150/STJ). Em se tratando de instituições de ensino superior vinculadas ao sistema estadual ou municipal, a competência remanescerá na justiça dos Estados. c) Mandados de segurança: nestas ações, a regra é que competirá à Justiça Federal conhecê-las, quando a autoridade coatora for federal, assim se considerando como tal o agente de instituição particular de ensino superior, investido de delegação pela União.

3. A instituição, que é representada pela autoridade coatora neste processo, exige contraprestação por serviços educacionais de graduação, o que a torna alheia ao sistema público de ensino.

4. A natureza especial da ação de segurança atrai a competência da justiça especializada, mormente quando se trata de atos inseridos no exercício de delegação funcional do Ministério da Educação. No mandado de segurança, eventual dúvida sobre a essência administrativa do ato é de ser solvida pelo juízo federal, conforme a Súmula 60, do extinto TFR. Conflito conhecido, para declarar competente o Juízo Federal de Patos de Minas - SJ/MG, o suscitante. (Conflito de Competência 206/02152560, Primeira Seção, Rel. Min. Humberto Martins, DJe de 16.04.2007).

Portanto, reconhece-se, de ofício, a incompetência absoluta desta Justiça Cível Estadual, anula-se a r. sentença recorrida e determina-se o retorno dos autos à primeira instância para sua remessa à Vara Federal competente.

Acesso ao Sumário

SEÇÃO DE DIREITO PÚBLICO

Agravos de Instrumento

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2115915-78.2014.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é agravante WALMART BRASIL LTDA., é agravada FUNDAÇÃO DE PROTEÇÃO E DEFESA DO CONSUMIDOR – PROCON/SP.

ACORDAM, em 5ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto da Relatora, que integra este acórdão. **(Voto nº 14.743)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores NOGUEIRA DIEFENTHÄLER (Presidente) e FERMINO MAGNANI FILHO.

São Paulo, 13 de outubro de 2014.

MARIA LAURA TAVARES Relatora

Ementa: AGRAVO DE INSTRUMENTO – ANULAÇÃO DE AUTO DE INFRAÇÃO – Multa administrativa aplicada pelo PROCON – Suspensão da exigibilidade do crédito e a não inscrição do nome no CADIN Estadual – Oferecimento de carta de fiança bancária – Tutela antecipada indeferida – Possibilidade de oferecimento de carta de fiança bancária – Não se vislumbra risco de inadimplemento do valor a ser objeto de futura propositura de Execução Fiscal, tendo em vista que a carta de fiança é sempre garantida pelo valor correspondente ao montante do débito corrigido, equivalendo, presumidamente, a dinheiro, nos termos do disposto no § 3º do artigo 9º e do inciso I do artigo 15, ambos da Lei nº 6.830/80 – Precedentes – Decisão reformada – Recurso provido.

VOTO

Trata-se de recurso de Agravo de Instrumento com pedido de efeito ativo

interposto por WALMART BRASIL LTDA. contra a r. decisão copiada a fls. 659/660 que, nos autos da Ação Anulatória de Ato Administrativo movida contra a FUNDAÇÃO DE PROTEÇÃO E DEFESA DO CONSUMIDOR – PROCON, indeferiu o pedido de antecipação dos efeitos da tutela pleiteada para o fim de suspender a exigibilidade da multa imposta no valor de R$ 6.337.285,77, sob o fundamento de ausência da verossimilhança das alegações, bem como porque o ato administrativo goza da presunção de legalidade e veracidade, sendo que em sede de cognição sumária não se verifica ilegalidades ou nulidades manifestas, dependendo a solução da lide de dilação probatória.

Alega a agravante, em síntese, que em 21.7.2011 foi lavrado o Auto de Infração nº 01385-D8 em seu desfavor, que originou o procedimento administrativo nº 2.263/2011, sob o argumento de uma suposta violação ao § 1º do artigo 18 e artigo 48, ambos do Código de Defesa do Consumidor, decorrente de quinze reclamações oriundas de compra de produtos pela internet ao longo do segundo semestre de 2010 e do primeiro semestre de 2011, por não ter fornecido os produtos adquiridos no site (endereço eletrônico constante do texto original), conforme os prazos estipulados com os consumidores, todavia, o Walmart não desenvolve atividades relacionadas a comércio eletrônico de modo geral, sendo a empresa WMS a exclusiva responsável pela venda e gerenciamento da distribuição e entrega dos produtos disponíveis no mencionado site, tanto que as notas fiscais foram por ela emitidas.

Aduz, que em decorrência da autuação em comento, a agravada impôs em desfavor da agravante multa no importe de R$ 6.337.285,77, sendo que em fevereiro de 2014 o débito foi inscrito na Dívida Ativa do Estado de São Paulo, de modo que está na iminência de ter o seu nome incluído no CADIN Estadual, bem como ter contra si ajuizada Execução Fiscal.

Sustenta, que na presente ação Anulatória demonstrou que o Procedimento Administrativo é nulo porque o Walmart não tem legitimidade para figurar em seu polo passivo e que não cometeu nenhuma das infrações indicadas no Auto de Infração, de sorte que nenhuma sanção é devida, e ainda, que a multa aplicada em valor equivalente a seis milhões é ilegal e viola as disposições do artigo 57 do Código de Defesa do Consumidor, artigos 33 e 34 da Portaria nº 26/2006 do PROCON, artigo 111 da Constituição Estadual, bem como os princípios da proporcionalidade e razoabilidade dos atos administrativos. E que requereu a antecipação parcial dos efeitos da tutela antecipada a fim de suspender a exigibilidade do pagamento da multa e o ajuizamento de ação de Execução Fiscal até o julgamento final da demanda, bem como para que o PROCON se abstenha de promover quaisquer atos tendentes ao recebimento da multa e aplicação de qualquer sanção administrativa prevista no artigo 56 do Código de Defesa do Consumidor, e para tanto caucionou o Juízo mediante apresentação de carta de fiança no valor de R$ 7.443.645,27, conforme documento de fls. 551/562 dos

Acesso ao Sumário

autos principais, entretanto, o Juízo de 1º Grau indeferiu o pedido, o que ensejou pedido de reconsideração, mas até o momento ainda não foi analisado.

Afirma, que no tocante à multa que lhe foi imposta, o PROCON equivocadamente considerou a suposta prática de infração por parte do Walmart como grave, e ainda ignorou o fato de que a WMS respondeu prontamente a todas as reclamações e atendeu todos os pedidos dos consumidores na medida do possível. Além disso, salienta que o artigo 34 da Portaria nº 26 determina que a pena base deverá ser atenuada de um terço à metade caso tenha "o infrator, de imediato, adotado as providências pertinentes para minimizar ou reparar os efeitos do ato lesivo". E que o PROCON não considerou que a receita bruta a ser utilizada para o cálculo da pena base deveria ser a receita do estabelecimento onde teria ocorrido a infração, e acabou por estimar a receita bruta de todos os estabelecimentos do Walmart (art. 32 da Portaria nº 26), o que resultou no exorbitante valor de R$ 1.644.000.000,00, observando que não pode ser prejudicado por erro da Administração Pública.

Acrescenta, que presentes se encontram os requisitos do artigo 273 do Código de Processo Civil, inexistindo, no caso, qualquer perigo de dano irreversível na concessão da tutela antecipada, e ainda, que apresentou carta de fiança para garantir a integralidade do valor a ser cobrado em eventual ação de Execução Fiscal.

Com tais argumentos, pede a atribuição do efeito ativo e o provimento do recurso, a fim de que seja deferida a tutela antecipada pretendida, com a finalidade de suspender a exigibilidade da multa aplicada e o ajuizamento/prosseguimento de Execução Fiscal, estando na iminência de ter o seu nome inscrito no CADIN Estadual, abstendo-se o PROCON de promover quaisquer atos tendentes ao recebimento da multa e de aplicar qualquer sanção administrativa prevista no artigo 56 do Código de Defesa do Consumidor.

Foi deferido o pedido de efeito ativo (fls. 668/672) e a agravada apresentou contraminuta (fls. 684/702).

É o relatório.

Consta dos autos que o agravante foi autuado pela agravada em razão de alegadas reclamações relacionadas à compra de produtos pela internet ao longo do segundo semestre de 2010 e do primeiro semestre de 2011, por não ter fornecido os produtos adquiridos no site (endereço eletrônico constante do texto original), conforme os prazos estipulados com os consumidores (fls. 75 e 313).

Tem-se que na esfera administrativa não foi obtido êxito, consoante decisão que culminou na manutenção da multa aplicada no Auto de Infração nº 01385-D8 (fls. 374/396, 422/442, 449/464 e 466/477).

Promovida, então, Ação Anulatória de Ato Administrativo com o objetivo de anular o Auto de Infração nº 01385-D8, a autora requereu a concessão da tutela

Acesso ao Sumário

antecipada com a finalidade de suspender a exigibilidade do crédito combatido, bem como para suspender o ajuizamento/prosseguimento de Execução Fiscal, estando na iminência de ter o seu nome inscrito no CADIN Estadual, abstendo-se o PROCON de promover quaisquer atos tendentes ao recebimento da multa e de aplicar qualquer sanção administrativa prevista no artigo 56 do Código de Defesa do Consumidor (fls. 21/45), tendo apresentado garantia integral do débito por Carta de Fiança nº 1004144070147600, no montante de R$ 7.443.645,27 (fls. 568/570).

A douta Magistrada indeferiu o pedido de antecipação dos efeitos da tutela pleiteada, sob o fundamento de ausência da verossimilhança das alegações, bem como porque o ato administrativo goza da presunção de legalidade e veracidade, sendo que em sede de cognição sumária não se verifica ilegalidades ou nulidades manifestas, dependendo a solução da lide de dilação probatória (fls. 659/660), decisão da qual se recorre através do presente recurso.

Razão assiste à agravante.

No caso, o oferecimento de carta de fiança pela ora agravante com o intuito de suspender a exigibilidade da multa cobrada, não ter o seu nome inscrito no CADIN Estadual e obstar a propositura e/ou andamento de Execução Fiscal, merece ser deferido, por não se vislumbrar risco de inadimplemento do valor a ser objeto de futura propositura de Execução Fiscal, tendo em vista que a carta de fiança é sempre garantida pelo valor correspondente ao montante do débito tributário corrigido, equivalendo, presumidamente, a dinheiro, nos termos do disposto no § 3º do artigo 9º e do inciso I do artigo 15, ambos da Lei nº 6.830/80, conforme se verifica do documento cuja cópia acha-se a fls. 568/570.

Como a carta de fiança bancária tem o condão de assegurar futuramente o Juízo executivo, e ante a inexistência de qualquer prejuízo ao Fisco, não se mostra adequado permitir ao credor a utilização de outros meios coercitivos para compelir o devedor ao imediato pagamento do débito, sendo notórios os prejudiciais efeitos advindos desse ato.

Sobre a questão, já se manifestou o Colendo Superior Tribunal de Justiça:

"***TRIBUTÁRIO – SUSPENSÃO DA EXIGIBILIDADE DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO – FIANÇA BANCÁRIA – LEGALIDADE.***

A concessão de liminar condicionada à prestação de fiança bancária insere-se no poder geral de cautela do Juiz e não constitui nenhuma ilegalidade.

***Recurso improvido*" (REsp nº 202.465-RJ, 1ª Turma, Rel. Ministro GARCIA VIEIRA, j. 29.4.1999).**

Esta Colenda 5ª Câmara de Direito Público abordou o tema quando do julgamento do AI nº 0209731-56.2011.8.26.0000, Relatado pelo Desembargador NOGUEIRA DIEFENTHÄLER, j. 22.3.2012:

"***AGRAVO DE INSTRUMENTO. DIREITO TRIBUTÁRIO. AÇÃO ANULATÓRIA DE DÉBITO FISCAL. SUSPENSÃO DA EXIGIBILIDADE DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO DISCUTIDO. GARANTIA DO JUÍZO. NECESSIDADE DE OBSERVÂNCIA DA SUFICIÊNCIA DA CAUÇÃO OFERTADA E DO PRINCÍPIO DA MENOR ONEROSIDADE PARA O EXECUTADO.***

1. Deve ser observado o princípio da menor onerosidade para o devedor na análise do bem ofertado em caução para fins de suspensão da exigibilidade do crédito tributário.

2. 'In casu', a agravada demonstrou a segurança da ação anulatória de débito fiscal com a apresentação de fiança bancária em valor suficiente para garantir o juízo e para o pagamento do 'quantum' exigido pelo Fisco estadual, de forma a não prejudicar a utilização dos ativos financeiros para o desenvolvimento de sua atividade empresarial.

Recurso desprovido".

No mesmo sentido é o posicionamento deste Egrégio Tribunal de Justiça:

"***AGRAVO DE INSTRUMENTO – MEDIDA CAUTELAR – Discussão de valor de débito tributário – Oferta, pela agravada, de fiança bancária para garantia do valor do mencionado débito – Aceitação pelo Juízo de primeiro grau, que suspende a exigibilidade do crédito tributário – Insurgência da Fazenda, por meio de Agravo de Instrumento – Descabimento – Valor da carta de fiança bancária adequado – Outrossim, a carta de fiança bancária equivale a dinheiro – Precedente do C. Superior Tribunal de Justiça – Inteligência do artigo 15, inciso I, da LEF – Recurso desprovido***" **(AI nº 0180370-57.2012.8.26.0000, 12ª Câmara de Direito Público, Rel. Desembargador WANDERLEY JOSÉ FEDERIGHI, j. 7.11.2012).**

"***Execução fiscal. Suspensão. Existência de ação de nulidade com garantia por meio de carta de fiança bancária. Inexistência de risco para o crédito fiscal. Necessidade, todavia, de adequação do valor da garantia ao do crédito exigido pela exequente. Agravo de instrumento provido em parte***" **(AI nº 0157892-89.2011.8.26.0000, 10ª Câmara de Direito Público, Rel. Desembargador ANTONIO CELSO AGUILAR CORTEZ, j. 30.7.2012).**

"***AGRAVO DE INSTRUMENTO – Ação Anulatória de Débito Fiscal – Pedido de suspensão da exigibilidade do crédito tributário – Oferecimento de carta de fiança bancária como garantia do Juízo – Admissibilidade – Equivalência presumida com o depósito em dinheiro – Inteligência do artigo 9º, § 3º da Lei nº 6.830/80 – Recurso provido***" **(AI nº 0157892-89.2011.8.26.0000, 8ª Câmara de Direito Público, Rel.**

Acesso ao Sumário

Desembargadora CRISTINA COTROFE, j. 1º.8.2012).

"***Agravo de Instrumento. Medida Cautelar. Execução fiscal. Caução. Oferecimento de fiança bancária. Possibilidade. Equiparação a dinheiro, nos termos do artigo 9º, § 3º da Lei de Execução Fiscal. Despacho reformado. Agravo provido***" **(AI nº 0309224-06.2011.8.26.0000, 3ª Câmara de Direito Público, Rel. Desembargador MARREY UINT, j. 2.10.2012).**

Portanto, face à apresentação de carta de fiança bancária, o débito está devidamente garantido por meio idôneo de modo a possibilitar a suspensão da exigibilidade do crédito e a não inscrição do nome no CADIN Estadual, valendo ressaltar que a carta de fiança além de estar garantida por Banco renomado (Itaú Unibanco S.A.), foi emitida por prazo indeterminado, ultrapassa o valor cobrado no Auto de Infração e prevê a correção do débito tributário, bem como a satisfação do mesmo no prazo de até cinco dias úteis, a contar da data do recebimento da sua comunicação (fls. 568/570), de modo que afigura-se realmente exagerada venha a autora sofrer as consequências da cobrança decorrente do Auto de Infração.

Por fim, inaplicável, ao caso, o disposto no § 2º do artigo 656 do Código de Processo Civil, que prevê o acréscimo de 30% sobre o valor do débito, na medida em que há legislação específica que regula a matéria, qual seja, o inciso I do artigo 15 da Lei de Execução Fiscal, o qual não estabelece mencionado acréscimo.

Pelo exposto, pelo meu voto, dou provimento ao recurso para deferir a tutela antecipada pleiteada e, por consequência, determinar a suspensão da exigibilidade da multa e a não inscrição do nome da recorrente no CADIN Estadual, abstendo-se o agravado de promover qualquer sanção administrativa contra a autuada.

Eventuais recursos que sejam apresentados deste julgado estarão sujeitos a julgamento virtual. No caso de discordância esta deverá ser apresentada no momento da interposição dos mesmos.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2067223-48.2014.8.26.0000, da Comarca de Marília, em que é agravante ONIX EMPREENDIMENTOS LIMITADA EPP, é agravado MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em 1ª Câmara Reservada ao Meio Ambiente do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento

ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 11307)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores RUY ALBERTO LEME CAVALHEIRO (Presidente sem voto), DIMAS RUBENS FONSECA e ZÉLIA MARIA ANTUNES ALVES.

São Paulo, 6 de novembro de 2014.

MOREIRA VIEGAS, Relator

Ementa: Agravo de Instrumento – Ação civil pública – Indeferido o pedido de nulidade de citação – Citação realizada em endereço indicado pelos procuradores da ré e o ato foi recebido por pessoa que se identificou como representante da empresa, sem efetuar qualquer ressalva quanto aos poderes para tanto – Nulidade de citação não configurada – Aplicação da teoria da aparência – Decisão mantida – Recurso não provido.

VOTO

Agravo de instrumento tirado em face de r. decisão de fls. 115/118, que em autos de ação civil pública, ora em fase de execução, indeferiu o pedido da ré quanto a nulidade de citação e negou pedido de devolução de prazo para a apresentação de defesa.

Alega a agravante, em breve síntese, que tomou ciência do processo apenas em 16.04.2014, independentemente de publicação em diário oficial, pela ciência exarada pelo seu procurador quando da realização de carga dos autos fora do cartório judicial. Afirma ainda, que a citação se deu através de pessoa estranha aos quadros de seus funcionários e em endereço diverso ao de sua sede, portanto seria evidente a configuração de nulidade de citação.

Recurso processado, sem efeito suspensivo, recolhido o preparo.

Contraminuta às fls. 169/175.

Informação às fls. 155/166.

Parecer da Procuradoria de Justiça, às fls. 177/180, é pelo não provimento.

É o relatório.

O agravo não merece provimento.

Em que pese as argumentações da agravante, a alegação de que a citação seria nula não merece prosperar, já que o senhor Oficial de Justiça foi ao endereço constante no cadastro da Prefeitura de Marília e também que consta do corpo da alteração contratual da própria requerida e lá recebeu a informação de que nenhum representante residia no local e sim na cidade do Rio de Janeiro.

Acesso ao Sumário

Quanto a citação que foi efetivamente cumprida, observa-se que a mesma era dirigida expressamente ao representante legal da agravante e no endereço que já constava dos autos, o qual havia sido declinado pelo próprio representante legal da requerida. Dessa maneira, poderia ter sido recusado à citação no momento da diligência, só que ao invés desta atitude o mandado de citação foi devidamente cumprido e assinado por pessoa que agora é objeto de desqualificação como sendo um terceiro estranho às atividades da requerida.

Depreende-se dos elementos probatórios, que de fato ocorreu a citação e esta também ocorreu no endereço que já constava dos autos e fornecido várias vezes no processo de origem às fls. 349, 588/589 e 601/602, ou seja, em se tratando de pessoa jurídica podemos dizer que de fato a citação é válida por todos os indícios de que tenha sido recebida por um de seus funcionários já que não foi feita nenhuma ressalva quanto à falta de poderes para receber tal documento.

No mais, a simples menção de que os locais utilizados para realizar a citação da agravante não eram o endereço da sede, não é capaz de elidir a prova acima mencionada de que os endereços foram fornecidos nos próprios autos por seus patronos, locais esses em que de fato realizou-se a tentativa frustrada e por fim a efetiva citação.

Assim, não há que se falar em nulidade de citação ou mesmo desconhecimento acerca da demanda, uma vez que a certidão do oficial de justiça goza de fé pública e, segundo nela consta, a citação foi regularmente realizada, tendo o ato sido recebido por uma pessoa que estava no local e se apresentou como representante da pessoa jurídica devedora, logo, trata-se de hipótese de aplicação da teoria da aparência e reconhecimento da validade do ato citatório.

A teoria da aparência, hoje melhor denominada da confiança, elemento fundamental das instituições da modernidade. Tal teoria é "*um instrumento por meio do qual, em nome da proteção do sujeito de boa-fé, se desconsidera o vício interno de uma situação aparentemente válida para fazer valer a situação como se regular e perfeita fosse. Para proteger aquele que, de boa-fé, negocia com um falso titular do direito, a lei impõe os mesmos efeitos jurídicos que o negócio surtiria se ocorresse com o assentimento do verdadeiro legitimado, invadindo, portanto, seu patrimônio*" **(Carlos Nelson Konder, A proteção pela aparência como princípio, in Princípios do Direito Civil Contemporâneo, diversos autores coordenados por Maria Celina Bodin de Moraes, Renovar, 2006, p. 115).**

Neste mesmo sentido tem se posicionado este E. Tribunal:

"*VOTO Nº 10614 – TRANSPORTE. REPARAÇÃO DE DANOS. Nulidade da citação. Inocorrência. Citação da empresa. Apelante na sua sede,*

recebida por pessoa que se apresentou como seu representante. Teoria da aparência. Validade do ato. Sentença válida. Legitimidade passiva da seguradora corré configurada. Possibilidade da vítima do dano demandar diretamente a seguradora do seu causador. Precedentes. Recurso parcialmente provido". (AP n.º 0043277-30.2010.8.26.0224 – TJSP/12ª Câmara de Direito Privado – Rel. Des. TASSO DUARTE DE MELO – j. 24/07/2013).

"*CITAÇÃO – VIA POSTAL – PESSOA JURÍDICA – EFETIVAÇÃO NO ENDEREÇO DA SEDE DA DESTINATÁRIA – EXEGESE DA TEORIA DA APARÊNCIA – VALIDADE. Não há que se falar em nulidade da citação se esta se operou na sede da pessoa jurídica. Exegese da teoria da aparência. Sentença nessa parte reformada" (AI 689.593-00/4 – 10ª Câm. – Rel. Juíza ROSA MARIA DE ANDRADE NERY – J. 9.5.2001).*

Assim, conclui-se que a citação pessoal, feita no local indicado pelos próprios representantes da pessoa jurídica e tendo pessoa que se apresentou como representante da empresa recebendo o ato e não efetuando nenhuma ressalva quanto aos poderes, é válida, logo, a r. decisão recorrida está correta e deve ser integralmente mantida.

Pelo exposto, nega-se provimento ao recurso.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2057649-98.2014.8.26.0000, da Comarca de Altinópolis, em que é agravante MARCO ERNANI HYSSA LUIZ, é agravado MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 5ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. Por maioria de votos.", de conformidade com o voto do relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 24313)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores NOGUEIRA DIEFENTHÄLER (Presidente), MARIA LAURA TAVARES e FERMINO MAGNANI FILHO.

São Paulo, 24 de outubro de 2014.

NOGUEIRA DIEFENTHÄLER, Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. INDISPONIBILIDADE DE BENS. Realização

de viagens por agente público não precedidas de licitação tampouco procedimento de dispensa – potencial improbidade que justifica a decretação de indisponibilidade de bens. Desnecessidade, consoante jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, de demonstração de perigo de demora, consistente na dilapidação de bens. Não demonstração de que a constrição recaiu sobre conta salário. Decisão recorrida mantida. Recurso desprovido.

VOTO

Vistos;

Marco Ernani Hyssa Luiz interpõe agravo de instrumento em face da r. decisão de fls. 32/34 pela qual o DD. Magistrado "*a quo*" determinou, em ação civil pública por atos de improbidade administrativa, sua indisponibilidade de bens.

Assevera, em síntese, que o agravado apontou como irregulares viagens feitas para as cidades de Gramado e Nova Iorque em razão da ausência de licitação e falta de interesse público na realização. Aduz, entretanto, que estava impossibilitado de realizar licitação estando presente, ainda, o interesse público, uma vez que na cidade gaúcha se realizava congresso temático. Relativamente à viagem para o exterior, destaca que iria encontrar-se com renomados autores de gestão pública, e que em razão de equívoco a Secretaria de Finanças não solicitou a restituição dessa quantia já paga com recursos públicos. A viagem de sua filha para Brasília foi também paga com recursos públicos a despeito do seu desconhecimento.

Aponta nulidade da concessão da liminar por violação ao artigo 1º, § 3º e 2º da Lei Federal 8.437/1992, não estando presentes, ainda, os requisitos para a determinação de indisponibilidade de bens. A indisponibilidade de bens recaiu sobre conta na qual são depositados seus vencimentos, essenciais para sua subsistência e impenhoráveis a teor do artigo 649, inciso VI do Código de Processo Civil.

Requer atribuição de efeito suspensivo e, no mérito, a reforma integral da decisão.

Estamos a tratar de recurso adequadamente processado e que se acha instruído com o suprimento das razões adversas e parecer da DD. Procuradoria Geral de Justiça.

É o relatório. Passo ao voto.

1. De fato, não há o que ser reparado no tocante ao desate eleito pelo julgador referentemente ao tema substancial do pedido.

Acesso ao Sumário

2. Rejeito as preliminares de violação aos artigos 1º, § 3º e 2º da Lei Federal 8.437/1992 pois: *(a)* a Lei Federal 8.429/1992 é especial em relação à citada lei e não estabelece condicionantes para a concessão de decisão liminar que implique em indisponibilidade de bens; *(b)* a ação de improbidade é deduzida contra o agente público e não Poder Público – as restrições previstas na Lei Federal 8.437/1992 concretizam prerrogativas que favorecem à Administração Pública e não determinado agente.

3. Relativamente ao mérito, pelo que se depreende das razões iniciais, o Ministério Público do Estado de São Paulo considerou como ímprobos despesas realizadas em viagens para as cidades de Gramado, Nova Iorque e Brasília, esta última devido em virtude das despesas realizadas com passagem para a filha do agravante.

De fato, a regra é que as despesas públicas sejam sempre precedidas de licitação. Caso inviáveis, mesmo assim devem ser demonstradas em procedimento administrativo instruído com os elementos relacionados no artigo 26, parágrafo único da Lei Federal 8.666/1992.

A ausência de procedimento consiste em violação ao princípio da legalidade, passível de caracterizar improbidade a teor do artigo 11 da Lei Federal 8.429/1992.

A ausência de interesse público, por sua vez, dá azo igualmente à improbidade e, neste caso será objeto de prova a ser desenvolvida no curso normal do processo.

4. Tendo em conta a potencial improbidade nos termos deduzidos na exordial, de todo correta a determinação de indisponibilidade de bens na forma determinada pela instância de origem eis que presente a verossimilhança das alegações.

O agravante e familiares se beneficiaram diretamente das viagens. Agiu, em tese, com consciência e vontade, não se exigindo neste momento processual cognição exaustiva do elemento subjetivo com que informou suas condutas.

O perigo de demora, embora já tenha perfilhado entendimento no sentido de que era exigível para decretação de indisponibilidade, na jurisprudência atual do Superior Tribunal de Justiça é dispensável. Neste sentido:

> *PROCESSO CIVIL. ADMINISTRATIVO. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. INDISPONIBILIDADE DE BENS. DESNECESSIDADE DE PERICULUM IN MORA CONCRETO. INEXISTÊNCIA DE FUMUS BONI IURIS. NÃO DEMONSTRAÇÃO DA DIVERGÊNCIA.*
>
> *1. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça tem-se alinhado no sentido da desnecessidade de prova de periculum in mora concreto, ou seja, de que o réu estaria dilapidando seu patrimônio, ou na iminência de fazê-lo, exigindo-se apenas a demonstração de fumus boni iuris, consistente em fundados indícios da prática de atos de improbidade.*

Acesso ao Sumário

2. O Tribunal não reconheceu o fumus boni iuris, "na medida em que ainda não há, neste momento processual, provas ou evidências concretas de que o agravante tenha auferido patrimônio ilícito por força dos fatos em debate", o que impossibilita a decretação da indisponibilidade de bens 3. O recurso não pode ser conhecido pelo fundamento da alínea "c", porquanto o recorrente não realizou o necessário cotejo analítico, de modo a demonstrar as circunstâncias identificadoras da divergência com o caso confrontado, conforme dispõem os arts. 541 do Código de Processo Civil e 255, §§ 1º e 2º, do RISTJ.

Agravo regimental improvido.

(AgRg no REsp 1235176/RS, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 10/12/2013, DJe 16/12/2013)

ADMINISTRATIVO. AGRAVO REGIMENTAL AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. OCORRÊNCIA DE FATO NOVO CAPAZ DE REFORMAR INDISPONIBILIDADE DE BENS ANTERIORMENTE DECRETADA EXPRESSAMENTE AFASTADA PELO TRIBUNAL DE ORIGEM. EXAME FÁTICO-PROBATÓRIO. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 7/STJ. REQUISITOS PARA A INDISPONIBILIDADE DOS BENS LIMINARMENTE. PERICULUM IN MORA ABSTRATO. PRECEDENTES DO STJ. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO.

1. Em relação à violação dos artigos 273, § 4º, do CPC, o Tribunal de origem asseverou que não há indicação de fatos efetivamente novos capazes de modificar a decisão que já havia determinado a indisponibilidade dos bens do recorrido.

2. A acolhida da pretensão recursal, no tocante à aferição de fato novo capaz de alterar as razões da indisponibilidade de bens antes decretada, com a consequente revisão do acórdão impugnado, depende de prévio reexame de matéria fática dos autos. Ocorre que essa tarefa não é possível em sede de recurso especial, em face do óbice da Súmula 7/STJ.

3. A Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do REsp 1.319.515/ES, Rel. Min. NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, Rel. p/ Acórdão Min. MAURO CAMPBELL MARQUES, DJe 21.9.2012), firmou a orientação no sentido de que a decretação de indisponibilidade de bens em improbidade administrativa dispensa a demonstração de dilapidação do patrimônio para a configuração de periculum in mora, bastando a demonstração de indícios de atos ímprobos.

4. Agravo regimental não provido.

(AgRg no AREsp 415.405/SP, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 05/12/2013, DJe 11/12/2013)

5. Superado todos estes argumentos, não haverá de vicejar o óbice da impenhorabilidade aventado pelo recorrente, não havendo prova nos autos de

Acesso ao Sumário

que a constrição tenha recaído em conta salário do recorrente.

Por conseguinte, analisando a lide sob os aspectos postos nas razões, outra solução não resta senão ratificar a decisão recorrida.

Isso posto, voto no sentido do ***desprovimento*** do recurso.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2035862-13.2014.8.26.0000, da Comarca de Sorocaba, em que é agravante VITOR LIPPI, é agravado MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em 3ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 33.335)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores ANTONIO CARLOS MALHEIROS (Presidente), JOSÉ LUIZ GAVIÃO DE ALMEIDA e CAMARGO PEREIRA.

São Paulo, 4 de novembro de 2014.

ANTONIO CARLOS MALHEIROS, Relator

Ementa: AGRAVO DE INSTRUMENTO – Ação civil pública por ato de improbidade administrativa – Decisão que recebeu a petição inicial – Admissibilidade – Presença de elementos suficientes que convençam da existência do ato ímprobo – Recurso improvido.

VOTO

Trata-se de agravo de instrumento interposto contra a decisão (fls. 460-461 e 467-469) que recebeu a petição inicial de ação de improbidade administrativa movida contra o réu, ora agravante.

O recurso foi recebido sem efeito suspensivo (fl. 473). Resposta do agravado às fls. 477-492. A Procuradoria Geral de Justiça manifestou-se pelo desprovimento do recurso (fls. 495-497).

É o relatório do essencial.

O caso em tela versa sobre ação civil de improbidade administrativa ajuizada pelo Ministério Público do Estado de São Paulo contra Vitor Lippi e

Acesso ao Sumário

outros, sob o fundamento de ter havido dispensa de licitação de forma ilegal, em contratação de serviço de desenvolvimento de software para o "Sistema de Informatização Municipal".

Requer o corréu-agravante que seja indeferida a petição inicial, por não haver prova válida a justificar a propositura da ação, estando o inquérito civil inquinado de vícios, o que torna nulas as provas juntadas aos autos, e, por conseguinte, não subsistir justa causa para a ação.

Pois bem.

Não se olvida que o artigo 17, § 8º, da Lei n.º 8.429/92 faculta ao juiz a rejeição liminar da ação civil pública quando se convencer da inexistência do ato de improbidade, da improcedência da ação ou da inadequação da via eleita. Tal dispositivo tem por finalidade evitar a propositura de eventuais demandas temerárias em face de um agente público.

Contudo, na espécie, vislumbra-se a existência de indícios suficientes que evidenciam a suposta prática de ato de improbidade administrativa, afirmação essa corroborada pelo parecer exarado pelo Tribunal de Contas do Estado (fls. 326-352).

Além disso, houve a indicação delimitada do fato alegadamente ímprobo, de forma a possibilitar plenamente ao réu a sua defesa.

Assim, tem-se por admissível o prosseguimento da ação de improbidade.

Sobre o tema, confira-se entendimento do STJ:

"*PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. RECEBIMENTO DA AÇÃO. TIPIFICAÇÃO DOS ATOS. PRESENÇA DE INDÍCIOS DE PRÁTICAS DE ATOS ÍMPROBOS. ELEMENTO SUBJETIVO. APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO IN DUBIO PRO SOCIETATE. PROSSEGUIMENTO DA AÇÃO.*

1. Para fins do juízo preliminar de admissibilidade, previsto no art. 17, §§ 7º, 8º e 9º, da Lei 8.429/1992, é suficiente a demonstração de indícios razoáveis de prática de atos de improbidade e autoria, para que se determine o processamento da ação, em obediência ao princípio do in dubio pro societate, a fim de possibilitar o maior resguardo do interesse público. Precedentes.

2. Recurso especial provido." (REsp nº 1.351.718/GO, Relª Minª Eliana Calmon, j. 19/11/2013).

No tocante à alegação da impossibilidade de nova investigação por parte do Ministério Público ante o arquivamento de anterior inquérito civil, sem razão o recorrente.

É certo que a Lei Orgânica do Ministério Público do Estado de São Paulo (Lei Complementar nº 734/93), dispõe:

"*Art. 111: Depois de homologada, pelo Conselho Superior do Ministério*

Público, a promoção de arquivamento do inquérito civil ou das peças de informação, o órgão do Ministério Público somente poderá proceder a novas investigações se de outras provas tiver notícia (g.n)".

Ocorre que no caso houve a superveniente análise pelo órgão competente para tanto, o Tribunal de Contas do Estado, o qual concluiu ter sido irregular a dispensa de licitação.

Ao contrário do que crê o agravante, o inquérito civil pode ser desarquivado pelo surgimento de novos elementos de prova relativos aos fatos investigados, e não pelo advento de outros fatos.

De mais a mais, na espécie, não se verificou a necessidade de desarquivamento do inquérito civil anterior, pois os elementos que supostamente comprovam o ato de improbidade formaram a plena convicção do Ministério Público para o ajuizamento da ação, tornando-se desnecessária a investigação para a apuração do fato.

Por fim, não se vislumbra ilegalidade no fato de não ter sido juntado aos autos o inquérito civil, pois este não é documento indispensável ao ajuizamento da ação, mas sim elemento de prova, o qual pode ser apresentado ou não pelo autor da ação, a seu critério.

Isto posto, nega-se provimento ao recurso.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2171750-51.2014.8.26.0000, da Comarca de São José do Rio Preto, em que é agravante ANAYR GUILHERMINA ROMANO, é agravada FAZENDA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 8ª 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 17376)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores JOÃO CARLOS GARCIA (Presidente sem voto), PAULO DIMAS MASCARETTI e JARBAS GOMES.

São Paulo, 17 de novembro de 2014.

CRISTINA COTROFE, Relatora

Ementa: AGRAVO DE INSTRUMENTO – *Home Care* e fraldas geriátricas – Mal de Alzheimer,

Acesso ao Sumário

arritmia cardíaca complexa e sequela de fratura de fêmur – Concessão integral da tutela antecipada – Admissibilidade – Presença dos requisitos autorizadores da medida cautelar – Perigo na demora da prestação justificado – Tutela constitucional do direito à vida (artigos 5º, *caput* e 196 da Constituição Federal) – Dever de prestar atendimento integral à saúde – Recurso provido.

VOTO

Trata-se de agravo de instrumento tirado por ***Anayr Guilhermina Romano***, contra a decisão trasladada a fls. 60/63, que deferiu parcialmente a liminar, para determinar o fornecimento gratuito do medicamento Ritmonorm 300mg.

Sustenta a agravante, em síntese, ser portadora de Mal de Alzheimer, arritmia cardíaca complexa e sequela de fratura do fêmur direito e que não ostenta condições para a aquisição de fraldas geriátricas e custeio do tratamento de *home care* (cuidador e fisioterapia), em razão do seu alto custo. Aduz que deve prevalecer a prescrição realizada pelo seu médico, diante da garantia constitucional do direito integral à saúde.

Deferido o efeito ativo pretendido, foi apresentada contraminuta (fls. 83/88).

É o relatório.

Inicialmente, necessário esclarecer que, em sede de recurso de agravo de instrumento, não cabe adentrar ao efetivo mérito da ação proposta, cabendo, portanto, apenas averiguar se estão presentes os requisitos autorizadores para a antecipação dos efeitos da tutela.

Para a concessão de tutela antecipada, faz-se mister a presença de três requisitos, como preceitua o ilustre professor Antônio Cláudio da Costa Machado:

> "*(...) Observe-se que os três requisitos precisam somar-se para que tenha cabimento a antecipação: 1º) prova documental de forte potencial de convencimento; 2º) convencimento sobre a presença de* ***fumus boni iuris****; 3º) convencimento sobre a existência de* ***periculum in mora***"[1] *(grifos nossos).*

Na hipótese em comento, por meio da prova documental apresentada (fls. 43/50), constata-se que a agravante é portadora de Mal de Alzheimer, arritmia cardíaca complexa e sequela de fratura do fêmur direito, "*encontrando-se acamado e dependente de terceiros para sobreviver. (...) O serviço prescrito em*

1 *Código de Processo Civil Interpretado*, 7ª Edição, 2008, Ed. Manole, p. 266/267.

Acesso ao Sumário

favor do paciente supracitado mostra-se IMPRESCINDÍVEL E TEM CARÁTER DE URGÊNCIA, pois somente com o mesmo o paciente poderá ter uma reabilitação e prolongar a sua expectativa de vida. O quadro clínico do paciente não é caso típico de internação, pois encontra-se medicado e necessitando ficar sob o cuidado de pessoas habilitadas no seio familiar. O paciente necessita do serviço supracitado em tempo integral, dispensando os serviços da rede pública, pois são insuficientes e ineficientes para atender o atual quadro clínico, que requer cuidados específicos, cuja pessoa habilitada para tal mister é o profissional solicitado. Entendo que o serviço de 'home care', é indispensável e insubstituível, de tal sorte que sua falta poderá acarretar danos irreversíveis à saúde do paciente, confirmando a absoluta necessidade do serviço prescrito."

A Constituição Federal, em seu artigo 196, estabelece que a "*saúde é direito de todos e dever do Estado*", sendo que tal direito é garantido através de políticas sociais e econômicas que visem reduzir o risco de doenças, bem como com a garantia do acesso igualitário e universal de todos às "*ações para a sua promoção, proteção e recuperação*."

Não bastando isso, a Lei Federal 8.080, de 19 de setembro de 1990 (SUS) deixa transparecer a responsabilidade de todos os entes públicos (Município, Estado e União) nos artigos 2º; 5º, inciso III; 6º, inciso I, "d"; 7º, incisos I, IV, IX e XI; 9º e 31.

Ademais, como já pacificado através da edição do Enunciado Predominante de Direito Público nº 16, "*a ação para fornecimento de medicamentos e afins pode ser proposta em face de qualquer pessoa jurídica de direito público interno*."

Assim, é notória a presença dos requisitos necessários para a concessão da tutela antecipada, quais sejam, a prova documental de forte convencimento, a presença do *fumus boni iuris* e do *periculum in mora.*

Ante o exposto, pelo meu voto, ***dá-se provimento*** ao presente agravo, a fim de conceder integralmente a tutela antecipada, para determinar que seja fornecido à agravante tratamento de *home care* (cuidador 24h e 10 sessões de fisioterapia/mês) e fraldas descartáveis, tamanho G (180 unidades/mês), independente de marca, mediante apresentação de receituário médico.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2133160-05.2014.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é agravante CONTROLAR S/A, é agravado MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em 2ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto da Relatora, que integra este acórdão. **(Voto nº 21602)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores LUCIANA BRESCIANI (Presidente sem voto), RENATO DELBIANCO e JOSÉ LUIZ GERMANO.

São Paulo, 11 de novembro de 2014.

VERA ANGRISANI, Relatora

Ementa: AGRAVO DE INSTRUMENTO. A decretação de indisponibilidade de bens em decorrência da apuração de atos de improbidade administrativa deve observar o teor do art. 7º, parágrafo único, da Lei nº 8.429/92. A medida de indisponibilidade de bens, destinada a assegurar a reparação do dano ao patrimônio público, se vincula à verificação dos requisitos do *fumus boni iuris* e do *periculum in mora*. Ausentes os requisitos para a concessão da liminar. Inexistência de fatos novos a substanciar a decisão de indisponibilidade de bens. Decisão reformada. Recurso conhecido e provido.

VOTO

I – Trata-se de agravo de instrumento interposto pela **CONTROLAR S.A.** contra decisão que, nos autos da Ação Civil Pública movida pelo **MINISTÉRIO PÚBLICO DE SÃO PAULO**, (i) revigorou a medida liminar proferida, determinando a expedição dos ofícios necessários, a fim de que fossem bloqueados os bens dos corréus, ressalvando-se apenas a Municipalidade e ex-Prefeito Gilberto Kassab e (ii) determinou que o Ministério Público requeresse o que de direito com relação aos demais corréus, cujas notificações encontram-se pendentes.

A agravante sustenta, em síntese, inexistência de requerimento do Ministério Público para revigorar liminar de indisponibilidade, sendo nula decisão de ofício, inexistência de fato determinado de forma a afastar a fumaça do bom direito, a verossimilhança das alegações ou a prova inequívoca do agravado. Assevera que a inicial está fundamentada exclusivamente em presunções ou conjecturas e não em fatos determinados, quadro jurídico que afasta qualquer possibilidade jurídica dela ser atingida pela indisponibilidade.

Requer o provimento deste recurso, com a anulação da r. decisão agravada

Acesso ao Sumário

ou com a sua total reforma, em razão das ilegalidades acima apontadas, de modo a garantir a manutenção do desbloqueio de seus bens.

O efeito suspensivo foi concedido (fls. 1218/1221), informações às fls. 1229, resposta às fls. 1308/1409. A d. Procuradoria Geral de Justiça se manifestou às fls. 1437/1457 pelo improvimento do recurso.

É o relatório.

II – Por vislumbrar presentes os requisitos de admissibilidade deste recurso, dele conheço.

Trata-se de Ação Civil Pública por ato de Improbidade Administrativa proposta pelo Ministério Público do Estado de São Paulo visando a decretação de nulidade do contrato nº 034/SVMA/95 e seus aditivos, firmado entre a Municipalidade de São Paulo e a empresa Controlar S/A, para a implantação e execução do Programa de Inspeção e Manutenção de Veículos em Uso, criado nos termos da Lei nº 11.733/1995, alterada pela Lei nº 12.157/1996, bem como a condenação dos requeridos às penalidades previstas na Lei nº 8.429/92, em virtude de supostas ilegalidades constantes de aludida contratação.

Para melhor visão da situação passo ao breve relato das principais decisões proferidas.

Em decisão liminar, de 25 de novembro de 2011, o MM. Juiz de Direito deferiu parcialmente o pedido para determinar a indisponibilidade dos bens de todos os réus, no limite do valor da causa, por meio do bloqueio de veículos e imóveis registrados em nome dos réus.

A Municipalidade requereu Suspensão de Liminar (SLS 1499) ao Superior Tribunal de Justiça, o que foi deferida. Em 17 de janeiro de 2012, o condutor do feito manteve a decisão de desbloqueio dos bens dos réus do mesmo juízo, *in verbis*: "Mantenho o despacho de desbloqueio dos bens de todos os réus, pois ainda que não tenha sido objeto expresso da r. suspensão da medida liminar, aparenta não ter sentido manter a cautela, quando se deduziu como controversa a existência de prejuízo econômico da Municipalidade, que seria a prejudicada com a falta de bens para saciar seus recursos supostamente utilizados de maneira ímproba. 2 – A par disto, a Municipalidade levantou como um dos argumentos para a revogação da medida liminar, a inviabilidade da concessionária em prosseguir com a prestação do serviço, 'caso bloqueados todos os seus bens', de modo que se a maior beneficiária econômica da suposta improbidade não pode sofrer tolhimento à disposição dos bens patrimoniais atingidos pela liminar, imóveis e veículos automotores, com mais razão os demais réus podem se sujeitar ao gravame."

Após, a SLS 1499 foi julgada, sendo-lhe negado provimento, em 18.04.2012, onde o Min. Relator Ari Pargendler esclareceu que "o dispositivo da decisão liminar limitou-se a deferir o que havia sido requerido, como seja, a suspensão dos efeitos da decisão no que dizia respeito ao Município de São

Acesso ao Sumário

Paulo e a seu Prefeito. A decisão não alcança, por óbvio, o bloqueio de bens dos demais réus na ação civil pública."

Em decisão proferida em 27 de junho de 2012, no mesmo juízo em primeiro grau, ficou assente que "os réus devem concorrer solidariamente com a indenização pelos supostos prejuízos causados ao erário, e afastado o bloqueio imposto a um dos réus, pelos motivos novamente expostos no agravo regimental, não há sentido em onerar os demais com tal gravame, pois a eles se aplicam as mesmas razões tomadas para o desbloqueio dos bens do réu inicialmente beneficiado (fls. 3839/3841 e 3859). 2 – A par disto, não surgiram novos motivos para se determinar o bloqueio dos bens, como a condenação criminal pelos fatos tratados nesta demanda, e não em demanda criminal em trâmite perante outra r. Comarca, cuja denúncia consta não ter sido recebida, de modo a valer plenamente a r. Decisão proferida nos autos do A.I. de nº 0029292-16.2012, da E. 2ª Câmara de Direito Público, do E. TJSP, no sentido de se manter o desbloqueio dos bens de todos os réus não abrangidos na r. Decisão conferida no E. STJ (fls. 3945/3948 e 3949/3957)."

Proferida nova decisão pela instância ordinária, noticiou-se, então, nos autos do Agravo de Instrumento tirado pelo Ministério Público da decisão de 17 de janeiro de 2012, de forma que esta Câmara reconheceu que o referido recurso perdeu seu objeto, julgando o apelo ministerial prejudicado ante a superveniência da nova decisão de primeiro grau.

Em 29 de julho de 2014, *de ofício*, o Exmo. Magistrado da 11ª Vara da Fazenda Pública proferiu a decisão aqui combatida. Em tal decisão, o Magistrado fundamentou que (i) as decisões proferidas em primeiro e segundo grau sobre o desbloqueio de bens dos réus teriam se dado com a ressalva de possível alteração a partir do quanto decidido definitivamente pelo C. STJ; e (ii) a suspensão do serviço de inspeção veicular e a extinção do Contrato de Concessão firmado com a empresa Controlar justificariam o bloqueio de bens nesse momento, uma vez que a lógica anterior de prejuízo à prestação do serviço público pela constrição de bens não teria mais amparo.

Acesso ao Sumário

Preliminarmente, aponto que o revigoramento da liminar é possível desde que calcado em situação superveniente, caso contrário, a questão encontra óbice no disposto no artigo 471 do Código de Processo Civil, ou seja, na preclusão *pro judicato*. Ainda que de forma sucinta, o revigoramento teve como embasamento o que o Juízo denominou de "ocorrências laterais", quais sejam: 1) documentos supervenientes de duas ordens: (i) relacionados à investigação semelhante no Rio Grande do Sul; e, (ii) estudos de especialistas; 2) intervenção de terceiros; 3) devoluções de prazo e as "ocorrências centrais": (i) liminar; (ii) suspensão da liminar pelo C. STJ; (iii) agravos de instrumento no TJSP; (iv) (des)bloqueio de bens; e, (v) notificações.

Em contrapartida, tanto a decisão proferida pelo Superior Tribunal de

Justiça quanto aquela desta Segunda Câmara de Justiça, no AI nº 0019402-53.2012.8.26.0000, não fizeram *res judicata* da matéria relativa ao bloqueio ou indisponibilidade dos bens dos réus, vez que, como será analisado, não houve exame do disposto no artigo 7º, da Lei nº 8.429/92.

Com efeito, a natureza jurídica da indisponibilidade de bens prevista na Lei de Improbidade Administrativa é manifestamente acautelatória, pois visa assegurar o resultado prático de eventual ressarcimento ao erário causado pelo ato de improbidade administrativa. Assim, o pedido pode ser formulado incidentalmente na ação civil de improbidade administrativa ou medida cautelar preparatória, e deferido, mediante a presença dos requisitos autorizadores, antes mesmo da notificação do réu para a apresentação de defesa prévia.

A decretação de indisponibilidade de bens em decorrência da apuração de atos de improbidade administrativa deve observar o teor do art. 7º, parágrafo único, da Lei nº 8.429/92.

Assim, para a concessão de medida liminar destinada à decretação da indisponibilidade de bens dos agravantes, faz-se necessária a presença simultânea dos requisitos do *periculum in mora* e do *fumus boni iuris*, o que, *concessa venia*, não se encontra presente na hipótese dos presentes autos.

Não obstante os argumentos deduzidos pelo representante ministerial, já tive a oportunidade de compulsar os autos e, em especial, a documentação anexada ao inquérito civil que instruiu a demanda de improbidade administrativa, de forma que, entendo que as provas colhidas indicam a necessidade de que seja oportunizado o contraditório e a devida dilação probatória, não havendo, em sede de cognição sumária, elementos suficientes a respaldar o deferimento dos pleitos liminares de indisponibilidade de bens.

Ocorre que, repito, em juízo perfunctório, para concessão da liminar em questão, independentemente do fundamento legal utilizado (art. 37, § 4º, da CF; art. 7º da Lei nº 8.429/92; ou art. 12 da Lei nº 7.347/85), necessária a presença, além do *fumus boni iuris*, também do *periculum in mora* que, no entanto, não se encontra demonstrado, "*visto que para sua configuração não basta o simples temor objetivo desacompanhado de razões concretas*", conforme lição de Galeno Lacerda (Comentários ao Código de Processo Civil, nº 47, p. 303, Rio de Janeiro, 1980).

Assim, não há como se verificar, na hipótese, conforme a documentação anexada aos autos, elementos a justificar o deferimento dos almejados pedidos liminares de indisponibilidade de bens.

O fato novo a pesar no bloqueio de bens dos agravantes seria o da "Controlar" não mais prestar os serviços para a Prefeitura Municipal, estando em processo de liquidação. Contudo, tal fato apresentado pelo agravado não é suficiente para autorizar o bloqueio dos bens.

Acesso ao Sumário

Além disso, impende ressaltar que a medida drástica de indisponibilidade de bens deve ser reservada para as hipóteses comprovadamente graves, quando presentes os demais requisitos legais para tanto.

Sem adentrar ao mérito das condutas imputadas e supostamente atribuídas na sua ilicitude ou não e, especialmente, do ponto de vista da probidade administrativa e infringência aos basilares preceitos que regem a Administração Pública, há que se considerar também o decurso de tempo.

O inquérito civil instaurado foi registrado na Promotoria de Justiça do Patrimônio Público e Social em 1999. Foram várias decisões judiciais do Tribunal de Contas analisando os contratos. Em dezembro de 2010, o Ministério Público tinha expedido notificações para que o Prefeito Kassab e o Secretário Eduardo Jorge promovessem a rescisão contratual e o ajuste financeiro para recomposição de valores aos cofres públicos, dentre outras investidas antes do ajuizamento da demanda.

Ora, a medida liminar postulada é extrema e excepcional, podendo e devendo ser adotada naqueles casos em que se apresente como necessária e imprescindível. No presente, contudo, o decurso de tempo daqueles fatos até o manejo da ação civil pública e ausência de provas em concreto que corroborem com tal argumentação contraria a necessidade da medida cautelar tão excepcional, assim definida pela jurisprudência pátria. Também por tal ângulo não estão presentes os requisitos legais para se decretar a indisponibilidade de bens.

Os requeridos têm conhecimento das investigações que geraram o presente feito e das apurações em questão ao menos desde o inquérito civil de 1999 até a distribuição da ação em novembro de 2011. Ou seja, os envolvidos têm ciência da investigação há mais de dez anos, sendo que se houvesse interesse em dilapidar patrimônio ou desviá-lo para elidir responsabilização e ressarcimento ao erário certamente já teriam adotado tais posturas.

Contrariamente, não há demonstração de nenhum fato concreto no sentido de que os requeridos ou qualquer deles, em particular, estejam agindo para se desfazer ou desviar seu patrimônio e obstaculizar futuro ressarcimento ao erário público ou venha(m) a agir em tal sentido.

Acesso ao Sumário

Em específico, neste caso, só a presença da possibilidade de prejuízo ao Erário (ainda que elevado) e dos apontados atos de improbidade, em tese, não bastam ao deferimento da indisponibilidade de bens, pois não se pode ter como implícito o *periculum in mora*.

Deste modo, como já referido, não há qualquer elemento de prova ou fato concreto ou mesmo elementos indiciários a indicar neste momento o risco de desfazimento de bens pelos requeridos no intuito de frustrar eventual e futura execução. Não se exige prova cabal do *periculum in mora*, mas sim a

demonstração de fatos que o confirmem ou indiciem minimamente, *litteris*:

> "PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. IMPROBIDADE. INDISPONIBILIDADE CAUTELAR DE BENS. ART. 7º DA LEI 8.429/1992. REQUISITO. *FUMUS BONI IURIS*. ACÓRDÃO ASSENTADO EM FUNDAMENTO JURÍDICO EQUIVOCADO. (...) 2. O Tribunal *a quo* manteve a decisão que indeferiu o pedido liminar de indisponibilidade dos bens, por entender que tal medida cabe somente quando demonstrada 'a efetiva intenção do demandado em dilapidar seu patrimônio'. 3. A indisponibilidade cautelar dos bens prevista no art. 7º da LIA não está condicionada à comprovação de que os réus os estejam dilapidando, ou com intenção de fazê-lo, exigindo-se apenas a demonstração de *fumus boni iuris*, consistente em fundados indícios da prática de improbidade. Precedentes do STJ. 4. Recurso Especial parcialmente provido para afastar o óbice lançado no acórdão recorrido e determinar que o Tribunal de origem prossiga na análise do pedido de indisponibilidade dos bens." (REsp 1202024/MA, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 26/04/2011, DJe 04/05/2011).

Além disso, inegável os transtornos e danos que o deferimento desta medida cautelar gera, ainda que não retirando os bens da esfera patrimonial dos atingidos, mas pelas consequências em concreto que a indisponibilidade de bens acarreta.

Por fim, não há como passar ao largo do recente acórdão proferido nos autos da apelação criminal nº 0005973-29.2013.8.26.0050, em 31 de julho de 2014, da lavra do E. Desembargador Hermann Herschander onde foi reconhecida a atipicidade da conduta dos corréus Gilberto Kassab e agravante Ivan Pio de Oliveira por ausência de elementares objetivas dos tipos penais invocados pela acusação (artigos 92 *caput* e 92 parágrafo único da Lei nº 8.666/93), não se encontrando demonstrada a presença do elemento subjetivo, de forma a negar provimento ao recurso do Ministério Público, mantendo-se a sentença.

Isto posto, **conhece-se e dá-se provimento ao recurso para reformar a decisão impugnada**, a fim de deferir o pedido dos agravantes no sentido de que seja expedido alvará ou ordem de desbloqueio dos bens dos agravantes.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2051343-16.2014.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é agravante PAMELA CRISTINA MENDES DE OLIVEIRA, é agravada PREFEITURA MUNICIPAL DE SÃO PAULO.

Acesso ao Sumário

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 5725)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores NOGUEIRA DIEFENTHALER (Presidente) e FERMINO MAGNANI FILHO.

São Paulo, 12 de novembro de 2014.

MARCELO BERTHE, Relator

Ementa: RECURSO DE AGRAVO DE INSTRUMENTO EM AÇÃO ORDINÁRIA. PRETENSÃO DE INCLUSÃO NO PROGRAMA BOLSA ALUGUEL E NO CADASTRO HABITACIONAL DA COMUNIDADE REAL PARQUE. Pedido antecipatório indeferido. Ausentes os requisitos legais ensejadores da tutela antecipada. Manutenção da decisão. Inexistência de prejuízos irreparáveis a agravante. Recurso desprovido.

VOTO

Tratam os autos recurso de agravo de instrumento extraído de Ação Ordinária (nº 1016437-86.2013.8.26.0053), interposto contra a r. decisão (fl. 61), proferida pelo MM. Juiz da 7ª Vara da Fazenda Pública da Comarca da Capital, que indeferiu o pedido de antecipação de tutela, qual seja, inclusão no programa bolsa aluguel e no cadastro habitacional da comunidade Real Parque, pois na atual fase cognitiva não vislumbrou o requisito da verossimilhança das alegações.

A particular interpôs recurso de agravo de instrumento sustentando, em síntese, que o bairro Real Parque está sendo reurbanizado e que apesar de residir na comunidade não foi cadastrada no programa de reurbanização. Menciona que reside na comunidade muito antes de 2008 e que tem direito pelo menos a alguma alternativa habitacional.

O recurso não foi conhecido pela falta de intimação da decisão agravada (fls. 82/84).

A particular interpôs recurso de Agravo Regimental que foi recebido como pedido de reconsideração. Foi determinado o processamento do recurso, mas o efeito suspensivo foi indeferido (fls. 15/16).

Foram apresentadas contrarrazões (fls. 23/27).

Não houve oposição quanto à forma de julgamento virtual.

Acesso ao Sumário

É o relatório.

O recurso não merece provimento.

Compulsando os autos, verifica-se que pretende a agravante inclusão no programa Bolsa Aluguel e no cadastro habitacional da comunidade Real Parque. Subsidiariamente, requereu indenização pelo valor do imóvel que terá que desocupar.

A questão não é simples e demanda análise detalhada, o que é incompatível neste momento processual. Portanto, cabe analisar apenas se presentes os requisitos ensejadores à concessão da tutela antecipada.

Neste ponto, tem-se que não estão presentes os requisitos, já que não há dano irreparável ou de difícil reparação.

Ressalte-se que nas contrarrazões restou consignado que o espaço ocupado pela particular não existia nos levantamentos realizados em 2008, tampouco seu nome é apontado nos registros existentes das composições familiares, em que pese a particular alegar que reside na comunidade muito antes de 2008.

Dessa forma, a ação demanda larga dilação probatória e estão, ao menos nesse momento processual, ausentes os requisitos para concessão da tutela antecipada, pelo meu voto, mantém-se a r. decisão proferida pelo MM. Juiz a quo, até decisão final de mérito.

Pelo exposto, **nega-se provimento** ao recurso.

Na hipótese de interposição ou oposição de recurso contra esta decisão, ficam as partes intimadas, a partir da publicação, a se manifestarem expressamente, na petição de interposição ou razões recursais, se se opõe à forma de julgamento virtual, nos termos da Resolução 549/2011 do Órgão Especial deste E. Tribunal de Justiça.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2171743-59.2014.8.26.0000, da Comarca de Indaiatuba, em que é agravante PREFEITURA MUNICIPAL DE INDAIATUBA, é agravado MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em 7ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 28.935)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores MAGALHÃES COELHO (Presidente), LUIZ SÉRGIO FERNANDES DE

SOUZA e MOACIR PERES.

São Paulo, 17 de novembro de 2014.

MAGALHÃES COELHO, Relator

Ementa: AGRAVO DE INSTRUMENTO – Ação Civil Pública – Anulação do Decreto nº 10.900/10 – Incompetência da autoridade que o expediu e abuso de poder – Desapropriação de terra pertencente à família do Prefeito de Indaiatuba – Melhorias na região que trarão lucro aos proprietários – Grande possibilidade de prejuízo ao erário – Impossibilidade de conceder a liminar – Recurso não provido.

VOTO

Vistos.

I. Trata-se de ação civil pública promovida pelo Ministério Público em face do Município de Indaiatuba, objetivando a anulação do Decreto nº 10.900/2010, aduzindo para tanto, incompetência da autoridade que o expediu e abuso de poder, caracterizado este por desvio de finalidade do ato desapropriatório. As terras do decreto expropriatório pertencem a família e empresa do Prefeito de Indaiatuba e o prolongamento das ruas dos bairros em que tais terras se encontram dividirá as glebas em perfeitas quadras, trazendo aos proprietários dessas áreas visível lucro imobiliário.

II. O despacho monocrático concedeu a medida liminar para determinar que o réu se abstenha de realizar qualquer obra de construção e engenharia destinadas à abertura, prolongamento, interligação ou implantação de vias públicas nas áreas declaradas de utilidade pública pelo referido Decreto, sob pena de recorrer em multa diária de R$ 10.000,00.

III. Interposto agravo de instrumento pela Municipalidade, pugnando pela reforma da decisão.

É o relatório.

Trata-se, como se vê, de agravo de instrumento interposto pela Prefeitura Municipal de Indaiatuba em ação civil pública que lhe promove o Ministério Público, insurgindo-se em face do despacho monocrático que deferiu medida liminar para determinar que o réu se abstenha de realizar qualquer obra de construção e engenharia destinadas à abertura, prolongamento, interligação ou implantação de vias públicas nas áreas declaradas de utilidade pública pelo referido Decreto, sob pena de recorrer em multa diária de R$ 10.000,00.

O recurso, todavia, não prospera.

Acesso ao Sumário

Como bem anotou o despacho monocrático, na hipótese dos autos, há evidentes indícios de violação do princípio da moralidade administrativa, como também ocorrido desvio de finalidade quando da expedição do Decreto de Utilidade Pública sob questionamento, ante o possível favorecimento pessoal do Prefeito de Indaiatuba, com a utilização da máquina administrativa e do erário público, mediante expedição de atos administrativos eivados de ilegalidade, embora praticados sob o manto da legalidade, a princípio.

As terras objeto de desapropriação são de propriedade da família e da empresa do Prefeito e a construção de ruas transformaria tais glebas em perfeitas quadras, trazendo a seus proprietários visível lucro imobiliário.

Há de se considerar a hipótese de imoralidade administrativa, já que o Prefeito se beneficiaria com tal Decreto.

De fato, ante a existência de indícios de desvio de finalidade no decreto expropriatório, permitir-se obras nas áreas declaradas de utilidade pública pelo Decreto será causar ao Município dano ao erário senão irreparável, de difícil reparação.

Bem concedida, portanto, a medida liminar, ante a presença dos requisitos ensejadores.

Nega-se, destarte, provimento ao agravo.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2059798-67.2014.8.26.0000, da Comarca de Jundiaí, em que é agravante VERA LÚCIA GONÇALVES, é agravado 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 agravo de instrumento, ratificando, assim, o efeito suspensivo concedido em parte *ab initio* e reconhecendo a competência da Comarca de Jundiaí – 1ª Vara Cível –, para processar e julgar da contenda em epígrafe. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 16030)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores LUIZ DE LORENZI (Presidente) e LUIZ FELIPE NOGUEIRA.

São Paulo, 25 de novembro de 2014.

VALDECIR JOSÉ DO NASCIMENTO, Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO ACIDENTÁRIA. COMPETÊNCIA. CARÁTER RELATIVO. DOMICÍLIO DA AUTORA OU DA SEDE DO INSS. ESCOLHA DA OBREIRA.
AGRAVO PROVIDO.

VOTO

Vistos.

Trata-se de agravo de instrumento erigido contra a r. decisão proferida por Juiz singular – fl. 18, destes autos digitais – que, em ação acidentária, na fase de conhecimento, afirmou que o Juízo era incompetente para a ação e determinou, de ofício, a remessa dos autos à Comarca de Várzea Paulista/SP.

Sustentou a agravante, de modo conciso, ser relativa a competência territorial, não podendo, com fulcro na Súmula 33 do E. STJ, ser declarada de ofício; asseverou, por oportuno, que ainda que a própria autarquia tivesse apresentado exceção de incompetência, mesmo assim não poderia subsistir a decisão agravada; alegou, também, ser a regra de competência uma faculdade; asseverou, de outro lado, as vantagens, para ambas as partes, da tramitação do feito na Comarca de Jundiaí; apresentou, por oportuno, números de decisões favoráveis a sua tese na C. TJ/SP; por fim, pleiteou a tutela antecipada e requereu o provimento do recurso.

Agravo tempestivo, devidamente processado, com efeito suspensivo concedido e sem contraminuta.

É o sucinto relatório.

Não obstante o posicionamento adotado pelo nobre Juiz singular, a r. decisão agravada não pode prosperar, pois o estampado no art. 100, incisos II e V - a, do Código de Processo Civil, destina-se, apenas, a salvaguardar a comodidade e o atendimento ao segurado.

Acesso ao Sumário

Diante disso, infere-se, com tranquilidade, que a competência em epígrafe, de caráter territorial e, portanto, relativo, tem como destinatário principal a obreira, razão pela qual ela pode desconsiderá-la e preferir demandar no lugar em que ocorreu o acidente – art.100, inciso V, "a", do CPC –, mesmo porque a obrigação, no fundo, é de caráter alimentar, ou, ainda, no lugar da sede do INSS ou da sucursal onde os fatos se sucederam – art.100 IV, "a" e "b", do CPC.

Ora, no caso em lume, a obreira pretende demandar perante o foro da sede regional da autarquia, motivo pelo qual inexiste qualquer prejuízo para o INSS; assim, não pode ser a segurada compelida a demandar no seu domicílio, se isso, efetivamente, não lhe interessa, sem que se possa, no particular, falar-se em ofensa ao princípio do juiz natural, pois afinal ele não escolhe, aleatoriamente,

o lugar em que pretende demandar, mas sim dentre aqueles previstos no CPC.

Arremate-se, ainda, que a escolha do local da sede regional do INSS somente traz benefícios aos próprios litigantes, notadamente, à autarquia, diante da facilidade de colher os elementos necessários para a sua defesa.

Recorde-se, por oportuno, que de acordo com a jurisprudência pacífica dos nossos Tribunais: "*as autarquias federais podem ser demandadas no foro da sua sede ou naquele em que se acha a agência ou sucursal em cujo âmbito de competência ocorreram os fatos que geraram a lide*" (STJ –1ª Seção, CC 2.493-0-DF, rel. Min. Humberto Gomes de Barros, j. 26.05.92, v.u., DJU 03.08.92, p. 11.237).

Em suma, sendo a competência, no caso, de caráter relativo e não absoluto e tendo a obreira declinado da benesse constitucional de promover a demanda no foro do seu domicílio ou dos fatos, escolhendo, assim, o lugar em que se localiza a sede regional da autarquia, nenhuma razão de ordem lógico-jurídica existe para o acolhimento da exceção de incompetência promovida pelo INSS.

Ante o exposto, pelo meu voto, dou provimento ao agravo de instrumento, ratificando, assim, o efeito suspensivo concedido em parte *ab initio* e reconhecendo a competência da Comarca de Jundiaí – 1ª Vara Cível –, para processar e julgar da contenda em epígrafe.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2118656-91.2014.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é agravante COMPANHIA DO METROPOLITANO DE SÃO PAULO – METRÔ, são agravados WILLIAM DANIELE FILHO e EDIR BENATTI DANIELE.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 12ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: Deram provimento em parte ao recurso. V.U., de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 19.262)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores EDSON FERREIRA (Presidente) e J. M. RIBEIRO DE PAULA.

São Paulo, 2 de dezembro de 2014.

VENICIO SALLES, Relator

Ementa: Agravo de instrumento – desapropriação – perícia técnica em engenharia – galpão industrial situado na área central de São Paulo – execução

Acesso ao Sumário

das obras da Linha 2-Verde do Metrô – honorários periciais que devem ser arbitrados de forma a remunerar a contento os serviços prestados, sem onerar demasiadamente as partes – os honorários devem ser fixados, moderadamente (previamente), no valor equivalente a 50% (cinquenta por cento) sobre a estimativa feita pelo perito – a paga pelo trabalho técnico não pode ser desmerecida ou reduzida a valores aviltantes – razoabilidade – decisão parcialmente reformada.

Recurso parcialmente provido.

VOTO

1 – Cuida-se de agravo tirado em face de r. decisão de fls. 211 (***item*** "***I***") destes autos digitais, que ***indeferiu*** a impugnação do expropriante em relação à estimativa de honorários definitivos apresentados pelo perito judicial (***R$ 18.550,00***), bem como, que ***determinou*** que o ora agravante deposite no prazo de 10 dias a diferença de honorários periciais (R$ 15.550,00), já descontado o valor previamente depositado de R$ 3.000,00, fixado pelo juízo de 1º grau. O agravante requer a imediata suspensão do ***item*** "***I***" da decisão agravada, com a posterior redução da verba honorária, por considerá-lo elevado em relação à pequena complexidade do trabalho realizado.

O recurso foi processado com o efeito suspensivo almejado.

Os agravados ofertaram contraminuta.

É o relatório.

2 – O recurso comporta parcial acolhimento.

A discussão gira em torno do valor fixado a título de honorários periciais ***definitivos***, mais precisamente R$ 18.550,00 (dezoito mil, quinhentos e cinquenta reais), cujo objeto consistia na avaliação de galpão industrial situado na área central de São Paulo, declarado de utilidade pública, para fins de execução das obras da Linha 2-Verde do metrô.

Num exame preambular, e mormente sob uma perspectiva leiga, não é possível afirmar o exato grau de dificuldade enfrentado pelo perito na elaboração do laudo.

Não obstante, o valor estabelecido deve buscar uma harmonia de modo a não onerar demasiadamente as partes, e, ao mesmo tempo, remunerar a contento o trabalho do profissional.

A paga pelos serviços deve estar dimensionada às dificuldades na sua execução, e, ***neste momento***, mostra-se suficiente e adequado o valor

Acesso ao Sumário

correspondente ***a 50% (cinquenta por cento) da estimativa feita pelo perito.***

Destarte, de rigor a parcial reforma da decisão.

3 – Ante os motivos expendidos, dá-se parcial provimento ao agravo nos termos da fundamentação acima.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2143574-62.2014.8.26.0000, da Comarca de Santa Bárbara D'Oeste, em que é agravante FAZENDA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO, é agravado MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em 2ª Câmara Reservada ao Meio Ambiente do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 22077)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores EUTÁLIO PORTO (Presidente) e PAULO AYROSA.

São Paulo, 27 de novembro de 2014.

ALVARO PASSOS, Relator

Ementa: HONORÁRIOS PERICIAIS – Determinação de produção de prova pericial, pelo juízo, acompanhada da ordem de pagamento dos honorários ao final, pelo vencido – Sentenciamento do feito, com condenação do demandado na remuneração do trabalho técnico – Ônus das custas decorrentes da sucumbência que não se confundem com o adiantamento das custas no curso do processo – Momento processual que não mais admite a incidência da norma específica do art. 18, Lei nº 7.347/1985) – Recurso provido.

VOTO

Vistos.

Trata-se de agravo de instrumento interposto contra a r. decisão de fls. 14/16 que, nos autos de ação civil pública, determinou o pagamento dos honorários periciais pela Fazenda Pública do Estado.

Em apertada síntese, argumenta a recorrente que, além de não ser parte

Acesso ao Sumário

do feito, o caso não trata de adiantamento de honorários e sim de custeio final pela parte sucumbente, uma vez que já ocorreu o sentenciamento do feito, no qual o município ficou vencido, não sendo hipótese de incidência do art. 18 da Lei nº 7.347/85.

Processado com efeito suspensivo e após o advento de resposta e de parecer da D. Procuradoria Geral de Justiça, vieram os autos para julgamento.

É o relatório.

Não obstante o posicionamento adotado na hipótese de adiantamento das custas, emolumentos, honorários e quaisquer outras despesas no curso de ação civil pública, razão assiste à recorrente, porquanto este caso específico não se enquadra nesta situação.

Compulsando os autos, constata-se que, quando da determinação da realização da prova pericial e sua consequente fixação de honorários, o magistrado consignou que o pagamento deveria ser feito ao final, pelo vencido, tanto que, inclusive, após requerimento da própria perita, corroborou seu posicionamento, o magistrado, com a assertiva de que não iria ocorrer o adiantamento dos honorários. Dessa forma, restou preclusa a questão, não recorrida na época.

Posteriormente, sobreveio o sentenciamento do feito, cujo mérito ainda não transitou em julgado, no qual foi julgada procedente a ação, condenando, dentre outros pontos, o município demandado no pagamento das custas pela sucumbência, incluindo os honorários devidos pelo trabalho técnico elaborado, sendo certo que, nas razões da apelação, não há questionamento específico sobre o tema.

Destarte, trata-se de situação peculiar em que não se deve confundir o pagamento dos honorários por adiantamento com aquele decorrente de ordem de pagamento ao final, como nesta hipótese em apreço, não podendo se falar, neste momento processual, em aplicação do art. 18 da Lei nº 7.347/85 e consequente imposição do pagamento pela Fazenda do Estado a qual está vinculado o autor da ação.

Sobre o tema, confira-se:

AÇÃO CIVIL PÚBLICA. Licenciamento ambiental de aterro sanitário. Decisão que deferiu a produção de prova pericial e determinou que os honorários deverão ser pagos ao final, pelo vencido. Insurgência da parte, por não ter requerido a perícia. Falta de interesse recursal, na modalidade utilidade. Ônus do pagamento das despesas processuais decorrente de sucumbência que não se confunde com a responsabilidade pelo adiantamento dessas despesas. Manifesta ausência de sucumbência da agravante. RECURSO NÃO CONHECIDO. (Agravo de Instrumento nº 0106606-04.2013.8.26.0000 – 2ª Câmara Reservada ao Meio Ambiente – São Carlos – Rel. Paulo Alcides – DJ 19/09/2013) (grifei)

Outrossim, bem assentou o D. Representante da Procuradoria Geral

Acesso ao Sumário

da República que "restou determinado tanto na decisão saneadora (fls. 30) quanto na sentença (fls. 44) que as despesas com honorários periciais seriam custeadas ao final pela parte vencida sem que houvesse qualquer determinação judicial no sentido do pagamento antecipado dos honorários à perita do juízo. Assim, diante disso, o custeio dos honorários periciais deverá ser arcado pela parte vencida, ou seja, pela municipalidade ré, tal como decidido na sentença, mostrando-se descabida a aplicação da Súmula nº 232, do C. Superior Tribunal de Justiça e do artigo 18, da Lei nº 7.347/85 na demanda dos autos, por se tratar de despesas devidas pela parte sucumbente e não do adiantamento da remuneração do *expert*, o qual apenas poderia recair sobre o agravante caso determinado pelo juízo a título de honorários periciais prévios. Soma-se a isso o fato de que a parte da sentença em que restou fixada a obrigação de pagamento dos honorários periciais contra a municipalidade ré não foi impugnada por esta em suas razões de apelação (fls. 46/52), tendo assim transitado em julgado neste ponto, consoante observado pela Promotoria de Justiça agravada em fls. 72".

Destarte, o recurso merece acolhimento para afastar a ordem de pagamento das custas pela aqui agravante, devendo-se aplicar as decisões anteriores da ação que determinaram o pagamento, ao final, pelo vencido.

Isso posto, **dou provimento** ao agravo.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2193947-97.2014.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que são agravantes MAISA MARIA DA SILVA GRASSMANN e MARIA CHRISTINA THOMAZ DA SILVA, é agravada COMPANHIA METROPOLITANA DE HABITAÇÃO DE SÃO PAULO – COHAB-SP.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 8ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento ao recurso. V.U. Declarará voto o Segundo Juiz.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto n. 15946)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores JOÃO CARLOS GARCIA (Presidente sem voto), LEONEL COSTA e PAULO DIMAS MASCARETTI.

São Paulo, 5 de dezembro de 2014.

RUBENS RIHL, Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: AGRAVO DE INSTRUMENTO – Desapropriação – Decisão de primeiro grau que, em razão do falecimento de uma das corrés, ordenou a suspensão do feito, com fundamento no artigo 265, I, do CPC – Insurgência das demais requeridas, as quais pretendem o prosseguimento da ação – Inconformismo que merece acolhimento – Falecida que ostentava a condição de usufrutuária do bem objeto da desapropriação – Usufruto que acabou extinto pelo óbito da beneficiária (artigo 1.410, I, do CC) – Direito personalíssimo que não é passível de herança – Desnecessidade, em tais termos, de paralisação do processo – Precedente. RECURSO PROVIDO.

VOTO

Trata-se de agravo de instrumento interposto por MAISA MARIA DA SILVA GRASSMANN e MARIA CHRISTINA THOMAZ DA SILVA, em face da decisão de fls. 176 (complementada pela de fls. 186), a qual suspendeu o andamento da ação de desapropriação ajuizada pela COMPANHIA METROPOLITANA DE HABITAÇÃO DE SÃO PAULO – COHAB.

Alegam as recorrentes, nu-proprietárias do imóvel objeto da desapropriação, a desnecessidade da suspensão do feito, eis que, com o óbito de Zélia Ghedini da Silva, falecida em 16/06/2014, extinguiu-se o usufruto (artigo 1.410, I, do Código Civil). Alegam que os herdeiros da falecida usufrutuária não a sucedem, eis que, automaticamente, o domínio pleno do imóvel se consolida para as nu-proprietárias. Referem que inexiste a hipótese de habilitação de sucessores, porque o usufruto é direito intransmissível. No caso, basta o cancelamento do usufruto, para que o processo retome o curso. Pedem a concessão de liminar, para que o processo retome imediatamente seu curso e, ao final, o provimento do presente agravo, confirmando-se a medida de urgência (fls. 01/09).

Recurso regularmente recebido e processado.

Desnecessária intimação da agravada (COMPANHIA METROPOLITANA DE HABITAÇÃO DE SÃO PAULO – COHAB), eis que a mesma manifestou concordância em relação ao pleito das agravantes (fls. 187).

É, em síntese, o relatório.

O recurso comporta provimento.

Análise dos autos dá conta de que a COMPANHIA METROPOLITANA DE HABITAÇÃO DE SÃO PAULO ajuizou ação de desapropriação em face de ZELIA GHEDINI DA SILVA, MAISA MARIA DA SILVA GRASSMANN

Acesso ao Sumário

e MARIA CHRISTINA THOMAZ DA SILVA, constando nos registros do 5º Cartório de Registro de Imóveis de São Paulo que a primeira demandada teria doado o imóvel, de matrícula n. 21.786, às demais requeridas, permanecendo, contudo, como usufrutuária do citado bem (v. fls. 59).

Ocorre que a Sra. Zelia Ghedini da Silva acabou falecendo no curso do processo, situação que resultou na suspensão do feito, conforme decisão de fls. 176.

Contudo, desnecessária a suspensão do processo, assistindo razão às recorrentes.

O artigo 1.410, inciso I, do Código Civil, apregoa que o usufruto se extingue com a morte do usufrutuário. Confira-se:

> "***Art. 1.410. O usufruto extingue-se, cancelando-se o registro no Cartório de Registro de Imóveis:***
>
> ***I – pela renúncia ou morte do usufrutuário;***"

Diante disso, comprovado nos autos a condição de usufrutuária da falecida e o cancelamento do respectivo registro de usufruto no Cartório de Imóveis (fls. 175), não se vislumbra motivos para a suspensão determinada no juízo singular.

Vale lembrar que o usufruto é direito personalíssimo, não sendo passível de herança, o que reforça a convicção acerca da desnecessidade de paralisação do processo. Assim já decidiu esta E. Corte de Justiça:

> "***Em outras palavras, sendo o usufruto um direito personalíssimo, a morte do usufrutuário implica a consolidação da plena propriedade em favor do nu-proprietário, de modo que eventuais herdeiros da beneficiária não teriam qualquer direito sobre o bem.***" (Agravo Regimental n. 0600343-60.2008.8.26.0100/50000, rel. Des. De Santi Ribeiro)

Deste modo, suscetível de reparo é a decisão monocrática.

Ressalto, em remate, que o presente acórdão enfocou as matérias necessárias à motivação do julgamento, tornando claras as razões pelas quais chegou ao resultado do recurso. A leitura do acórdão permite ver cristalinamente o porquê do ***decisum***. É o que basta para o respeito às normas de garantia do Estado de Direito, entre elas a do dever de motivação (CF, art. 93, IX), não sendo mister divagar sobre todos os pontos e dispositivos legais citados pelas partes.

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,

Acesso ao Sumário

p. 240).

Daí porque, pelo meu voto, dá-se provimento ao recurso para o fim de ordenar o regular prosseguimento do feito.

DECLARAÇÃO DE VOTO VENCEDOR

(Voto nº 19722)

Ementa: AGRAVO DE INSTRUMENTO – Tempestividade – Embargos declaratórios contra decisão interlocutória que suspendeu o processo – Pretensão de reconsideração contra ato judicial decisório que não se trata de sentença na forma do art. 535 do CPC – Interrupção do prazo reconhecido diante da Jurisprudência dominante.

Desapropriação – Descabimento da suspensão do processo de desapropriação para habilitação de sucessores do usufrutuário falecido – Direito real intransmissível por sucessão – Consolidação da plena propriedade em mãos dos titulares do domínio, antes nua-propriedade – Reforma da decisão. RECURSO PROVIDO.

Vistos.

Adoto o r. voto do ilustre Des. Relator.

Necessário afirmar que deixou de reconhecer a intempestividade do recurso de agravo de instrumento, considerando que a Jurisprudência dominante, inclusive no E. STJ e mesmo já constando no Projeto do novo Código de Processo Civil (art. 1.035), possibilita o manejo dos embargos de declaração contra toda decisão judicial, ainda que tenha caráter infringente ou de reconsideração e não, de fato, de aclarar alguma omissão, dúvida, erro, obscuridade. Por isso, deixo aquela anterior interpretação mais estrita da lei processual (art. 535 do atual CPC), para me filiar à corrente majoritária adotada por esta Colenda 8ª Câmara.

No mérito, de fato o direito real imobiliário de usufruto não se transmite a sucessores por morte do usufrutuário, cabendo o inconformismo contra a suspensão do feito para habilitação de herdeiros, polarizada a ação adequadamente contra os titulares do domínio e com intervenção do locatário.

Isso posto, voto para dar provimento ao agravo.

LEONEL COSTA, Desembargador

Acesso ao Sumário

Agravos Regimentais

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo nº 9142178-48.2002.8.26.0000/50001, da Comarca de São José dos Campos, em que são agravantes NIVALDO LOPES DA SILVA e SILVIA APARECIDA RUBINI LOPES DA SILVA, é agravado MINISTÉRIO PÚBLICO.

ACORDAM, em 1ª Câmara Reservada ao Meio Ambiente do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto da Relatora, que integra este acórdão. **(Voto nº 26.517)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores RUY ALBERTO LEME CAVALHEIRO (Presidente sem voto), TORRES DE CARVALHO e JOÃO NEGRINI FILHO.

São Paulo, 6 de novembro de 2014.

ZÉLIA MARIA ANTUNES ALVES, Relatora

Ementa: Agravo Regimental – Ação civil pública – Meio ambiente – Construção de edifício de 02 (dois) pavimentos, em área "non aedificandi" e de preservação ambiental, próxima a curso d'água – Recursos de apelação, interpostos pela municipalidade corré e pelos corréus, NIVALDO e SILVIA, não providos, por maioria de votos – Indeferimento do processamento dos embargos infringentes, opostos pelos corréus, NIVALDO e SILVIA – Aplicação do art. 530, do CPC – Violação do art. 253, "caput", do Regimento Interno do E. Tribunal de Justiça, não caracterizada – Recurso não provido.

Acesso ao Sumário

VOTO

Vistos.

1 – Agravo Regimental, apresentado por **NIVALDO LOPES DA SILVA e SILVIA APARECIDA RUBINI LOPES DA SILVA,** nos autos da ação civil pública, que lhes é movida e à **PREFEITURA MUNICIPAL DE SÃO JOSÉ DOS CAMPOS** pelo **MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO**, impugnando a decisão da relatoria que, com fulcro no **art. 530, do**

CPC, indeferiu o processamento dos embargos infringentes, por eles opostos, determinado o trânsito em julgado do v. acórdão. (fls. 702).

Os corréus asseveram, em síntese, que há patente divergência entre o voto majoritário e o voto vencido, notadamente, quanto à aplicabilidade, ao caso, da Lei nº 12.651/12; que houve modificação da sentença de mérito, na medida em que o v. acórdão apreciou a preliminar de cerceamento de defesa – ante a não designação da audiência de conciliação (art. 331, do CPC; art. 5º, LV, da CF) – a qual não foi suscitada no juízo de origem e que, em respeito aos princípios da fungibilidade recursal, da economia processual e do esgotamento de instância, os embargos infringentes devem ser recebidos e processados. (fls. 772/781).

É o relatório.

2 – Não merece prosperar o recurso.

A ação civil pública, ajuizada pelo autor, o **MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO**, foi julgada procedente, condenados os réus **NIVALDO LOPES DA SILVA e SILVIA APARECIDA RUBINI LOPES DA SILVA**, ora agravantes, e o **MUNICÍPIO DE SÃO JOSÉ DOS CAMPOS**, ao cumprimento das obrigações de fazer e de não fazer especificadas. (fls. 417/425).

Por acórdão proferido na sessão de julgamento realizada no dia **22/05/14**, esta C. 1ª. Câmara Reservada ao Meio Ambiente, por maioria de votos, negou provimento aos recursos de apelação interpostos pelos corréus, **NIVALDO LOPES DA SILVA e SILVIA APARECIDA RUBINI LOPES DA SILVA,** ora agravantes, e pelo **MUNICÍPIO DE SÃO JOSÉ DOS CAMPOS**. (fls. 631/646, 647/652).

Os corréus, **NIVALDO LOPES DA SILVA e SILVIA APARECIDA RUBINI LOPES DA SILVA**, ora agravantes, interpuseram recurso de embargos infringentes, visando a prevalência do voto vencido da lavra do E. Desembargador **TORRES DE CARVALHO**, que dava provimento aos recursos e julgava a ação civil pública improcedente. (fls. 655/679).

Prescreve, expressamente, o **art. 530, do CPC**, com a redação dada pela **Lei nº. 10.352, de 26/12/2001:**

> "**Cabem embargos infringentes quando o acórdão não unânime houver reformado, em grau de apelação, a sentença de mérito, ou houver julgado procedente ação rescisória. Se o desacordo for parcial, os embargos serão restritos à matéria objeto da divergência.**"

Acesso ao Sumário

De acordo com o texto claro da lei processual, os embargos infringentes são cabíveis, apenas e tão somente, quando não for unânime o acórdão proferido em apelação, que **reformar sentença de mérito**, ou julgar procedente ação rescisória.

No caso dos autos, a turma julgadora, por maioria de votos, como visto, negou provimento aos recursos de apelação, interpostos pelos corréus, ora

agravantes, e pelo **MUNICÍPIO DE SÃO JOSÉ DOS CAMPOS**, e manteve a r. sentença de procedência da ação civil pública.

Em suma, sem desconhecer que o **art. 253, "caput", do Regimento Interno do Tribunal de Justiça**, admite a medida quando lesado direito processual da parte, não se vislumbra nenhuma violação, eis que a relatora se limitou a indeferir o processamento do recurso de embargos infringentes, mediante decisão suficientemente fundamentada, sem quaisquer resquícios de violação dos princípios legais e processuais.

Deste modo, inexistindo flagrante irregularidade processual, ato judicial abusivo ou arbitrário, ilegal ou teratológico, mas apenas evocação de direito duvidoso, de ser mantida a r. decisão recorrida.

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

Apelações

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0004372-11.2013.8.26.0495, da Comarca de Registro, em que é apelante IAMSPE – INSTITUTO DE ASSISTÊNCIA MÉDICA AO SERVIDOR PÚBLICO ESTADUAL, é apelada IVANY DE SOUSA NOGUEIRA.

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 34.492)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores EDSON FERREIRA (Presidente) e OSVALDO DE OLIVEIRA.

São Paulo, 7 de outubro de 2014.

BURZA NETO, Relator

Ementa: AÇÃO ORDINÁRIA – REEMBOLSO DE DESPESAS DECORRENTES DA TRANSFERÊNCIA DE DOENTE EM UTI MÓVEL – RESPONSABILIDADE DO INSTITUTO DE ASSISTÊNCIA MÉDICA AO SERVIDOR PÚBLICO ESTADUAL (IAMSPE) DE CUSTEAR AS

Acesso ao Sumário

DESPESAS – SENTENÇA MANTIDA – RECURSO IMPROVIDO.

VOTO

Trata-se de apelação voltada contra a sentença de fls. 62/64, de relatório adotado que julgou parcialmente procedentes os pedidos iniciais e condenou o IAMSPE a restituir à autora a importância de R$ 9.500,00, atualizado desde a data do pagamento até a efetiva restituição. Incidindo sobre os valores devidos correção monetária, de acordo com o INPC, desde as lesões e, juros de mora, a partir da citação, em 1% ao mês, diante do resultado do Plenário do Supremo no julgamento das ADIs 4.357/DF e 4.425/DF, que ao apreciar o artigo 100 da Constituição Federal, com redação que lhe foi conferida pela Emenda Constitucional 62/2006, declarou a inconstitucionalidade de determinadas expressões constantes dos parágrafos do citado dispositivo constitucional, além de, por arrastamento, declarar inconstitucional o artigo 1º-F da Lei 9.494/1997, com redação dada pela Lei 11.960/2009, e improcedente o pedido de indenização por danos morais. Arcará a ré com o pagamento das custas e despesas processuais e honorários advocatícios, corrigidos monetariamente, fixados por equidade, em 10% sobre o valor da condenação.

Inconformado, apela o IAMSPE, requerendo o provimento do recurso e a improcedência da ação.

Recurso recebido e processado em ambos os efeitos, inclusive com as contrarrazões, estando em termos para julgamento.

É o Relatório.

O recurso não comporta provimento.

Trata-se de ação ordinária de indenização por dano material e moral, onde a autora pleiteia o reembolso de despesas decorrentes de transferência de seu esposo, em UTI móvel, por ter sido internado, quando em viagem pela cidade de Ponte Nova/MG, sendo indicado, por médico que o assistiu na UTI, a transferência para um Hospital em São Paulo, que melhor pudesse atender o paciente.

Na cidade, onde seu esposo estava internado, não havia disponibilidade nem pelo IAMSPE e nem pelo SUS de ambulância como exigida, tendo que contratar ambulância particular com UTI e médico acompanhante, pelo valor de R$ 9.500,00.

Requereu administrativamente o reembolso que restou negado, por não atender aos requisitos do art. 11 do Dec. Lei 257/70.

A autora, é servidora pública Estadual aposentada, alega contribui mensalmente para o Instituto de Assistência Médica ao Servidor, e tinha como seu dependente o esposo Sr. Pedro Ramos Nogueira.

Acesso ao Sumário

Ademais:

Dispõe a Constituição Federal, em seu art. 196, que:

"**A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem a redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.**"

E o art. 198 da Constituição Federal estatui que as ações e serviços públicos de saúde integram uma rede regionalizada e hierarquizada e constituem um sistema único, organizado de acordo com as seguintes diretrizes: (...)

"**II – atendimento integral, com prioridade para as atividades preventivas, sem prejuízo dos serviços assistenciais.**"

O Colendo Supremo Tribunal Federal já deixou assentado que: "O direito à saúde – além de qualificar-se como direito fundamental que assiste a todas as pessoas – representa consequência constitucional indissociável do direito à vida. O Poder Público, qualquer que seja a esfera institucional de sua atuação no plano da organização federativa brasileira, não pode mostrar-se indiferente ao problema da saúde da população, sob pena de incidir, ainda que por omissão, em censurável comportamento inconstitucional".

"O direito público subjetivo à saúde traduz bem jurídico constitucionalmente tutelado, por cuja integridade deve velar, de maneira responsável, o Poder Público (federal, estadual ou municipal), a quem incumbe formular – e implementar – políticas sociais e econômicas que visem a garantir a plena consecução dos objetivos proclamados no art. 196 da Constituição da República" (Recurso Extraordinário nº 273.834, rel. Min. Celso de Mello).

Também já decidiu o E. Superior Tribunal de Justiça que:

"**1. É dever do Estado assegurar a todos os cidadãos o direito fundamental à saúde constitucionalmente previsto. 2. Eventual ausência do cumprimento de formalidade burocrática não pode obstaculizar o fornecimento de medicação indispensável à cura e/ou a minorar o sofrimento de portadores de moléstia grave que, além disso, não dispõem dos meios necessários ao custeio do tratamento. 3. Entendimento consagrado nesta Corte na esteira de orientação do Egrégio STF. 4. Recurso ordinário conhecido e provido" (RMS nº 11.129-0-PR, Rel. Min. Francisco Peçanha Martins. 2ª T., v.u., j. 02.10.2001).**

A este respeito, aliás, já se posicionou a jurisprudência:

MANDADO DE SEGURANÇA – Fornecimento de remédios – Obrigação do Estado – Independentemente de estar ou não relacionado o remédio – Portadora de hepatite crônica VHC – Interferon Peguilado Alfa 2A Ribavirina – Agravo provido. (Agravo

Acesso ao Sumário

de Instrumento n.º 339.130-5/9 – São Paulo – 3.ª Câmara de Direito Público – Relator: Gama Pellegrini – 16.03.04 – V.U.)

AGRAVO DE INSTRUMENTO – Fornecimento de medicação (Interferon Peguilado) a paciente que sofre de Hepatite C, com poucas posses – Concessão de tutela antecipada solicitada contra a Fazenda do Estado, para tal fim – Pedido negado, em primeiro grau – Requisitos legais do artigo 273 do Código de Processo Civil, contudo, presentes – Recurso provido. (Agravo de Instrumento n.º 337.350-5/8-00 – São Paulo – 1.ª Câmara de Direito Público – Relator: Wanderley José Federighi – 07.10.03 – V.U.)

AGRAVO DE INSTRUMENTO – Fornecimento de medicamento – Portador de Hepatite "C" – Deferimento do pedido de antecipação da tutela – Medicamentos que constam da relação do Ministério da Saúde para fornecimento gratuito – Prescrição por médico da rede pública de saúde – Observância dos procedimentos estabelecidos pelo "Protocolo Clínico e Diretrizes Terapêuticas para Hepatite Viral Crônica C" (aprovado pela Portaria 863, de 04.11.2002, da Secretaria de Assistência à Saúde) que não compete ao pagamento – Irreversibilidade da medida antecipatória – Admissibilidade na espécie – Recurso não provido. (Agravo de Instrumento n.º 335.446-5/1 – São Paulo – 3.ª Câmara de Direito Público "Julho/2003" – Relator: José Cardinale – 09.09.03 – V.U.)

SAÚDE – Mandado de Segurança – Obtenção de medicamentos – Paciente que não tem condições financeiras de adquiri-los – Obrigação do Estado – A vida é direito subjetivo indisponível e tem fundamento no Direito Natural – O direito à vida está constitucionalmente assegurado ao cidadão – Recursos não providos. (Apelação Cível nº 108.455-5 – Araçatuba – 8.ª Câmara de Direito Público – Relator: Toledo Silva – 29.03.2000 – V.U.)

MANDADO DE SEGURANÇA – Dispensação de medicamento (Interferon) – Urgência da medicação, necessária para tratamento de hepatite crônica – Exigência injustificável de preenchimento de ficha SME, para atendimento da solicitação de paciente extremamente debilitado – Saúde, dever do Estado, garantia individual, justifica a dispensa de cumprimento de formalidades para entrega da droga – Subsistência da sentença concessiva da ordem – Recurso oficial, único interposto, não provido. (Apelação Cível n.º 63.612-5 – Guararema/Mogi das Cruzes – 5.ª Câmara de Direito Público – Relator: William Marinho – 06.05.99 – V.U.)

Ante o exposto, NEGA-SE provimento ao recurso.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0053934-88.2012.8.26.0053, da Comarca de São Paulo, em que é apelante FAZENDA DO ESTADO DE SÃO PAULO, é apelado C.A.P..

ACORDAM, em 3ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 30422)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores AMORIM CANTUÁRIA (Presidente sem voto), MARREY UINT e CAMARGO PEREIRA.

São Paulo, 21 de outubro de 2014.

JOSÉ LUIZ GAVIÃO DE ALMEIDA, Relator

Ementa: Ato administrativo – Anulação – Admissibilidade – Caso em que os fatos praticados pelo apenado não se enquadravam nas condutas descritas na Lei Estadual nº 10.948/2001, pois estavam em consonância com expressa disposição constitucional e infraconstitucional, e com parte dos julgados – Alteração do conceito de união estável pelo STF – Honorários fixados adequadamente – Recurso improvido.

VOTO

Trata-se de ação anulatória ajuizada por **C.A.P.** contra o **Estado de São Paulo.** Diz a inicial que a Secretária da Justiça e da Defesa da Cidadania do Estado de São Paulo lhe aplicou sanção de advertência prevista no art. 6º, I, da Lei Estadual nº 10.948/2001, por supostamente ter praticado ato de discriminação homofóbica ao negar o pedido de inclusão de determinada pessoa e sua filha como dependentes de outra pessoa do mesmo sexo em seu título familiar do clube, o que teria violado o princípio da dignidade humana. Requereu seja anulado o ato, pois inexistiria subsunção da conduta do autor às infrações tipificadas no art. 2º da Lei mencionada, pois este teria apenas aplicado o Estatuto Social e a legislação em vigor (mormente os arts. 1.723 do CC e 226, § 3º, da Constituição Federal), conforme interpretação aceita pelo Judiciário à época, que estabelecia

Acesso ao Sumário

que a união estável somente se daria entre pessoas de sexo diferente.

Citado, o Estado requerido contestou (fls. 393), sustentando que a decisão administrativa proferida no âmbito da discricionariedade que a legislação lhe outorga, entendeu caracterizada a discriminação homofóbica (fls. 273), não podendo o Judiciário, tendo em vista a observância do procedimento legal e da ampla defesa no processo administrativo, tolher o discricionarismo da administração quanto à aplicação da pena aplicável na Lei e à conveniência ou oportunidade de sua imposição.

Réplica a fls. 378.

A ação foi julgada procedente (fls. 393) pela juíza *Paula Micheletto Cometti*, para anular o ato da Ilma. Secretária da Justiça e da Defesa da Cidadania do Estado de São Paulo que aplicou ao C.A.P. a pena de advertência de que trata o art. 6º, I, da Lei Estadual nº 10.948/2001.

Insatisfeito, apela o autor, alegando que houve *error in judicando*, pois a juíza fixou os honorários em valor abusivo (R$ 2.000,00) e porque o ato se mostrou legal, não podendo ser anulado.

Recurso tempestivo e contrariado, a fls. 421.

É o relatório.

Insiste o Estado recorrente no fato de que o ato administrativo, discricionário, não poderia ser revisto pelo Judiciário, pois seria intromissão no mérito.

Como bem observou a decisão de primeiro grau, no entanto, é possível que o Judiciário analise se o ato praticado pelo Clube recorrido enquadrava-se em qualquer das hipóteses de discriminação descritos na Lei Estadual indicada na inicial, para que se pudesse aplicar a sanção de advertência aplicada pela Secretária da Defesa e da Cidadania do Estado.

Nesse sentido, a sentença:

"*Dessa forma, feitas tais considerações, o ponto central a ser analisado na presente demanda é se o fato do autor ter negado, em 26.10.2010, o pedido de inclusão de determinada pessoa e de sua filha como dependentes de outra pessoa do mesmo sexo, à vista da relação homoafetiva existente entre elas, se subsume a quaisquer dos tipos administrativos supratranscritos (incisos I a VIII do art. 2º da Lei Estadual nº 10.948/2001) e que ensejam a aplicação das sanções previstas no art. 6º, I a V, do mesmo diploma.*"

No caso em apreço, nota-se que o Estatuto Social do Clube apelado somente permitia que o associado de classe familiar incluísse como dependente companheiro de união estável, nos termos dos arts. 1.723 a 1.727 do Código Civil.

Por muito tempo o conceito de união estável se limitou à união entre

Acesso ao Sumário

pessoas de sexos distintos, em razão de expressa disposição legal (art. 1.723 do CC e art. 226, § 3º, da CF).

Por muito tempo, Doutrina e Jurisprudência se dividiram acerca do tema, e somente com a decisão do Supremo Tribunal Federal, na ADIn nº 4.277 (Rel. Min. Ayres Britto, j. 05.05.2011), a interpretação (com eficácia vinculante e *erga omnes*) ganhou o sentido de que a união contínua, pública e duradoura entre pessoas do mesmo sexo era também união estável.

Se este Tribunal de Justiça, na época dos fatos, interpretava literal e corretamente a lei e não admitia união estável entre pessoas do mesmo sexo, não se pode dizer que o autor, ao negar a inclusão de pessoa do mesmo sexo como dependente, na qualidade de companheiro do associado, praticou qualquer ação discriminatória, como entendeu a Secretária da Justiça e da Cidadania.

Sob a ótica da legalidade, que deve nortear os atos administrativos, a decisão que indeferiu o pedido de inclusão do companheiro do mesmo sexo como dependente do titular não se encaixava em qualquer das condutas descritas na lei, não podendo ser-lhe aplicada a punição referida.

Hoje a questão passa a ser discutível, ou seja, se é possível impor a uma associação particular, na qual não cabe ao Estado intervir, consoante é expressa a Constituição Federal, os efeitos do julgamento da ADIN nº 4.277. Mas em 2010, não se poderia exigir do clube atitude diversa da que tomou.

Portanto, correta a decisão de primeiro grau que, verificando que, na época dos fatos, inexistia subsunção da conduta do autor a quaisquer das infrações tipificadas no art. 2º da Lei Estadual nº 10.948/2001, entendeu que o ato administrativo que aplicou a sanção ao clube feria o princípio da tipicidade (e, consequentemente, o da legalidade), devendo ser anulado.

Em relação aos honorários advocatícios, entende o Estado que eles foram fixados em valor excessivo (R$ 2.000,00) e em desacordo com a jurisprudência.

Embora não tenha havido dilação probatória, não há dúvida de que se tratou de processo trabalhoso, vendo-se o autor obrigado a juntar inúmeros documentos para comprovar os fatos que alegou e comprovar que a conduta estava de acordo com parte da Doutrina e da Jurisprudência da época, não se enquadrando nas condutas descritas na Lei Estadual nº 10.948/2001.

Ainda, em casos semelhantes, com esta complexidade, há precedentes deste Tribunal, fixando os honorários do advogado no valor aqui arbitrado.

Dessarte nega-se provimento ao recurso.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 1014308-11.2013.8.26.0053, da Comarca de São Paulo, em que é apelante CARLETO EDITORIAL LTDA. – ME, é apelada PREFEITURA MUNICIPAL DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em 8ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 28552)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores JOÃO CARLOS GARCIA (Presidente), PAULO DIMAS MASCARETTI e JARBAS GOMES.

São Paulo, 5 de novembro de 2014.

JOÃO CARLOS GARCIA, Presidente e Relator

Ementa: LEI MUNICIPAL QUE PROÍBE DISTRIBUIÇÃO DE PANFLETOS EM VIA PÚBLICA (LEI 14.517/2007 DO MUNICÍPIO DE SÃO PAULO) – AÇÃO ANULATÓRIA DE SANÇÃO ADMINISTRATIVA – AUTORA QUE ALEGA FALTA DE EMBASAMENTO LEGAL EM RAZÃO DO RESULTADO DA ADPF 130[1], UMA VEZ QUE A NORMA MUNICIPAL REMETE AO CRITÉRIO DA LEI DE IMPRENSA PARA DISTINÇÃO ENTRE PANFLETO E JORNAL – Lei Municipal que deixa claro seu fim de proibir a distribuição de panfletos – Material apreendido que é suscetível de ser considerado panfleto independentemente de subjetivismo, pois, de suas quatro páginas, duas eram destinadas à publicidade de uma mesma empresa e assim também a metade das outras duas, sendo que a matéria "jornalística" diz respeito, precisamente, às novas invenções do fabricante dos produtos da empresa – Violação do princípio da legalidade – Não reconhecimento – Inteligência do art. 5º da LEI DE INTRODUÇÃO ÀS NORMAS DO DIREITO BRASILEIRO – Sentença de improcedência mantida - Apelo desprovido.

1 ARGUIÇÃO DE DESCUPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL

Acesso ao Sumário

VOTO

1. Trata-se de ação anulatória de sanção administrativa ajuizada por **CARLETO EDITORIAL LTDA. – ME** contra o **MUNICÍPIO DE SÃO PAULO**.

A autora afirma que em 2013 foi autuada, processada e sancionada administrativamente (multa de R$ 5.000,00) pelo réu sob o fundamento de que foi flagrada distribuindo panfletos em via pública, conduta proibida pelo art. 26 da Lei 14.517/2007 do Município de São Paulo.

Ocorre que, segundo alega, a autuação é descabida porque o § 2º dessa norma, ao excepcionar da proibição os jornais, remete, a partir da redação que lhe deu a Lei Municipal 14.583/2007, ao critério de distinção entre panfletos e jornais previsto na Lei de Imprensa, que foi considerada pelo STF como não recepcionada pela CF/1988 e, por isso, há uma lacuna na legislação municipal que retira o embasamento legal para o ato administrativo.

Pede a anulação do auto de infração e da sanção administrativa correspondente.

Indeferido inicialmente **(fls. 47/48)**, o pedido de antecipação de tutela veio a ser acolhido após depósito judicial do valor da multa **(fl. 54)**.

O réu apresentou contestação argumentando, em síntese, que a antiga redação do § 2º do art. 26 da Lei Municipal 14.517/2007 previa, como critério de distinção entre panfletos e jornais, conter a publicação 80% de informação jornalística, sendo evidente que o material distribuído pela autora era panfleto, e não jornal, uma vez que, de quatro páginas, duas eram destinadas à publicidade de uma mesma empresa e assim também a metade das outras duas **(fls. 64/73)**.

Sobreveio sentença julgando improcedente o pedido sob o fundamento de que a legislação municipal deve ser interpretada de acordo com sua finalidade e, no caso, não há dúvida de que o material apreendido é um panfleto **(fls. 83/86)**.

Inconformada, apela a autora pedindo a inversão do julgado com apoio nos mesmos argumentos apresentados na inicial, acrescidos apenas de invocação dos princípios da legalidade e da ampla defesa **(fls. 88/95)**.

Recurso respondido **(fls. 100/106)**.

É o relatório.

2. Sentença escorreita.

Se é certo que a Administração Pública está submetida ao princípio da legalidade, especialmente em tema de sanção administrativa, não é menos certo que, na aplicação desse princípio, deve ser observado o disposto no **art. 5º da LEI DE INTRODUÇÃO ÀS NORMAS DO DIREITO BRASILEIRO**, segundo o qual o intérprete deve levar em consideração os fins sociais a que a

Acesso ao Sumário

lei se destina.

No caso, o fim objetivado pela **LEI 14.517/2007** do Município de São Paulo, mesmo na redação posterior à **LEI MUNICIPAL 14.583/2007**, é de clareza solar: proibir a distribuição de panfletos em via pública.

Por outro lado, a constatação de que o material apreendido não é um jornal, e sim um panfleto, passa longe de qualquer subjetivismo. Com efeito, de suas quatro páginas, duas eram destinadas à publicidade de uma mesma empresa e assim também a metade das outras duas, sendo que a matéria "jornalística" diz respeito, precisamente, às novas invenções do fabricante dos produtos da empresa **(fls. 70/73)**.

É o suficiente para afastar a tese de falta de amparo legal, formulada com apoio no resultado da **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 130**, e, via de consequência, de desrespeito à ampla defesa por falta de indicação da norma violada.

3. Ante o exposto, nega-se provimento ao apelo.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0013960-19.2010.8.26.0278, da Comarca de Itaquaquecetuba, em que são apelantes ISRAEL BATISTA DE MORAIS e MARIA DAS GRAÇAS VIEIRA MORAIS, é apelado MUNICÍPIO DE ITAQUAQUECETUBA.

ACORDAM, em 1ª 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 8.960)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores LUÍS FRANCISCO AGUILAR CORTEZ (Presidente) e DANILO PANIZZA.

São Paulo, 4 de novembro de 2014.

VICENTE DE ABREU AMADEI, Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: APELAÇÃO – Ação cominatória destinada a inibir parcelamento do solo urbano e construções clandestinas em curso, a regularizar os desdobros e construções já realizados, e, sucessivamente, caso não atendida a obrigação de fazer, a demolir os piquetes, demarcações, construções e demais ações irregulares na área, tornando-a ao seu *status quo ante* – Desdobro

(segundo a lei local) ou desmembramento de pequeno porte (segundo a lei federal) e edificações despidos de licenças urbanísticas – Exercício regular do poder municipal de polícia administrativa, na tutela dos aspectos urbanísticos da cidade – Usucapião, destinado à solução da questão dominial privada, sem força para resolver ou sanar as irregulares urbanísticas de ordem pública – Direito social de moradia, que não tem feição absoluta, nem se pode realizar em modo clandestino ou irregular, com afronta às normas cogentes de parcelamento, uso e ocupação do solo urbano – Sentença de procedência da demanda confirmada em seu miolo, com pequeno reparo, destinado apenas a ampliar o prazo para a regularização, fixando-o em tempo maior, para atender ao critério da razoabilidade e da proporcionalidade, bem como para afastar o comando subsidiário de demolição das construções erguidas por terceiros que não são partes neste processo – RECURSO PROVIDO EM PARTE.

VOTO

Trata-se de apelação (fls. 354/362) interposta por **Israel Batista de Morais e outro**, em ação cominatória ajuizada pelo **Município de Itaquaquecetuba**, em face da r. sentença (fls. 341/346), que julgou procedente a demanda para determinar aos réus, ora apelantes, a regularização dos desdobros e das construções no prazo de trinta dias, ou, caso decorrido este prazo sem cumprimento, para a adoção das medidas necessárias à demolição dos piquetes, demarcações, construções e demais ações irregulares sobre a área, sob pena de multa diária, no valor de R$ 100,00 (cem reais). Condenou, ainda, os réus ao pagamento das custas processuais, bem como honorários advocatícios de 20% (vinte por cento) do valor da causa, atualizado desde o ajuizamento.

Os apelantes pretendem o provimento do recurso para a reforma da r. sentença, arguindo, em **preliminar**, a impossibilidade de cumprir a obrigação determinada enquanto não julgada a ação de usucapião em curso, e, no **mérito**, em resumo, que o repasse e acolhimento das quatro famílias, inclusive sua filha e genro, na área em foco, teve o fim de regularizar situação de fato, em quadro de atenção ao direito social de moradia e até da usucapião constitucional (art. 183 da CF), sem intuito comercial e sem afronta à Lei nº 6.766/79.

Deferido aos réus, ora apelantes, o benefício da assistência judiciária e

Acesso ao Sumário

recebido o apelo no duplo efeito (fls. 383), os autos subiram.

O Município apresentou contrarrazões (fls. 385/391) e a Procuradoria Geral de Justiça manifesta-se pelo desprovimento do recurso (fls. 395/397).

É o relatório, em acréscimo ao da r. decisão recorrida.

Satisfeitos os pressupostos de admissibilidade da apelação.

Não há impossibilidade jurídica da causa de pedir e do pedido deduzidos na petição inicial, nem há impossibilidade de satisfação do comando judicial de feição cominatória constante na r. sentença, pois não são proscritos pelo ordenamento jurídico nem estão cercados de inviabilidade material de execução.

Ademais, não é preciso aguardar a solução da ação de usucapião, para a promoção das medidas de regularização urbanística e administrativa, que a própria municipalidade admite, na inicial, possam ser realizadas pelos réus, nada obstante a condição atual de meros possuidores *ad usucapionem*, destacando-se, ainda, como bem constou na r. sentença, que a usucapião irá apenas regularizar a situação dominial, mas em nada sanará a irregular situação urbanística em que o imóvel se encontra, ante o seu parcelamento do solo urbano despido de prévia aprovação e as edificações despidas de prévias licenças.

Afasta-se, assim, a preliminar levantada em apelo e, no mérito, é o caso de manter a r. sentença, com pequeno reparo.

Com efeito, verifica-se nos autos, pela prova documental constantes nos autos e pelos fatos elevados à categoria de incontroversos, que os réus, na qualidade de possuidores (e ainda não proprietários, por falta de registro predial de instrumento particular de promessa de doação outorgado em favor deles, mas em processo de usucapião) do lote 05 da quadra 10, do loteamento denominado "*Veraneio Maracanã*", em Itaquaquecetuba, com área de 3.015 m², fracionaram-na e repassaram as unidades fracionadas para outros ("*4 famílias*", como informam os réus na contestação: fls. 300), e, assim, foram erguidas edificações no local, para fins de moradia, observando-se que tanto para o referido parcelamento do solo, como para as edificações, não houve prévia licença urbanística.

Acesso ao Sumário

Evidente, pois, neste contexto, a ocorrência de parcelamento do solo urbano e edificações ilegais, na modalidade clandestina, de responsabilidade dos réus.

É verdade que a unidade imobiliária fracionada é fruto de loteamento anterior, mas não é de pequena dimensão de área, e, pela lei local, o tal fracionamento comporta qualificação como desdobro, ou seja, "*subdivisão de lote resultante de loteamento ou desmembramento aprovado ou regularizado pela Prefeitura Municipal em duas ou mais partes*" (art. 2º, V, da Lei Complementar nº 157/2008).

Essa figura do desdobro é de direito urbanístico local, destacando-se que

ela inexiste no plano normativo federal, uma vez que a Lei nº 6.766/79 prevê apenas as figuras do loteamento e do desmembramento.

Isso, entretanto, a rigor e por si, não desfavorece os réus, na medida em que se pode classificar o caso, mesmo no ângulo da lei federal, como desmembramento de pequeno porte, na medida em que, embora sem abertura ou prolongamento de via pública (e, portanto, afastada a figura do loteamento), a subdivisão do lote em questão foi em poucas unidades, sem feição empresarial e sem elementos para se afirmar ocorrência de fraude à lei mediante a figura conhecida por "*parcelamento sucessivo*".

Assim, no caso, não se pode configurar ofensa à Lei nº 6.766/79, ante a sua interpretação teleológica, que prevalece à interpretação literal, como se colhe em vasta jurisprudência administrativa e em Normas de Serviço da Corregedoria Geral da Justiça de São Paulo (cf. subitens 170.4 e 170.5 do capítulo XX do tomo II das NSCGJ-SP e o parecer referente ao Proc. CGJ-SP nº 68/2006, por exemplo), que até afastam, nestes casos, os rigores do registro especial (art. 18 da Lei nº 6.766/79) e admitem o ingresso de desdobros ou desmembramentos de pequeno porte nas tábuas registrais mediante simples averbação (art. 167, II, nº 4, da Lei nº 6.015/73).

Todavia, tal fato, em nada, afasta a situação ilegal, clandestina, do tal desmembramento de pequeno porte (segundo a lei federal) ou do desdobro (segundo a lei municipal), uma vez que, também para ele a prévia licença urbanística era indispensável, ante as normas cogentes municipais de controle urbanístico, especialmente, no caso, o art. 15 da Lei Complementar Municipal nº 157/2008 (que impõe para o desdobro a necessidade de aprovação da Prefeitura).

Assim, sem aprovação do desdobro, e, ainda, com posterior edificação e ocupação ao arrepio da lei urbanística e das normas de controle das construções, uma vez que também não se colheu licença alguma para edificar, não há como deixar de concluir pela manifesta ilicitude na conduta dos réus.

Outrossim, não se pode negar que compete ao município o exercício do poder de polícia, para fiscalizar e, se necessário, intervir (quer para evitar a continuidade das ocupações informais, quer para fomentar as regularizações possíveis, quer até para o embargo de obras e a demolição das obras e construções irregulares), no exercício de seu poder de polícia de controle urbanístico, evitando, assim, a proliferação de parcelamentos do solo (ainda que por meros desdobros) e de edificações clandestinas, em processo de implantação ou de construção ao arrepio da lei e das aprovações municipais necessárias.

Ademais, a observância das regras e posturas municipais de parcelamento, uso e ocupação do solo urbano, bem como do Código de Obras e regramento complementar, estão centradas não apenas na tutela da ordem urbanística local, mas também na necessidade de segurança e de salubridade dos prédios

Acesso ao Sumário

habitacionais (cf. a doutrina de **Hely Lopes Meirelles**, in *Direito Municipal Brasileiro*, 13ª ed.. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 464/465 e de **Lúcia Valle Figueiredo**, in *Disciplina Urbanística da Propriedade*, 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 121/123).

Daí, pois, não se pode negar razão à r. sentença proferida, ao acolher os pedidos da municipalidade, especialmente os cominatórios para inibir os tais desdobros e as construções clandestinas em curso, bem como para a determinação de regularização dos desdobros e construções já realizados, e, sucessivamente, caso não atendida a obrigação de fazer, de demolir os piquetes, demarcações, construções e demais ações irregulares na área, tornando-a ao seu *status quo ante.*

Usucapião, repita-se, ainda que centrado na função social da propriedade, como é o de feição constitucional, realmente é destinado à solução da questão dominial privada, sem força para resolver ou sanar as irregulares urbanísticas de ordem pública.

E, também, o direito social de moradia não justifica parcelamento de solo nem edificação alguma ilegal, pois este direito social não tem feição absoluta, nem se pode realizar em modo clandestino ou irregular, com afronta às normas cogentes de parcelamento, uso e ocupação do solo urbano.

É, pois, o caso de confirmar a r. sentença de procedência da demanda em seu miolo, com dois pequenos reparos.

O primeiro, destinado a ampliar o prazo para a regularização, uma vez que 30 (trinta) dias é tempo exíguo para as regularizações necessárias, e, assim, é preciso ampliá-lo, para atender aos critérios da razoabilidade e da proporcionalidade, e, então, fixá-lo em 120 (cento e vinte) dias, que se apresenta suficiente e adequado para as medidas de regularização do desdobro e das edificações clandestinas.

O segundo, para afastar o comando subsidiário de demolição em relação às construções erguidas e que estão, desde antes da citação dos réus, na posse de terceiros, pois eles não são partes deste processo e, daí, pelo princípio da relatividade, não podem ser atingidos pelo tal provimento judicial. Vale, então, o comando demolitório subsidiário, apenas para as construções erguidas pelos réus ou que estavam na posse deles ao tempo da citação.

Logo, é o caso de provimento parcial do apelo, ficando, desde já, prequestionados todos os dispositivos legais ventilados na fase de recurso.

Pelo exposto, **DÁ-SE PARCIAL PROVIMENTO** ao recurso, apenas para dilatar o prazo de 30 (trinta) dias apontado no dispositivo da r. sentença, fixando-o em 120 (cento e vinte) dias, bem como para afastar o comando subsidiário de demolição das construções, salvo para aquelas erguidas pelos réus ou que estavam na posse deles ao tempo da citação, mantendo, no mais, a

Acesso ao Sumário

r. sentença atacada.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0017439-11.2013.8.26.0053, da Comarca de São Paulo, em que é apelante MOTOROLA INDUSTRIAL LTDA., é apelada FUNDAÇÃO DE PROTEÇÃO E DEFESA DO CONSUMIDOR – PROCON.

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 26.836)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores MAGALHÃES COELHO (Presidente) e COIMBRA SCHMIDT.

São Paulo, 10 de novembro de 2014.

MOACIR PERES, Relator

Ementa: AÇÃO ANULATÓRIA DE AUTO DE INFRAÇÃO – PROCON – Exigência de multa decorrente da prática da infração administrativa descrita no artigo 18, § 1ºdo Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078/90) – Multa fixada com base na Portaria nº 26/2006, com a redação dada pela Portaria nº 33/2009 – Portaria que apenas explicitou os critérios para aplicação da multa fixados no artigo 57 do Código de Defesa do Consumidor – Inexistência de ilegalidade – Multa aplicada de forma fundamentada, dentro de critérios objetivos e observada a dosimetria estabelecida no Código de Defesa do Consumidor, observando os princípios da proporcionalidade e razoabilidade – Ação julgada improcedente – Recurso improvido.

Acesso ao Sumário

VOTO

Motorola Industrial Ltda., inconformada com a r. sentença que julgou improcedente a ação (fls. 702/705), interpôs recurso de apelação.

Afirma que é ilegal e inconstitucional o artigo 33 da Portaria 22/2009 do Procon. Diz que a fórmula prevista no referido artigo nunca atingirá o patamar

mínimo previsto no artigo 57 do Código de Defesa do Consumidor. Assere que há vício de inconstitucionalidade material, pois a infração mais leve sempre será sancionada com multa superior ao mínimo legal previsto no CDC. Argui violação aos princípios da razoabilidade e proporcionalidade. Alega que o Procon, ao aplicar a sanção administrativa, somente observou a condição econômica do apelante. Cita julgados favoráveis. Sustenta que o cálculo da multa ofende o princípio da proporcionalidade, tendo caráter confiscatório. Argumenta que o auto de infração é insubsistente. Assere que inexistiu a infração mencionada. Aduz que cumpriu o prazo de 30 dias para o reparo do produto e que houve a perda da garantia por parte dos consumidores. Daí, pretender a reforma da r. sentença (fls. 714/738).

Com as contrarrazões (fls. 831/848), subiram os autos.

É o relatório.

Objetiva a autora, por meio da presente ação anulatória, seja declarada "a nulidade do ato administrativo punitivo e a inexigibilidade da multa aplicada por violação ao princípio da legalidade" (fls. 22).

Consta dos autos que Motorola Industrial Ltda. foi autuada, no dia 24.3.2010, por "deixar de reparar, dentro do prazo legal de 30 (trinta) dias, vícios de qualidade apresentados por aparelhos celulares, de modelos variados, remetidos à assistência técnica. Dessa forma, infringiu o § 1º do artigo 18 da Lei 8078/90 – Código de Defesa do Consumidor. Por tal conduta, fica o autuado sujeito à sanção prevista nos artigos 56, I e artigo 57, da Lei nº 8078/90, sem prejuízo das demais sanções previstas no artigo 56 da referida lei" (fls. 183). Foi apresentado o demonstrativo inicial de cálculo da multa no valor de R$ 307.160,00 (fls. 369). A autora foi notificada e apresentou defesa administrativa (fls. 394/417). O auto de infração foi julgado subsistente, majorada a multa aplicada para R$ 460.740,00, em razão da reincidência (fls. 524). Contra a decisão, interpôs recurso administrativo (fls. 530/552), o qual restou improvido (fls. 561).

Primeiramente, em relação à insubsistência do auto de infração, a demandante alega que inexistiu a infração ao art. 18 do Código de Defesa do Consumidor, pois a falha dos celulares – oxidação da placa – se deu por mau uso relacionado à exposição dos aparelhos à umidade.

Na esfera administrativa, o parecer técnico afastou referida alegação, assentando que "é necessário destacar, porém, que o evento excluído da cobertura de garantia não é a oxidação em si, mas a má utilização do aparelho, relacionado à sua imersão em meios líquidos. Em que pesem as alegações trazidas e conquanto reste verificada a oxidação da placa dos aparelhos celulares, não logrou a Autuada em demonstrar que tais ocorrências são resultantes do mau uso do aparelho para, só assim, poder enquadrar o caso na hipótese de exclusão

Acesso ao Sumário

da garantia supramencionada. Aliás, sequer juntou respectivos laudos de todas as reclamações que ensejaram a autuação. Tampouco, desincumbiu-se do ônus de provar o perfeito funcionamento dos aparelhos celulares. Vale destacar que houve entre as partes característica relação de consumo, nos termos previstos na Lei nº 8.078/90 (Código de Defesa do Consumidor). E conforme disposição trazida pelo art. 6º, VIII desta norma, é aplicável, no caso, a inversão do ônus probatório no tocante a tal fato" (fls. 577).

No caso dos autos, nenhuma prova foi produzida que pudesse afastar a presunção de veracidade e legalidade dos atos administrativos, razão pela qual deve ser mantido o referido auto.

De fato, como bem observou o MM. Juiz de primeiro grau, "o laudo técnico, que apurou tal defeito, foi produzido pela própria autora, notadamente interessada em seu resultado. Assim, estão descartadas quaisquer possibilidades de imparcialidade e neutralidade, fato que, por conseguinte, leva o referido laudo a ser tido como insuficiente para a constatação de eventuais defeitos, supostamente causados pelos consumidores, nos aparelhos" (fls. 703).

Ademais, instada a especificar as provas que pretendia produzir (fls. 692), a autora pediu o julgamento antecipado do feito (fls. 696/699).

No tocante à legalidade e à razoabilidade da multa aplicada, não assiste razão à recorrente.

A imposição da pena de multa tem por fundamento legal o art. 57 e parágrafo único, da Lei nº 8.078/90, que estabelece os critérios de fixação do valor da penalidade pecuniária: gravidade da infração, vantagem auferida e condição econômica do infrator, dentro do montante não inferior a 200 e não superior a três milhões o valor da UFIR.

A multa foi calculada com base na Portaria 26/2006, com a redação que lhe foi dada pela Portaria 33/2009, que foi editada para minudenciar os critérios já estabelecidos pela lei.

Não há inconstitucionalidade ou ilegalidade na referida portaria, conforme já decidiu o Colendo Órgão Especial, deste Egrégio Tribunal de Justiça, no julgamento da Arguição de Inconstitucionalidade nº 0266701-76.2011.8.26.0000, Relator o Desembargador Roberto Mac Cracken, registrando que "o ato normativo impugnado somente visa estabelecer critérios para o cálculo das multas a serem aplicadas pela PROCON para a correta individualização da pena pecuniária, a qual, conforme se vislumbra do parágrafo único do artigo 57 do Código de Defesa do Consumidor, já se encontra delimitada pela lei, razão pela qual as disposições dos artigos 56, I e 57, ambos do Código de Defesa do Consumidor, apenas foram regulamentadas pela Portaria em questão".

Ao que desponta do processo administrativo, a multa foi fixada com base na gravidade da infração e da condição econômica do infrator, observando,

Acesso ao Sumário

ainda, a circunstância agravante com aumento de 1/3 da pena-base, por ser o autuado reincidente na prática de infrações às normas da Lei nº 8.078/90 (fls. 523).

Considerando que a multa deve ter caráter punitivo, revelando instrumento apto a desestimular a conduta ofensiva, não se vislumbra ilegalidade no valor aplicado.

Em caso semelhante, já decidiu este Egrégio Tribunal de Justiça:

"PRELIMINAR – Ampliação objetiva, nas razões recursais, da demanda inicialmente veiculada – Discussão da culpa do consumidor – Impossibilidade – Inovação afrontosa à ampla defesa – Preliminar acolhida. MULTA – Cominação de penalidade pela Fundação PROCON – Insurgência quanto à sanção imposta, pugnando a autora pelo reconhecimento da inexigibilidade ou redução do montante – Desacolhimento – Razoabilidade e proporcionalidade – Sanção que serve como fator de desestímulo à repetição de condutas semelhantes – Precedentes jurisprudenciais – Apelação parcialmente conhecida e, nesta parte, não provida." (Ap. Cível nº 0045410-39.2011.8.26.0053, Rel. Des. Fermino Magnani Filho, j. 26.5.2014).

Ante o exposto, nega-se provimento ao recurso, para que subsista a r. sentença por seus próprios fundamentos.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0002343-13.2010.8.26.0456, da Comarca de Pirapozinho, em que é apelante DIVALDO PEREIRA DE OLIVEIRA, são apelados MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO e PREFEITURA MUNICIPAL DE SANDOVALINA.

ACORDAM, em 3ª Câmara Extraordinária de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. V.U. Sustentaram oralmente os Drs. Luis Fernando Barbieri e Emerson Alencar Martins Betim", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 22385)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores EUTÁLIO PORTO (Presidente), MARCELO BERTHE e MARIA LAURA TAVARES.

São Paulo, 25 de novembro de 2014.

EUTÁLIO PORTO, Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: APELAÇÃO CÍVEL – Ação Civil Pública – Improbidade administrativa. 1) Preliminar de nulidade da sentença afastada – Inexistência de litisconsórcio passivo. 2) Aquisição de combustível – Fracionamento – Valor global da contratação que atinge o montante de R$ 1.328.492,28 – Necessidade de concorrência – Impossibilidade de aquisição do material através de "carta-convite" ou de "tomada de preço" – Inteligência do art. 23, II, "c" da Lei nº 8.666/93 – Precedentes do STJ e das Câmaras de Direito Público deste E. Tribunal de Justiça – Sentença mantida – Recurso improvido.

VOTO

RELATÓRIO

Trata-se de ação civil pública por ato de improbidade administrativa ajuizada pelo MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO contra DIVALDO PEREIRA DE OLIVEIRA, ex-prefeito de Sandovalina, objetivando a condenação do requerido na multa prevista no art. 10 da Lei nº 8.426/92, em razão utilização das modalidades de licitação "carta-convite" e "tomada de preço" na aquisição de combustível para os diversos setores da administração municipal, cujo valor global foi de R$ 1.328.492,28. Assim, a modalidade exigida pela Lei nº 8.666/93 é "concorrência" e não as modalidades utilizadas pelo réu.

Contestação às fls. 44/55.

Instadas a se manifestarem acerca da produção e provas (fls. 74), o réu quedou-se inerte, consoante certidão de fls. 76 e o autor reiterou suas alegações de fls. 67/72.

A sentença de fls. 79/82, proferida pelo MM. Juiz Francisco José Dias Gomes, cujo relatório se adota, julgou parcialmente procedente o pedido para condenar o réu a pagar ao Município de Sandovalina a quantia referente à somatória dos três últimos vencimentos recebidos por este na condição de Prefeito Municipal, acrescidos de juros e correção monetária.

Inconformado, apelou o réu às fls. 85/91, requerendo a reforma da sentença. Sustentou preliminarmente a nulidade da sentença em razão da ação civil pública ter sido interposta somente em face do ex-prefeito. Isto porque, as pessoas que integram a Comissão de Licitação, bem como os comerciantes que participaram do processo licitatório e que dele se beneficiaram, deveriam compor o polo passivo da ação. No mérito, alegou que, os produtos foram adquiridos pelo menor preço e que não houve fraude no processo licitatório.

Acesso ao Sumário

Aduziu que todas as contas da sua gestão foram aprovadas pelo Tribunal de Contas do Estado de São Paulo e que todas as licitações feitas (carta-convite e tomada de preço) foram precedidas de parecer favorável das Comissões de Licitações, além, de parecer jurídico no mesmo sentido, motivo pelo qual não há se falar em ato de improbidade administrativa.

Contrarrazões às fls. 101/107.

A Prefeitura Municipal de Sandovalina foi incluída no polo passivo da ação (fls. 113).

Recurso tempestivo e preparado (fls. 92/94).

A douta Procuradoria Geral de Justiça ofertou parecer às fls. 119/125, opinando pelo não provimento do recurso.

Este é, em síntese, o relatório.

VOTO

O recurso não merece provimento.

Inicialmente afasta-se a preliminar de nulidade da sentença, em razão da ação civil pública ter sido proposta exclusivamente em face do ex-prefeito, posto que não deveriam constar no polo passivo da ação os membros da Comissão de Licitações e os comerciantes que participaram dos processos licitatórios.

Isto porque, foi o próprio apelante quem autorizou a utilização de modalidades de licitações sem previsão na Lei nº 8.666/93 quando contratou, através de "carta-convite" e "tomada de preço", o fornecimento de combustível, cujo valor global ultrapassa o limite estabelecido nos itens "a" e "c", do inciso II, do art. 23 da referida norma.

Senão por isso, o STJ, no julgamento do AgRg no Ag nº 1.322.943/SP, o Min. Humberto Martins, consignou que: "*2. Não há, na Lei de Improbidade, previsão legal de formação de litisconsórcio entre o suposto autor do ato de improbidade eventuais beneficiários ou participantes do ato, tampouco havendo relação jurídica entre as partes a obrigar o magistrado a decidir com uniformidade a demanda, o que afasta a incidência do art. 47 do CPC. Ante a inexistência de litisconsorte necessário, não há que se falar em nulidade processual quando não compõem o polo passivo todos aqueles pretendidos pelo recorrente*."

Demais disso, a alegação de que a ação fora interposta somente em face do ex-prefeito pela "conhecida 'vendeta' demonstrada pelo representante do 'parquet' em relação do apelante" não restou comprovada nos autos, motivo pelo qual, rechaça-se a preliminar arguida.

No mérito, melhor sorte não assiste ao apelante.

A discussão posta nos autos cinge-se ao fato do réu, na qualidade de prefeito do Município de Sandovalina no ano de 2007, ter-se utilizado das

Acesso ao Sumário

modalidades de licitação "carta-convite" e "tomada de preço" para aquisição de combustível, cujo valor global de R$ 1.328.492,28, ultrapassa, destarte, os limites estabelecidos na Lei nº 8.666/93.

Conforme constou dos autos, foi apurado no Inquérito Civil nº 08/2010, que o réu, objetivando o fornecimento de combustível para a Prefeitura, iniciou processos licitatórios através das cartas-convite nºs 01/2007, 01/2007, 03/2007, 04/2007, 05/2007, 06/2007 e 07/2007 e tomada de preço nº 02/2007, 03/2007, 05/2007, 06/2007 e 07/2007, de forma fracionada, cujo valor total ultrapassou os limites estabelecidos nos itens "a" e "b", do inciso II, do art. 23 da Lei nº 8.666/93, restringindo, desta maneira, a competição entre os fornecedores do produto, beneficiando a empresa Comboio Posto de Serviços Ltda..

Com efeito, o art. 23, inciso II, da referida norma legal dispõe que:

"*As modalidades de licitação a que se referem os incisos I a III do artigo anterior serão determinadas em função dos seguintes limites, tendo em vista o valor estimado da contratação:*

II – para compras e serviços não referidos no inciso anterior:

a) convite – até R$ 80.000,00 (oitenta mil reais);

b) tomada de preços – até R$ 650.000,00 (seiscentos e cinquenta mil reais);

c) concorrência – acima de R$ 650.000,00 (seiscentos e cinquenta mil reais)".

Verifica-se, portanto que houve o fracionamento do objeto licitado, acarretando a ilegalidade na modalidade de licitação escolhida. Isto porque trata-se de contratos homogêneos, com o mesmo objeto (aquisição de combustível), motivo pelo qual, deve ser considerado o seu valor global.

Nesse sentido é o julgamento da apelação nº 0125995-82.2007.8.26.0000, da 8ª Câmara de Direito Público deste E. Tribunal de Justiça, de relatoria do Des. Osni de Souza, julgado em 29/06/2011 que dispôs que: "*Assim, evidenciado o descumprimento, pelo réu, do disposto no artigo 24, inciso II, da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, lembrando-se que, sendo previsíveis diversas aquisições de objetos idênticos como no caso dos autos deve ser considerado o valor global, ficando subordinada a Administração ao dever de prever todas as contratações que realizará no curso do exercício. Na expressão da doutrina, é perfeitamente válido ao administrador promover contratações fracionadas, ou parceladas quando não obrigatório, por conta da natureza do objeto, mas desde que este fracionamento não conduza à dispensa de licitação.*"

Não obstante a isso, a alegação do apelante de que todas as contas municipais no exercício de 2007 foram aprovadas pelo Tribunal de Contas do Estado de São Paulo, objetivando demonstrar a regularidade nas contratações, igualmente não devem prosperar.

Acesso ao Sumário

Com efeito, já restou consignado no julgamento do REsp nº 1.032.732/CE, de relatoria do Min. Luiz Fux, em 19/11/2009, que: "*O Controle exercido pelo Tribunal de Contas, não é jurisdicional, por isso que não há qualquer vinculação da decisão proferida pelo órgão de controle e a possibilidade de ser o ato impugnado em sede de ação de improbidade administrativa, sujeita ao controle do Poder Judiciário, consoante expressa previsão do art. 21, inc. II, da Lei nº 8.429/92*".

Por fim, em outro julgado deste Eg. Tribunal de Justiça, envolvendo as mesmas partes e a mesma matéria, também restou confirmada a possibilidade de condenação do réu em razão do fracionamento na aquisição de combustível para utilização de modalidades diversas de licitação, consoante ementa abaixo transcrita:

> "Apelação – Improbidade Administrativa – Aquisição de combustíveis – Frustração da Lei nº 8.666/93 – Norma de natureza cogente – Adoção de "carta-convite" ao invés de "concorrência" – Impossibilidade – Inteligência do art. 23, § 1º, da Lei nº 8.666/93 – Sentença – Responsabilidade do administrador – Condenação ao pagamento de multa correspondente a 10% da importância paga à empresa beneficiária dos pagamentos feitos pela municipalidade – Manutenção – Recursos desprovidos." (Apelação Cível nº 0001747-29.2010.8.26.0456, 3ª Câmara de Direito Público, rel. Des. Amorim Cantuária, julg. 14/02/2012)
>
> De rigor, então a manutenção da sentença, tal como proferida.
>
> Face ao exposto, nega-se provimento ao recurso, nos termos do acórdão.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0001705-68.2011.8.26.0189, da Comarca de Fernandópolis, em que é apelante/apelado MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO, é apelada/apelante PREFEITURA MUNICIPAL DE FERNANDÓPOLIS.

ACORDAM, em 1ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "DERAM PARCIAL PROVIMENTO AO RECURSO DO MINISTÉRIO PÚBLICO E NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO DA MUNICIPALIDADE. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 26.969)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores LUÍS FRANCISCO AGUILAR CORTEZ (Presidente sem voto), VICENTE DE ABREU AMADEI e DANILO PANIZZA.

Acesso ao Sumário

São Paulo, 2 de dezembro de 2014.
XAVIER DE AQUINO, Relator

Ementa: AÇÃO CIVIL PÚBLICA – IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA – CRIAÇÃO DE CARGOS DE PROVIMENTO EM COMISSÃO FORA DO PERFIL RECLAMADO PELO REGIME CONSTITUCIONAL – VIOLAÇÃO AO DISPOSTO NO ARTIGO 37, INCISOS II e IX, DA CARTA MAGNA.

Ofensa à Constituição Federal na parte em que se considerou como de confiança, cargos de natureza estritamente profissional ou burocrática, em detrimento à regra geral que impõe a obrigatoriedade do concurso público para seu provimento. O contexto probatório trazido aos autos reproduziu integralmente as assertivas formuladas no decurso da ação civil pública, viabilizando, pois, a comprovação da relação entre o evento e a responsabilidade dos requeridos. Reforma parcial da sentença. Sucumbência recíproca.

DÁ-SE PARCIAL PROVIMENTO AO RECURSO DO AUTOR (MINISTÉRIO PÚBLICO) E NEGA-SE PROVIMENTO AO RECURSO DA MUNICIPALIDADE.

VOTO

Trata-se de AÇÃO CIVIL PÚBLICA ajuizada pelo MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO contra a MUNICIPALIDADE DE FERNANDÓPOLIS e LUIZ VILAR DE SIQUEIRA, Prefeito à época dos fatos, versando sobre irregularidades na contratação de cerca de 120 (cento e vinte) servidores em cargos comissionados para integrar os quadros da administração municipal, sendo que seus cargos não se enquadravam em funções de direção, chefia ou assessoramento.

O "*parquet*" sustenta a ocorrência de desvio de finalidade e violação ao princípio da impessoalidade nas nomeações, pois os cargos questionados não correspondem, em decorrência da natureza das funções exercidas, ao permissivo constitucional da forma de provimento em comissão. Alega, ainda, a concessão ilegal pela Municipalidade de gratificações pelo "desempenho de funções de direção ou chefia", ou pelo "desempenho especial de trabalho", aos servidores que ocupam cargos indevidamente tipificados como "em comissão".

Acesso ao Sumário

Pleiteou a procedência da ação para condenar a Municipalidade e o requerido: **a)** a exonerar os servidores públicos ocupantes dos indevidos cargos em comissão, apontados a fls. 103, sob pena de multa diária de R$ 100.000,00 (cem mil reais) por dia de atraso, a contar da sentença; **b)** ao não provimento dos cargos em comissão referidos anteriormente, os quais se tornarão vagos, sob pena de multa diária de R$ 100.000,00 (cem mil reais) para cada cargo em comissão provido após a sentença; **c)** a declaração de nulidade das portarias de nomeação dos servidores públicos ocupantes dos cargos em comissão mencionados no item "a"; **d)** à cessação de pagamentos de gratificações aos servidores apontados, sob pena de multa diária de R$ 100.000,00 (cem mil reais) por cada gratificação concedida após a sentença; e, por fim, **e)** condenar o requerido, prefeito da Municipalidade, às sanções previstas no artigo 12, inciso II da Lei nº 8.429/92, e, subsidiária e/ou alternativamente às sanções previstas no artigo 12, inciso III da referida Lei de Improbidade Administrativa.

A r. Sentença de fls. 3554/3561, cujo relatório se adota, julgou parcialmente procedente a ação proposta para condenar a Municipalidade "*a exonerar somente os servidores comissionados nos termos do Decreto nº 6313/2011 que não fazem parte do Quadro de Funcionários concursados do Município*"; declarar indevida a pretensão de exoneração dos servidores comissionados que são funcionários concursados da Municipalidade, além de pronunciar a "*inexistência de atos de improbidade administrativa*" nesse caso. Entendeu indevido o pagamento de custas processuais e determinou a sucumbência recíproca das partes.

O Ministério Público ofereceu recurso de apelação, às fls. 3567/3609, sustentando, em preliminares, a nulidade da sentença por ausência de fundamentação; e, no mérito, alega que as leis municipais que fundamentavam a existência dos cargos são inconstitucionais, além de serem ilegais e indevidas as gratificações pagas aos servidores, tudo pelo que busca a reforma integral do julgado.

A Municipalidade também apresentou recurso de apelação, às fls. 3612/3649, argumentando que a decisão de 1º grau ensejou verdadeira afronta à autonomia municipal em relação à criação de cargos públicos, sustentando que não devem ser anuladas as nomeações ocorridas em comissão, pelo que pleiteia a reforma da sentença para declarar-se a improcedência do pedido. Juntou, ainda, documento de fls. 3650/3655, em que certifica as exonerações, conforme determinação judicial, de 122 (cento e vinte e dois) servidores comissionados, cujos cargos estavam previstos nos termos do Decreto nº 6313/2011.

Acesso ao Sumário

Contrarrazões de Apelação ofertadas às fls. 3675/3717, pela Municipalidade; às fls. 3718/3734, pelo corréu; e às fls. 3737/3779, pelo Ministério Público.

A douta Procuradoria Geral de Justiça apresentou parecer de fls.

3783/3804, afastando a preliminar de nulidade da sentença e opinando pelo parcial provimento do recurso do Ministério Público e pelo improvimento do apelo da Municipalidade de Fernandópolis.

É o relatório.

Fica mantida a parcial procedência do pedido, com reforma, porém, para dar parcial provimento ao recurso do Ministério Público e negar provimento ao recurso da Municipalidade, adotando-se, em sua maior parte, o parecer da Procuradoria Geral de Justiça, que entendeu caracterizada a prática de ato de improbidade administrativa pelo ex-prefeito, ora corréu.

Inicialmente, há que se afastar a **preliminar** quanto à nulidade de sentença por ausência de fundamentação, arguida pelo Ministério Público.

Isso porque, apesar de apresentar-se omissa quanto a certos pedidos específicos, o dispositivo da mesma encontra-se em conformidade com os temas do pedido inicial.

Ademais, há que se dizer que não houve interposição de embargos de declaração por parte do douto representante do Ministério Público, a fim de pedir os devidos esclarecimentos.

Quanto às demais preliminares arguidas, estas já foram devidamente rejeitadas, em sede de decisão liminar, às fls. 2180/2193, bem como nos acórdãos exarados anteriormente por esta Colenda 1ª Câmara de Justiça, às fls. 3280/3296; 3299/3309 e 3330/3342.

Assim, rejeitadas todas as preliminares arguidas, passo à análise do **mérito** da causa.

A presente ação, ajuizada pelo Ministério Público do Estado de São Paulo, em março de 2011, versa sobre a ocorrência de irregularidades administrativas junto ao Poder Executivo Municipal de Fernandópolis, apuradas no Inquérito Civil nº 14.0264.0000092/10-5, em que se aponta a existência de 139 (cento e trinta e nove) cargos públicos em comissão, todos providos mediante atos de nomeação do Prefeito Municipal à época dos fatos, LUIZ VILAR DE SIQUEIRA[1], **ora corréu.**

Do conjunto probatório dos autos, infere-se que, conforme restou apurado no Inquérito Civil nº 14.0264.0000092/10-5, era prática recorrente junto à Prefeitura de Fernandópolis, desde os anos 90, inclusive, a nomeação de servidores em cargos comissionados, sem que fossem submetidos a processo seletivo de recrutamento (concurso público) e providos mediante atos assinados pelos prefeitos em exercício.

Da análise dos inúmeros cargos e funções em discussão, constata-se a reiterada criação de forma artificial, excessiva e abusiva de cargos comissionados

1 Luiz Vilar de Siqueira foi Prefeito de Fernandópolis, pelo partido DEM-Democratas, nas gestões de 1993 a 1996 e de 2009 a 2012 (endereço eletrônico constante do texto original).

Acesso ao Sumário

que não expressam atribuições de assessoramento, chefia ou direção, mas sim funções operacionais, profissionais e técnicas, não estando presente, portanto, os critérios permissivos constitucionais a permitir tal forma de provimento.

Quanto aos cargos e empregos públicos, constitucionalmente se estabelece o princípio da ampla acessibilidade, desde que preenchidos os requisitos estabelecidos em lei. Em regra, o acesso se dá por concurso público de provas ou de provas e títulos, exceto quanto à nomeação para cargos de provimento em comissão, assim estabelecidos por disposição legal, nos quais são livres a nomeação e a exoneração.

Assim, todas as contratações desta Municipalidade deveriam seguir estritamente as regras disciplinadas pelo artigo 37 da Constituição Federal, que dispõe:

> "*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 ou 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**. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998) (...)*
>
> *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**; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998) (...)*
>
> *IX – **a lei estabelecerá os casos de contratação por tempo determinado para atender a necessidade temporária de excepcional interesse público**.*" (g.n).

Acesso ao Sumário

De fato, o aludido comando legal possibilita contratações para cargos em comissão, desde que obedecidos os requisitos legais para tanto. Também se estabelece que contratações por tempo determinado sejam feitas apenas para o fim de atender necessidade temporária e excepcional interesse público.

E o parágrafo 2º da norma em referência dispõe que:

> "*§ 2º – A não observância do disposto nos incisos II e III implicará a nulidade do ato e a punição da autoridade responsável, nos termos da lei*".

Do caso em comento, o que se conclui é que os cargos em comissão apontados em sede inicial eram criados pela Municipalidade, por meio de leis

complementares diversas, as quais passavam a integrar o rol de "*cargos públicos de provimento em comissão*" do Anexo I da Lei nº 1.560/90, que dispõe sobre o regime jurídico único dos servidores municipais de Fernandópolis.

Restou cristalino nos autos a persistência do Chefe do Executivo Municipal de Fernandópolis, na prática de nomeações de servidores de forma irregular, ou seja, utilizando-se do provimento em comissão para cargos cujas funções são absolutamente atípicas àquelas para as quais pretendeu a norma constitucional, fossem atribuídos os cargos de confiança.

A constância com que se promoveram tais nomeações baseia-se na errônea tese defendida pelo corréu, de que "*todas as nomeações de servidores foram baseadas em Leis Municipais em plena vigência, aprovadas pelo Poder Legislativo local, as quais criaram o cargo e determinavam expressamente seu preenchimento, sendo respeitado inequivocamente o Princípio da legalidade*" (fls. 3720). Entretanto, apesar de tais nomeações encontrarem-se dispostas em Leis Municipais em plena vigência, é certo que estas mesmas leis municipais encontram-se em desacordo com os princípios constitucionais e as características que regem os cargos em comissão.

Com efeito, é pacífico o entendimento, e, nesse sentido, inúmeras ações foram julgadas pelo Colendo Órgão Especial desta Corte de Justiça, proclamando que somente mediante concurso público podem ser providos cargos que tenham, como característica, a natureza técnica ou prática do serviço. E dessa forma, porque inerentes a funções que devem ser exercidas em caráter permanente, pelo quadro estável de servidores públicos. Nesses termos:

> "*I Ação Direta de Inconstitucionalidade. Lei Complementar n. 01/2010, do Município da Estância Climática de Analândia, com as alterações da Lei Complementar n. 02/2012. (...)*
>
> *I* ***A criação de cargos de provimento em comissão destinados, muitos deles, a funções burocráticas ou técnicas de caráter permanente são incompatíveis com os princípios previstos no artigo 37 da Constituição Federal e no artigo 111 da Constituição Paulista e a possibilidade de contratação fere de morte o regime constitucional brasileiro****. Não sendo caso de contratação em regime de urgência, imprescindível a realização de concurso público, conforme preceitua o inciso II do artigo 37 da Constituição Federal.* ***A criação desses cargos em comissão em moldes artificiais e não condizentes com as praxes de nosso ordenamento jurídico e administrativo só pode ser encarada como inaceitável esvaziamento da exigência constitucional de concurso****. Afronta aos artigos 5º, 111, 115, incisos I, II e V; 144, todos da Constituição Estadual.*
>
> *(...)*
>
> *A principal característica do cargo em comissão, declarado em lei de livre nomeação e exoneração, é a precariedade. Impossível a adoção*

do regime celetista porque os cargos em comissão têm como natureza jurídica a instabilidade. Não há nas Constituições Federal e Estadual amparo à sujeição dos ocupantes de cargos comissionados ao regime celetista, sendo ambos inconciliáveis. Inteligência dos incisos II e V do artigo 37 da Constituição Federal e incisos II e V do artigo 115 da Constituição Bandeirante.

IV ***Inconstitucionalidade configurada. Ação procedente****.*" *(*Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2029106-85.2014.8.26.0000, ÓRGÃO ESPECIAL, Rel. GUERRIERI REZENDE, j. 06.08.2014, g.n.).

Cabe, ainda, transcrição de parte do voto em referência, na afirmativa de que:

"*(...) 5.* ***A contratação feita ao arrepio das normas constitucionais viola o princípio da acessibilidade aos cargos e empregos públicos, além dos princípios da legalidade, da isonomia e da impessoalidade***".

Tanto mais fidedigna se torna esta assertiva, quando se verifica que foram criados inúmeros cargos comissionados para o exercício de funções operacionais, de natureza profissional e caráter técnico-burocrático, fora dos níveis de direção, chefia e assessoramento superior.

Nesse sentido, bem observado no parecer da douta Procuradoria de Justiça, às fls. 3792, que tal prática, além de ofender aos princípios fundamentais da administração pública, dá azo a eventuais negociações escusas, do tipo de troca de favores ou privilégios:

"*(...)* ***Na medida em que cargos que deveriam ser providos por concurso público são ardilosamente criados como cargos em comissão, está o administrador cometendo grave ofensa aos interesses de munícipes*** *na possibilidade da obtenção de vaga através do mérito pessoal e, em contrapartida, com a impessoalidade da administração. Assim,* ***o concurso público é fator de eficiência e de moralidade para a admissão de pessoal ao serviço público em cargos de provimento efetivo – e aqui se vivifica o princípio da impessoalidade, pois afasta injunções subjetivas, tratamentos privilegiados ou preferenciais*** *(...)*" (g.n.).

Há que se ressaltar, nesse caso, que os primeiros ofícios que instruíram o inquérito civil em referência, foram enviados ao Prefeito à época dos fatos, ora corréu na presente ação, ainda no ano de 2009 (fls. 119).

No início de 2010, o Ministério Público oficiou a Municipalidade que, "*em virtude do excessivo e injustificado número de cargos em comissão existentes na prefeitura municipal de Fernandópolis*", recomendava-se providências quanto à "*exoneração dos funcionários públicos municipais ocupantes dos cargos em comissão*" especificados (96 servidores no total), "*sob pena de propositura de ação civil pública de responsabilidade por ato de improbidade administrativ*a"

Acesso ao Sumário

(fls. 151/154).

A demora do Chefe do Executivo quanto à tomada de providências, corrobora a tese de que o corréu não teria apresentado "*qualquer zelo ou diligência no sentido de corrigir as irregularidades administrativas, as quais, comprovadamente, causaram e causam danos ao erário Municipal de Fernandópolis*", pois, "*mesmo advertido o Prefeito Municipal, nunca houve por parte dele a iniciativa de corrigir as imperfeições legislativas do município de Fernandópolis*" (fls. 3789).

Do contrário, em ofício de nº 073/2010, assinado pelo corréu, a Municipalidade reitera a ocorrência dos fatos e insiste na pretensa legalidade dos mesmos, ao informar que:

> "*(...)* ***Esta Administração não vislumbra qualquer impedimento legal, ou sequer indícios que macule o exercício de cada cargo pelo servidor que o ocupa, esclarecendo ainda que a simples exoneração, não exclui o cargo do quadro de pessoal da Prefeitura Municipal de Fernandópolis****. (...)*
>
> *Por oportuno,* ***informamos ainda que, cabe exclusivamente ao Poder Executivo Municipal a gestão de seu pessoal, obviamente que respeitando o princípio da legalidade****. Todavia* ***esta gerência deve ocorrer de acordo com a conveniência e oportunidade da Administração****. (...)*" (fls. 1377/1378, g.n.).

O parecer da douta Procuradoria de Justiça, em sede de Agravo de Instrumento nº 0173750-63.2011.8.26.0000, às fls. 3319/3329, apresenta análise acurada do Decreto nº 6.313/2011, o qual foi expedido pelo corréu, com o fim de tentar regulamentar os cargos de provimento em comissão em debate, em sua maioria criados por leis municipais. No entanto, o estabelecimento das respectivas atribuições dos cargos, por meio do referido Decreto, apresentou-se de maneira ilegal, pois tal regulamentação deveria acompanhar as próprias leis que criaram os cargos.

Cabe aqui transcrição de parte do citado parecer, quanto ao Decreto nº 6.313/2011:

> "*(...)* ***Basta ler as atribuições dispostas no referido decreto regulamentar para se deduzir, de imediato, que elas devem ser exercidas por servidores nomeados mediante provimento efetivo, admitidos por meio de concurso público. Ao lado de todas as ilegalidades, algumas são bastante gritantes****, que vale a pena citar apenas para bem evidenciar o tamanho dos absurdos presentes no Município de Fernandópolis, dentre elas, registra-se os seguintes cargos em comissão com as respectivas atribuições: supervisor de setor, responsável de setor, encarregado de setor (fls. 720).*
>
> ***A vagueza de tais expressões bem denota o intuito de se burlar a via do concurso público para introduzir quem se deseja na***

***administração pública, em completa afronta ao regime jurídico de direito público**. (...)*

*Ou seja, **basta correr os olhos em todos os cargos de comissão mencionados na inicial, no presente recurso, e no decreto referido, para se constatar a abusividade presente no Município de Fernandópolis**.*

***A excepcional possibilidade de a lei criar cargos ou empregos cujo provimento não se fundamente no processo público de recrutamento por mérito, não admite o uso dessa prerrogativa para burla à regra do acesso a cargos em empregos públicos mediante prévia aprovação em concurso público** (art. 37, inc. II, da Constituição Federal) que decorre dos princípios de moralidade, impessoalidade e eficiência (art. 37, caput, da Constituição Federal). (...)" (fls. 3321/3322, g.n.).*

Também se analisou no mesmo parecer, de forma precisa, o pagamento de "gratificações de desempenho de função de direção e de chefia" e de "gratificações por regime especial de trabalho" aos servidores comissionados que as recebem, as quais foram estabelecidas nos termos dos artigos 70 e 79 da Lei Complementar Municipal nº 01/92. Vejamos:

"*(...) Ora, a natureza do cargo em comissão é exatamente o elemento da confiança, para as atribuições de direção, chefia e assessoramento. Com isso, **não há que se falar em gratificação de função de direção ou de chefia, para o ocupante de cargo em comissão. Sob o mesmo raciocínio, necessariamente o elemento confiança implica o servidor estar a serviço do poder público, sendo absolutamente ilegal a concessão de gratificação por regime especial de trabalho** (...).*

*Ou seja, **o Município em sede de contrarrazões recursais, reconhece que esta plena disposição do servidor investido em cargo comissionado ao serviço público é inerente ao próprio cargo, o que permite concluir pela ilegalidade da gratificação**, devendo, pois, ser acolhida a tese ministerial no sentido de se fazer cessar, imediatamente, os pagamentos da gratificação de desempenho de função de direção e de chefia, bem como da gratificação por regime especial de trabalho aos ocupantes de cargos em comissão. (...)" (fls. 3327/3228, g.n.).*

Há que se reconhecer o hercúleo trabalho realizado pelo Promotor de Justiça da Comarca, no levantamento e análise acurada de todos os cargos apontados em sede inicial, mencionando, caso a caso, as leis municipais cuja inconstitucionalidade incidental deve ser declarada, notadamente aqueles cargos decorrentes da Lei Municipal nº 1.560/90, os quais, segundo observou o douto Procurador de Justiça em seu parecer, "*podem ser objeto de revisão pelo próprio chefe do Executivo Municipal, a partir de projeto de lei que revogue todas as leis mencionadas que contrariam a finalidade dos cargos em comissão*" (fls.

Acesso ao Sumário

3801).

Da maneira como foram criteriosamente analisadas, segundo os cargos criados e individualmente, podem ser resumidas e elencadas as seguintes leis municipais cuja inconstitucionalidade incidental deve ser reconhecida para o caso concreto, de acordo com a criação dos cargos comissionados ora combatidos, seguindo o apontamento feito pelo douto Procurador de Justiça, às fls. 3797/3801:

> "*Lei nº 1560/90; Lei Complementar nº 12/98; Lei Complementar nº 18/99; Lei nº 1.658/91; Lei nº 1795/93; Lei Complementar nº 35/05; Lei Complementar nº 17/99; Lei Complementar nº 04/96; Lei 1627/01; Lei Complementar nº 42/05*".

É fato que, nesse caso, a inconstitucionalidade da norma foi arguida de modo incidental, não resultando esse acórdão em declaração formal de inconstitucionalidade de norma, mas sim em reconhecimento de ilegalidade na concretização da criação dos cargos comissionados, por meio das referidas leis.

Assim, e nos termos de decisão já exarada pelo Supremo Tribunal Federal, "(...) *não se contesta que, no sistema difuso de controle de constitucionalidade, o STJ, a exemplo de todos os demais órgãos jurisdicionais de qualquer instância, tenha o poder de declarar incidentemente a inconstitucionalidade da lei, mesmo de ofício* (...)[2]."

Dessa forma, reconhecida a ilegalidade das contratações – razão maior da pretensão exposta na inicial – não há como deixar de imputar à Municipalidade a obrigação de desfazê-las – caso ainda não o tenha feito.

E, nesse ponto, adota-se o entendimento de que deve ser acolhido parcialmente o pedido em referência, nos termos da petição inicial, ou seja, para que sejam exonerados os servidores públicos ocupantes dos cargos em comissão apontados, cujos cargos foram elencados, conforme letra "a" dos pedidos (fls. 103), com observação quanto aos servidores concursados, já pertencentes ao quadro de pessoal da Administração, para os quais devem apenas ser revogadas as designações para os cargos comissionados em referência, impondo-se o prazo de seis meses para comprovação nos autos, a contar da publicação desse acórdão, para cada exoneração não efetivada, sob pena de crime de desobediência.

Como consequência da presente determinação, também pertinente em parte a condenação a que se refere a letra "b" do pedido inicial (fls. 103/104), no sentido de condenar os requeridos na obrigação de não fazer consistente no não provimento dos cargos em comissão referidos no item "a", que se tornarão vagos com a exoneração dos atuais servidores, os quais deverão ser providos de maneira regular, por meio de concurso público, impondo-se o prazo de seis meses para comprovação nos autos, a contar da publicação desse acórdão, sob

Acesso ao Sumário

2 STF – AI 145589 AgR/RJ – Rel. Min. SEPÚLVEDA PERTENCE, Tribunal Pleno, j. 02/09/1993.

pena de crime de desobediência.

Também se acolhe o pedido de letra "c" da inicial, para se declarar a nulidade das portarias de nomeação dos servidores públicos ocupantes dos cargos em comissão mencionados no item "a" (fls. 104), impondo-se o prazo de seis meses para comprovação nos autos, a contar da publicação desse acórdão, sob pena de crime de desobediência.

Outro objeto do pedido, o de letra "d" da inicial, ao qual silenciou a sentença, é a determinação para condenar os réus a fazer cessar todos os pagamentos efetuados a título de "gratificação de desempenho de função de direção e de chefia" e de "gratificação por regime especial de trabalho", aos servidores públicos ocupantes dos cargos em comissão, impondo-se o prazo de seis meses para comprovação nos autos, a contar da publicação desse acórdão, sob pena de crime de desobediência, para qualquer gratificação, nesse sentido, concedida após esse acórdão.

Por fim, em relação ao requerido, ex-Prefeito Luiz Vilar de Siqueira, a sua defesa formulada, no sentido de que a contratação de trabalhadores não concursados para os cargos em questão eram circunstanciais e poderiam, a qualquer momento, ser considerados desnecessários para o serviço público, não tem o condão de eximi-lo de responsabilidade, pois o texto constitucional é imperativo ao estabelecer que o ingresso no serviço público somente se dá após a aprovação em concurso.

Dessa forma, comprovam os elementos de persuasão a ocorrência de atos de improbidade administrativa, nos termos do artigo 10, *caput* e inciso VIII e artigo 11, *caput* e inciso I, ambos da Lei nº 8.429/92, em todos os seus contornos. Em outras palavras, o contexto probatório trazido à colação em extensos 18 volumes de autos de processo na presente ação, de forma harmônica, coerente e convincente, reproduziu integralmente as assertivas formuladas no decurso do Inquérito Civil, viabilizando, pois, a comprovação da necessária relação entre o evento e a responsabilidade do requerido.

De fato, restou caracterizada a prática de atos de improbidade administrativa, com a ocorrência de lesão ao erário de Fernandópolis, pela dispensa indevida do concurso público nas contratações para os cargos em comissão apontados inicialmente, bem como pelo pagamento de gratificações indevidas aos mesmos (artigo 10). Tais atos atentaram, de forma cristalina, contra os princípios constitucionais da administração pública, sobretudo a moralidade, a imparcialidade e a impessoalidade que devem nortear os atos administrativos (artigo 11).

Acesso ao Sumário

Há que se considerar, porém, não ter sido apenas o requerido LUIZ VILAR DE SIQUEIRA, o responsável direto pela edição das leis municipais em comento, apesar de ter este exercido dois mandatos como Chefe do Executivo em

Fernandópolis. O requerido foi, no mínimo, imprudente e omisso ao tratar com desídia as cobranças e questionamentos iniciais feitos pelo Ministério Público, o que comprova ter estado, portanto, perfeitamente ciente das irregularidades cometidas.

Dessa forma, de rigor a atribuição ao requerido dos atos de improbidade relatados nos autos, na medida de parte da sua culpabilidade, observando-se o princípio da razoabilidade na imposição das sanções, tendo em vista que "*a imposição das sanções elencadas para os atos de improbidade administrativa deve ser razoável, isto é, adequada, sensata, coerente em relação ao ato ímprobo cometido pelo agente público e suas circunstâncias, e proporcional, ou seja, compatível, apropriada, pertinente com a gravidade e a extensão do dano (material e oral) causado por ele*"[3].

Mais uma vez, cabe aqui, a esse respeito, transcrever trecho do parecer do douto Procurador de Justiça, a fls. 3802/3803:

> "*(...) A partir do momento em que* ***deixou de acolher as medidas tendentes a adequar a legislação municipal às normas constitucionais*** *relativas aos cargos em comissão,* ***passou a causar danos ao erário os quais justificam a sua responsabilização, ainda que a sanção tenha caráter didático e de prevenção geral da norma****. (...)*
>
> *Entendo que* ***o dano ao erário acaba ocorrendo pela insistência do Prefeito Municipal em manter leis municipais notoriamente contrárias aos princípios constitucionais que regem a Administração Pública, particularmente quanto à natureza dos cargos em comissão e formas de remuneração desses cargos****. Assim, dada a extensão dos danos, cuja reparação pelo alcaide seria injusta, por várias razões, aliás, analisadas naquele Acórdão,* ***resta uma sanção de natureza sancionatória e didática que é a multa civil. Pela insistência em combater os alertas formulados, com evidentes danos ao erário, a meu ver, a condenação à multa civil é a única a ser imposta ao réu Luiz Vilar de Siqueira****. (...)*" (fls. 3802/3803, grifei).

Nesses termos, e diante do "*entendimento de que as sanções previstas nos incisos do artigo 12 não precisariam incidir sempre e em bloco, pela adoção da conjunção '*e*' a inúmeras penalidades*", ficando a critério do julgador a dosimetria da sanção[4], **adota-se também aqui parcialmente o referido parecer, para condenar o réu Luiz Vilar de Siqueira apenas à multa civil, fixada em cinco vezes** o valor de sua última remuneração mensal recebida no cargo de prefeito, devidamente corrigida.

3 PAZZAGLINI FILHO, Marino. "*Lei de Improbidade Administrativa*". Editora Atlas, 2005: São Paulo. P. 154.

4 STJ – 2ª T., REsp 534.575, rel. Min. ELIANA CALMON, j. 9.12.03, referência citada *in* NEGRÃO, Theotonio. *Código de Processo Civil e legislação processual em vigor*. 38ª ed. São Paulo: Saraiva. P. 1545.

Acesso ao Sumário

De fato, as circunstâncias dos autos exigem sanção menos rigorosa do que aquelas referentes à letra da lei (artigo 12, incisos II e III da Lei nº 8.429/92), porque, a princípio, não ocorreu apropriação de dinheiro público, bem como os prejuízos ao erário foram presumidos, por conta dos pagamentos das gratificações indevidas. Ademais, não se pôs em dúvida a efetividade dos serviços prestados por parte dos servidores que ocuparam os cargos em questão.

Daí por que se reforma parcialmente a r. decisão monocrática hostilizada em tela:

a) para que sejam exonerados os servidores públicos ocupantes dos cargos em comissão apontados, cujos cargos foram elencados, conforme letra "a" dos pedidos (fls. 103), com observação quanto aos servidores concursados, já pertencentes ao quadro de pessoal da Administração, para os quais devem apenas ser revogadas as designações para os cargos comissionados em referência, impondo-se o prazo de seis meses para comprovação nos autos, a contar da publicação desse acórdão, sob pena de crime de desobediência, para cada exoneração não efetivada;

b) para condenar os requeridos na obrigação de não fazer consistente no não provimento dos cargos em comissão referidos no item "a", que se tornarão vagos com a exoneração dos atuais servidores, os quais deverão ser providos de maneira regular, por meio de concurso público, impondo-se o prazo de seis meses para comprovação nos autos, a contar da publicação desse acórdão, sob pena de crime de desobediência;

c) para se declarar a nulidade das portarias de nomeação dos servidores públicos ocupantes dos cargos em comissão mencionados no item "a" (fls. 104), impondo-se o prazo de seis meses para comprovação nos autos, a contar da publicação desse acórdão, sob pena de crime de desobediência;

d) para condenar os réus a fazer cessar todos os pagamentos efetuados a título de "gratificação de desempenho de função de direção e de chefia" e de "gratificação por regime especial de trabalho", impondo-se o prazo de seis meses para comprovação nos autos, a contar da publicação desse acórdão, sob pena de crime de desobediência, para cada gratificação, nesse sentido, concedida após esse acórdão;

e) para condenar o réu Luiz Vilar de Siqueira apenas à multa civil, fixada em cinco vezes o valor de sua última remuneração mensal recebida no cargo de prefeito, devidamente corrigida.

Reformada parcialmente a sentença, conclui-se pela sucumbência recíproca, conquanto que desigual, assim, pagará o ex-prefeito um terço das custas, pois o segundo terço corresponde à isenção legal concedida à Fazenda Pública e o remanescente à parcela em tese referente ao autor, sendo que os honorários advocatícios ficam compensados, nos termos do disposto no "caput"

Acesso ao Sumário

do artigo 21 do Código de Processo Civil.

Para efeito de eventual prequestionamento, importa registrar que a presente decisão apreciou todas as questões postas no recurso sem violar a Constituição ou qualquer lei infraconstitucional.

Isto posto, dá-se parcial provimento ao recurso do autor (Ministério Público) e nega-se provimento ao recurso da Municipalidade, nos termos do voto.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0009776-16.2010.8.26.0053, da Comarca de São Paulo, em que são apelantes GUSTAVO ADRIÁN GOTTFRIED (E OUTROS(AS)) e MARIANA GRACIELA CHEMEN DE GOTTFRIED, é apelada PREFEITURA MUNICIPAL DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em 15ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 25.742)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores SILVA RUSSO (Presidente) e RODRIGUES DE AGUIAR.

São Paulo, 13 de novembro de 2014.

ERBETTA FILHO, Relator

Ementa: IMUNIDADE – IPTU – Ação declaratória de inexistência de relação jurídico-tributária – Residência do rabino – Alegado exercício de atividades religiosas em imóvel pertencente aos autores – Pretendido reconhecimento da imunidade, nos termos do art. 150, VI, "b", da CR – Inadmissibilidade – Imóvel cuja destinação predominante é a moradia dos autores e não a prática de ritos religiosos – Benefício, ademais, que alcança apenas imóveis pertencentes às entidades religiosas – Inteligência do art. 150, § 4º, CR – Não extensão aos bens de pessoas naturais – Recurso não provido.

Acesso ao Sumário

VOTO

Vistos.

Ação declaratória de inexistência de relação jurídico-tributária c.c. repetição de indébito relativa a IPTU do Município de São Paulo, julgada improcedente com a sentença de fls. 123/126, proferida pelo MM. Juiz de Direito Adriano Marcos Laroca.

Os autores interpuseram o presente recurso de apelação para o fim de verem julgada totalmente procedente a demanda, com a consequente declaração de inexigibilidade do IPTU e devolução dos valores recolhidos a esse título. Nesse sentido, expõem os seguintes argumentos, em resumo: o autor é rabino e sua casa deve ser considerada templo de culto para fins tributários; nessa linha, e nos termos do artigo 150, VI, "b", da CR, a residência dos autores está efetivamente contemplada pela imunidade religiosa, haja vista tratar-se de local destinado a funções próprias do Rabinato, sem qualquer interesse econômico, tais como orientação religiosa, estudo da Torá, rezas e outras atividades religiosas; o dispositivo constitucional que confere a imunidade não pode ser interpretado restritivamente, devendo abranger não apenas, no caso do Judaísmo, a Sinagoga, mas também outros elementos que estejam diretamente envolvidos na atividade dessa religião; no caso, o autor é rabino chefe de uma importante comunidade judaica e sua residência tem sido utilizada para fins religiosos, inexistindo, nesse tocante, diferença prática entre os imóveis pertencentes a entidades religiosas e os pertencentes a pessoas físicas, quando ambos são utilizados com aquele mesmo escopo.

Regularmente processado, não se registrando resposta da Municipalidade.

É o relatório.

O recurso não comporta provimento.

Antes de tudo, dada a relevância do tema concernente às condições da ação, impende afastar a preliminar de ilegitimidade agitada pela Municipalidade em sua contestação.

Acesso ao Sumário

Segundo a ré, para impugnar a cobrança de IPTU, os autores devem ser proprietários do imóvel tributado, o que não ocorre *in casu*, haja vista terem eles alienado fiduciariamente o bem.

Ora, a alienação fiduciária de bem imóvel é um instituto criado pela Lei nº 9.514 de 1997 e, de acordo com as normas desse diploma, é destinado a servir como uma modalidade de garantia em contratos de financiamento imobiliário, consistindo, em suma, na transferência da propriedade resolúvel do bem ao credor. O mero fato da alienação fiduciária, portanto, não implica *per se*, a desfiguração da legitimidade passiva tributária. E, no presente caso, os autores afirmam residir com *animus domini* no imóvel em apreço, afirmação essa que, em momento algum, foi contestada pelo Município.

A condição dos autores de possuidores do bem, aliás, decorre da própria lei que rege a alienação fiduciária. Nesse diapasão, vale transcrever a disposição do artigo 23, par. único, dessa Lei nº 9.514/97: "*Com a constituição da propriedade fiduciária, dá-se o desdobramento da posse, tornando-se o fiduciante possuidor direto e o fiduciário possuidor indireto da coisa imóvel*".

Uma vez enquadrados na condição de contribuintes do IPTU, porquanto possuidores do imóvel, nos termos do artigo 34 do Código Tributário Nacional, indubitável se mostra a legitimidade dos autores para a impugnação, via ação declaratória, do referido imposto.

No mérito, porém, a razão assiste ao Município de São Paulo.

Pretendem os autores o reconhecimento de que sua residência é abrangida pela imunidade do artigo 150, inciso VI, alínea b, da Constituição Federal, ao argumento de que, em seu interior, são exercidas atividades de cunho religioso. Segundo eles, sendo o coautor Gustavo Adrián Gottfried o rabino chefe da associação Shalom Liga Israelita do Brasil e praticando ele, em sua casa, funções próprias do serviço religioso judaico, há de ser afastada permanentemente a cobrança de IPTU incidente sobre esse imóvel, cabendo, outrossim, a devolução das quantias já recolhidas a esse título. Em face da sentença que considerou improcedentes tais pedidos, os demandantes manejaram o presente recurso de apelação.

Os apelantes trouxeram aos autos argumentos baseados em precedentes do Supremo Tribunal Federal e, também, em precedentes desta Corte Estadual, os quais, de fato, têm como ponto pacífico uma ideia central e já consolidada em nossas jurisprudência e doutrina: a ideia de que a imunidade dos templos de qualquer culto estende-se para além dos prédios em que se realizam os cultos, alcançando, igualmente, como um todo, o patrimônio, renda e serviços relacionados com as finalidades essenciais dessas entidades.

Entretanto, como resta óbvio do precedente do Supremo Tribunal Federal citado pelos apelantes – RE nº 325.822-2/SP (fls. 141) – e das passagens doutrinárias por eles transcritas, esse entendimento tem lugar nos casos em que uma entidade religiosa, já reconhecidamente imune, busca estender tal benefício a imóvel não destinado diretamente à realização dos cultos, porém indiretamente vinculado às finalidades precípuas da instituição.

Não é, como se vê, a hipótese versada nestes autos, à evidência de não serem os postulantes entidades reconhecidamente imunes, mas, muito ao contrário, pessoas naturais que vivem em imóvel de sua propriedade, relativamente ao qual buscam afastar a incidência de IPTU.

Na verdade, pode-se dizer, nessa mesma linha, que ao interesse dos demandantes opõem-se duas relevantes objeções.

A primeira objeção é de ordem objetiva e concerne à destinação principal

Acesso ao Sumário

dada ao imóvel.

Como eles próprios afirmam, o bem tributado é, antes de tudo, a casa dos apelantes e, bem por isso, tem como destinação predominante a moradia do casal.

Ora, como amplamente reconhecida, a *ratio essendi* da imunidade religiosa do artigo 150, inciso VI, alínea b, da Constituição, está em proteger da ingerência estatal a liberdade religiosa e de culto. No entanto, é também ressabido que a liberdade religiosa pode ser usufruída, individual ou coletivamente, em múltiplos e variados espaços, independentemente de serem estes constituídos sob a forma de templos, situações em que, na maioria das vezes, a imunidade tributária sequer é cogitada. Na verdade, o que diferencia os templos de qualquer culto de outros prédios, tornando-os merecedores do benefício tributário constitucionalmente previsto é o fato de se constituírem em espaços cuja destinação precípua é o exercício das práticas religiosas.

No caso de que se cuida, não importa que o imóvel em questão seja também usado para o cumprimento de funções relativas ao rabinato e aos ritos religiosos do judaísmo. Porque sua destinação predominante é a moradia dos recorrentes e não a prática de atividades religiosas. A conclusão inarredável é o descabimento do benefício fiscal.

A segunda objeção à pretensão dos demandantes é de ordem subjetiva e diz respeito à legitimidade das pessoas naturais para pleitear a imunidade religiosa.

Já se pode chamar clássica a lição dos doutrinadores pátrios segundo a qual a imunidade dos templos há de abranger também seus anexos imobiliários. Exemplo disso é o magistério do Prof. ROQUE ANTONIO CARRAZZA (Curso de Direito Constitucional Tributário, 22ª ed., 2006, Malheiros, pp. 816-817), já mencionado pelos apelantes em suas peças, *in verbis*:

"*Assim, são considerados templos não apenas os edifícios destinados à celebração pública dos ritos religiosos – isto é, o local onde o culto se professa –, mas também os seus anexos, vale dizer, os imóveis que tornam possível ou, quando pouco, facilitam a prática da religião. Exemplificando, consideram-se anexos dos templos, em termos de religião católica, a casa paroquial, o seminário, (...) etc., desde que esses imóveis venham empregados – como observa Aliomar Baleeiro – nas atividades essenciais do culto. Já nas religiões protestante, evangélica ou pentecostal são anexos dos templos a casa do pastor (...); na israelita, a casa do rabino (observados os mesmos requisitos), o centro de formação de rabinos etc.*".

No entanto, subjacente a essa lição, há um pressuposto deveras relevante: o de que tais imóveis, chamados "anexos", são considerados imunes justamente porque, mesmo não sendo templos, pertencem à entidade religiosa e vinculam-

se às suas atividades essenciais.

Daí a lição de SACHA CALMON NAVARO COÊLHO (Curso de Direito Tributário Brasileiro, 9ª ed., 2006, Forense, pág. 304), sobre a não imunização dos imóveis pertencentes a religiosos, considerados enquanto pessoas físicas:

"*E a casa do padre? Esta também não goza de imunidade. Não é templo, é moradia (embora de um sacerdote, que nem por isso deixa de ser um cidadão, com os direitos e deveres comuns à cidadania). O escopo é imunizar o templo e não o babalorixá, o padre, o rabino, o ministro protestante em seus haveres.*".

Esse postulado fica ainda mais evidente à luz da norma do § 4º, do invocado artigo 150, da Carta Magna, a qual determina: "*As vedações expressas no inciso VI, alíneas 'b' e 'c', compreendem somente o patrimônio, a renda e os serviços, relacionados com as finalidades essenciais das entidades nelas mencionadas*".

Decerto que a menção ao termo "entidades" não é supérflua. Não por outra razão, explica RICARDO LOBO TORRES que "*a imunidade se subjetiviza na pessoa jurídica, regularmente constituída, que promova a prática do culto ou mantenha atividades religiosas*" ("Tratado de Direito Constitucional, Financeiro e Tributário", Vol. III – "Os Direitos Humanos e a Tributação: imunidades e isonomia" – Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 241).

No caso sob exame, o bem imóvel objeto de tributação não pertence a nenhuma entidade religiosa. Pertence aos autores que, em nome próprio, na condição de pessoas naturais, vêm ao Poder Jurisdicional requerer o benefício da imunidade.

À vista dessas considerações, então, era de rigor, realmente, decretar-se a improcedência da demanda, uma vez que o imóvel em apreço não se encontra abrangido pela imunidade.

Ante o exposto, em suma, meu voto propõe negar provimento ao recurso.

ACÓRDÃO

Acesso ao Sumário

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0002525-35.2008.8.26.0111, da Comarca de Cajuru, em que é apelante PÁDUA & WAKIYAMA EMPREENDIMENTOS IMOBILIÁRIOS LTDA., é apelada PREFEITURA DO MUNICÍPIO DE CAJURU.

ACORDAM, em 10ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento ao recurso. V.U. (Sustentou oralmente Dra. Larissa Detoni).", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº AC-13.945/14)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores TORRES DE CARVALHO (Presidente), TERESA RAMOS MARQUES e PAULO GALIZIA.

São Paulo, 17 de novembro de 2014.

TORRES DE CARVALHO, Relator

Ementa: LOTEAMENTO. Cajuru. Condomínio Big Valley. Pretensão à aprovação municipal nos termos da LF nº 6.766/79, LM nº 1.617/07 e DM nº 3.187/07. – A autora pretende regularizar o parcelamento já implantado, forma de atender aos adquirentes, à ordem administrativa e ao pedido feito em ação civil pública; e não se afigura razoável a não apreciação do pedido administrativo na pendência de ações propostas por adquirentes de lotes discutindo a incidência tributária (se ITR ou IPTU) ou de ação civil pública que pretende exatamente a regularização que a autora tenta fazer. Não se trata de aprovar em juízo o parcelamento, mas tão somente de afastar o óbice oposto pela administração, que apreciará livremente o pedido de parcelamento e seus requisitos legais. – Improcedência. Recurso da autora provido.

VOTO

1. A sentença de fls. 137/143, declarada a fls. 149/150, julgou improcedente a ação em que a autora pretende a expedição de licença municipal para o empreendimento Big Valley nos termos da LM nº 1.617/07 e DM nº 3.187/07. Entendeu o juiz que o autor não cumpriu os requisitos exigidos pela LF nº 6.766/79, não comprovou que o loteamento esteja inserido em área urbana, além de não ter firmado termo de ajuste de conduta com o Ministério Público como alegado na inicial e nem anexado aos autos a legislação municipal que invoca. Condenou-a a arcar com as custas, as despesas processuais e honorários de advogado fixados em R$ 600,00.

Apela a autora (fls. 165/171); diz que logrou êxito em certificar o empreendimento junto ao GRAPROHAB. A partir disso, tentou a aprovação urbanística conforme art. 18 da LF nº 6.766/79, mas o Município se nega a aprovar porque há discussão jurídico-tributária acerca da incidência do ITR em detrimento do IPTU sobre os lotes originários do parcelamento. O imóvel foi inserido em área urbana conforme a LM nº 1.339/99, não havendo falar em cobrança de ITR. Por se tratar de ato vinculado, preenchidos os requisitos

Acesso ao Sumário

não é possível negar a expedição da licença. Pede a reforma da decisão e a procedência da ação.

Recurso tempestivo e preparado. Contrarrazões não apresentadas.

É o relatório.

2. No dia 21-1-2008 a autora, responsável pelo empreendimento denominado "Big Valley" (condomínio fechado residencial), situado em Cajuru, depois que obtiveram o certificado do GRAPROHAB nº 199/02 (fls. 15), requereram sucessivamente ao Município: (i) a aprovação do loteamento com fulcro no art. 12 da LF nº 6.766/79; (ii) autorização municipal para o fechamento administrativo do bairro que compreende a totalidade do loteamento Big Valley, por meio do termo de concessão de uso especial dos espaços urbanos localizados no bairro, incluindo vias públicas, nos termos da LM nº 1.617/07 e DM nº 3.187/07, que cuidam da aprovação de bolsões Municipais (fls. 16/18, 51/53).

O pedido foi indeferido sob dois argumentos (fls. 19/20): (i) houve venda dos lotes antes de aprovado o projeto pelo Município, dando origem à ação civil pública nº 228/99 ou 1077/99, Comarca de Cajuru (ainda não sentenciado, pesquisa em 30-10-2014, fls. 112/113, 119/128); (ii) apesar de o empreendimento ser considerado urbano pelo Município conforme LM nº 1.339/99, com cobrança de IPTU, pende de decisão judicial a definição a respeito da natureza, se urbana ou rural, com reflexos na cobrança de IPTU ou ITR:

[i] mandado de segurança nº 1795/01 ou 1482/01, AC nº 0265146-92.2009, 14ª Câmara de Direito Público, 24-9-2009, Rel. Geraldo Xavier, deram provimento em parte ao recurso, v.u., trânsito em julgado em 22-5-2010:

Estabelecidas as premissas acima delineadas, tem-se que é caso de agasalhar, ao menos em parte, a pretensão recursal, pois o município pretende cobrar IPTU de imóvel situado em área rural, cadastrada no INCRA sob o número 614041001937-8 (folhas 19 a 24, 40 a 51). E, como dantes consignado, tudo indica que a modificação dos limites da zona urbana, instituída pela Lei Municipal 1.339/99, não foi informada à União. Descabida, via de consequência, a exação (exercício de 1998 a 2000).

[ii] ação ordinária nº 386/02 ou 43/02, AC nº 9090959-83.2008, 3ª Câmara Extraordinária de Direito Público, 20-5-2014, Rel. Eutálio Porto, deu provimento em parte para considerar a área urbana e sujeita à cobrança de IPTU, v.u., sem trânsito em julgado;

[iii] mandado de segurança nº 1216/01 ou 1187/01, AC nº 9210134-81.2002, 14ª Câmara de Direito Público, 28-4-2011, Rel. Osvaldo Palotti Junior, proveu o recurso oficial e do Município para considerar a área urbana, com incidência de IPTU, v.u., transitou em julgado em 4-2-2012.

[iv] ação ordinária nº 1110/03 ou 980/03, julgou parcialmente procedente para declarar a nulidade dos lançamentos do IPTU dos exercícios de

Acesso ao Sumário

1998 a 2001. Processo remetido ao Tribunal em 10-7-2013, AC nº 0001110-90.2003, 14ª Câmara de Direito Público, Rel. Geraldo Xavier, pendente de julgamento.

Nessas condições, afirmou o Município não ser possível aprovar o loteamento. Entende o autor que a questão tributária não pode influenciar a questão urbanística, por isso pede a procedência da ação.

3. Os dois óbices não são cumulativos, mas sucessivos: se definida nas ações que discutem a incidência tributária que a área é rural, o parcelamento passa a seguir as regras impostas pelo INCRA e os lotes passam a exigir área maior (fls. 19/20). No entanto, as ações em curso não têm o relevo que a administração lhes atribui. Cabe ao município definir a área urbana; em assim sendo, não haverá oposição do INCRA à incidência do imposto predial e territorial urbano, automaticamente cessando a incidência do imposto territorial rural. A dúvida deve ser esclarecida pela administração e pela autora junto ao órgão federal, a partir de quando a inserção na zona urbana e a incidência do IPTU estarão definidas. As ações em curso não impedem a regularização indicada, pois se referem à situação descrita nos autos tão somente.

Definida a inserção do parcelamento em zona urbana, ao parcelamento se aplicará a LF nº 6.766/79 e a legislação municipal existente.

4. A renitência da administração prolonga as ações em que discutida a natureza do imposto e, o que é pior, impede que a autora atenda à regularização pedida na ação civil pública em curso. Não há razoabilidade nas razões apresentadas para o indeferimento do pedido feito pela autora; é caso de afastar o fundamento invocado para que a administração aprecie livremente o pedido de regularização do parcelamento, deferindo-o ou não conforme atenda aos requisitos da lei federal, estadual e municipal aplicável.

O voto **é pelo provimento do recurso da autora** para afastar o óbice indicado a fls. 19/20 e determinar à ré a apreciação do pedido de regularização do parcelamento, aprovando-o ou não conforme o estabelecido na legislação aplicável. A ré arca com as despesas do processo e com honorários de advogado que fixo, nos termos do art. 20 § 4º do CPC, em R$ 1.000,00, corrigidos desta data.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0015835-96.2007.8.26.0482, da Comarca de Presidente Prudente, em que é apelante PREFEITURA MUNICIPAL DE PRESIDENTE PRUDENTE, é apelada JUÇARA IRENE ARANHA SOLER (JUSTIÇA GRATUITA).

ACORDAM, em 10ª 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 2276/14)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores TORRES DE CARVALHO (Presidente) e TERESA RAMOS MARQUES.

São Paulo, 17 de novembro de 2014.

ANTONIO CELSO AGUILAR CORTEZ, Relator

Ementa: Ação de indenização de danos materiais e morais relacionados com moléstias profissionais (LER e DORT). Servidora municipal aposentada por invalidez parcial e permanente. Direito à pensão mensal afastado. Falta de prova da culpa da Administração Pública pela progressão e agravamento das doenças. Recurso oficial, considerado interposto, e apelação providos, para julgar improcedente a ação.

VOTO

VISTOS.

Contra sentença que julgou procedente em parte ação de indenização de danos morais e materiais movida por servidora pública municipal inativa em razão de aquisição de moléstias ocupacionais atribuídas a desídia da Administração Pública por não adotar as medidas necessárias para o desempenho seguro e adequado de suas funções e levá-la a aposentar-se com proventos reduzidos, condenada a requerida ao pagamento de indenização a título de complementação de aposentadoria da diferença entre o que a autora passou a receber e o que teria direito de receber caso continuasse a trabalhar, desde o ato da aposentação até completar 70 anos de idade, observada a prescrição quinquenal, com determinação de pagamento das parcelas vencidas de uma só vez com atualização na forma da lei e com juros de mora a partir da citação, e parcelas vincendas no mesmo dia de pagamento dos proventos de aposentadoria, reconhecida a sucumbência recíproca (fls. 1085/1109), ao recurso oficial, considerado interposto, somou-se apelação da Municipalidade alegando que não houve comprovação de que as doenças indicadas foram adquiridas em razão dos trabalhos desenvolvidos como servidora municipal ou por falta de equipamento de proteção ou de segurança no ambiente de trabalho; disse que a autora aposentou-se por invalidez com proventos proporcionais porque a própria junta médica oficial concluiu que o caso não se referia a moléstia profissional; sustentou que a doença que a incapacitou para o trabalho (artrose) não é grave e

Acesso ao Sumário

que a Municipalidade não cometeu qualquer ato ilícito a autorizar a condenação pretendida. Foram apresentadas contrarrazões defendendo a sentença.

É o relatório.

Trata-se de ação de indenização de danos materiais e morais relacionados com moléstias profissionais (lesões por esforços repetitivos – LER e distúrbios osteomusculares relacionados ao trabalho – DORT) que a autora teria contraído no trabalho e que acarretaria responsabilidade decorrente de culpa nas modalidades negligência e imprudência da Municipalidade, por não oferecer condições de segurança e por não adotar programas e medidas de prevenção (fls. 07/15); pediu, a autora, pagamento das despesas de tratamento, pensão mensal, além de indenização pelo dano moral. A inicial veio instruída com informes médicos e comprovantes dos afastamentos referidos, exames, inclusive a cirurgia a que se submeteu (fls. 46/53 e 111/397).

A sentença julgou procedente em parte o pedido para conceder somente o pagamento de danos materiais na forma de pensão mensal correspondente a diferença entre os proventos proporcionais e integrais; na prática, concedeu aposentadoria integral. Todavia, o pedido da autora foi de indenização de cem vezes o valor do salário mínimo, para cobrir seus prejuízos mensais e tratamentos, pensão mensal até setenta anos de idade, no percentual de redução da capacidade laborativa, mais danos morais de montante equivalente a cem salários mínimos (fls. 22).

Recorreu apenas o Município de Presidente Prudente, motivo pelo qual os demais pedidos formulados pela autora na inicial não serão reapreciados.

Segundo consta dos autos, a autora, antes mesmo de seu ingresso no serviço público em 03.03.1995 para exercer o cargo de auxiliar de desenvolvimento infantil, já era portadora de transtorno do disco cervical com mielopatia (CID M 50.0), transtorno dos discos lombares e de outros discos intervertebrais com radiologia (CID M 51.1), transtornos não especificados nos tecidos moles relacionados com o uso excessivo e pressão (CID M 70.9), síndrome do túnel do carpo (G 56.0) e artrose não especificada (M 19.9) (v. fls. 71/72 e 85). Foi posteriormente conduzida para desempenhar funções na Secretaria Municipal de Educação e, ante o agravamento e progressividade das doenças acima descritas, a servidora passou para inatividade por invalidez permanente com proventos proporcionais em 29.09.2005 (fls. 99 e 102), embora a procuradora municipal tenha se manifestado pela concessão de proventos integrais com base nas constatações da Junta Médica Oficial (fls. 59/60, 72, 85 e 95).

O laudo judicial e esclarecimentos posteriores (fls. 993/1002 e 1021/1026) deixaram claro que a autora é realmente portadora de síndrome cervicobraquial, tendinite do supraespinhal bilateral, síndrome do túnel do carpo à direita e lombociatalgia à esquerda por compressão da raiz de L5S1 à esquerda (fls.

Acesso ao Sumário

996), concluindo pela incapacidade total e definitiva da pericianda para o trabalho (fls. 997). Na perícia, ficou anotado que a requerente é portadora de alterações orgânicas que, em razão das atividades por ela exercidas, podem ser consideradas como Distúrbios Osteomusculares Relacionados com o Trabalho (DORT). Embora não tenha sido possível vistoria do local, o perito defendeu a desnecessidade de inspeção, tendo em vista a sua alteração diante do tempo já decorrido e a possibilidade de produção de provas indiretas por meio de documentos e depoimentos (fls. 1021/1026).

Não basta, entretanto, a prova das moléstias e do nexo com o trabalho para efeito de responsabilidade da empregadora. Teria a autora que provar ter havido culpa, ou porque algo que deveria ser feito não foi ou porque foi feito algo que não poderia acontecer. Afinal, sua pretensão foi de obter indenização para tratamento, atual e vindouro, indenização de pensão até setenta anos de idade pela redução da capacidade laborativa e indenização de dano moral, em consequência da doença apontada como ocupacional.

Trata-se, então de responsabilidade subjetiva.

A movimentação repetitiva consistente em redigir documentos, datilografar, digitar em teclado de computador, executar atividades manuais com lápis, canetas etc (fls. 1021) era inerente à função exercida pela autora e se tratava de serviço leve (fls. 1022) e dentro dos padrões legais, segundo informações dadas pela própria requerente ao perito oficial (v. fls. 998). Não havia necessidade de uso de equipamento de proteção individual – EPI e autora não provou que estes movimentos pudessem ser evitados e não o foram por culpa da Municipalidade.

A progressão das doenças, por si só, não corresponde necessariamente a culpa da empregadora. Esta culpa pode acontecer pelo não fornecimento de equipamentos, pela não substituição oportuna, pelo fornecimento não justificado de equipamentos obsoletos ou ineficazes, ou pela não exigência de sua utilização, mas deve ser demonstrada. E no caso concreto as provas produzidas não apontam para qualquer comportamento culposo da requerida. Não há prova de que a requerida não tomou as providências que deveria ter tomado, no tempo certo, para evitar ou ao menos reduzir o impacto dessas condições de trabalho na saúde dos empregados a elas expostos.

A aposentadoria por invalidez só poderia ser concedida com proventos proporcionais, à vista dos artigos 20 e 62, I da LCM n. 106/2001 c.c. artigo 40, § 1º, I da CF.

Por tudo isso, respeitado o entendimento contrário, nada justifica aqui a concessão de danos materiais, na forma determinada na sentença. O pensionamento em favor da autora até completar 70 anos de idade dependeria de prova de invalidez total por culpa da requerida, que não há. Os rendimentos

Acesso ao Sumário

ficaram reduzidos após passagem para a inatividade em razão da fixação de proventos proporcionais, contudo, tal redução não se deu por dolo ou culpa da Municipalidade.

Embora o art. 950 do Código Civil permita incluir na indenização pensão correspondente à importância do trabalho para que se inabilitou, ou da depreciação que sofreu, certo é que não praticou a requerida qualquer ato ilícito que permitisse a indenização pretendida. Como anotado em caso semelhante (Des. Torres de Carvalho, Apelação 273.362-5/7-00), "acidente do trabalho (...) não exige conduta comissiva ou omissiva do empregador, acarreta a proteção do trabalhador mas não acarreta responsabilidade civil nem dever de indenizar, que pressupõem necessariamente a ação ou omissão do ofensor como fato relevante na eclosão do dano; o acidente do trabalho não se enquadra na regra genérica do art. 159, atual art. 186 do Código Civil nem no art. 37, § 6º da Constituição Federal; enseja modalidade especial de proteção que decorre do dever de solidariedade, típica responsabilidade sem culpa: a autora foi readaptada, continua a receber os vencimentos de seu cargo e exerce atividade compatível com a limitação de movimento no braço direito. Somente dolo ou culpa grave da administração, aqui inexistentes, ensejariam a indenização pretendida".

Em razão da improcedência da ação, fica a autora condenada nas custas e despesas processuais, arbitrados os honorários advocatícios, à vista do trabalho desenvolvido e do grau de complexidade da causa, em R$ 1.000,00 (mil reais), observada a aplicação do art. 12 da Lei n. 1060/50.

Ante o exposto, dá-se provimento ao recurso oficial, considerado interposto, e à apelação, para julgar improcedente a ação, nos termos acima.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0009530-58.2011.8.26.0223, da Comarca de Guarujá, em que é apelante (...), 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: "Negaram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 14383)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores LUIS GANZERLA (Presidente sem voto), AROLDO VIOTTI e RICARDO DIP.

São Paulo, 25 de novembro de 2014.

OSCILD DE LIMA JÚNIOR, Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: RESPONSABILIDADE CIVIL – Indenização por danos morais – Assédio moral praticado por superiores hierárquicos de servidor público – Ausência de demonstração nos autos de que a conduta causou os danos aventados na petição inicial – Tratamento frio e algumas vezes ríspido dispensado pelos superiores hierárquicos aos motoristas do Fórum, mas que não tratavam o autor de forma diferenciada – Inexistência de perseguição profissional ou humilhação – Ônus da prova que incumbia ao autor – Sentença de improcedência confirmada.

Recurso desprovido.

VOTO

Trata-se de ação de indenização ajuizada por (...) contra a Fazenda do Estado de São Paulo, alegando que ingressou em cargo público no dia (...), sendo lotado na Administração do Foro Distrital de Vicente de Carvalho para o exercício das funções de Agente de Segurança Judiciário, atuando como motorista. Esclarece que no mês de junho/2009, com a extinção do Foro Distrital de Vicente de Carvalho, foi transferido para o Fórum da Comarca de Guarujá, exercendo as mesmas funções e no mesmo horário de trabalho, porém sob nova diretoria. Sustenta que sofreu perseguição e assédio moral por parte do Diretor de Serviço, Sr. (...), e da escrevente-chefe, Sra. (...), mediante as seguintes práticas: a) tratamento diferenciado entre servidores; b) prestação de serviços que não eram de sua competência, de modo a humilhá-lo e fazê-lo sentir-se inferior aos demais colegas de trabalho; c) foi alvo frequente de críticas na frente dos demais servidores, citado como "péssimo exemplo de funcionário", de modo a abalar sua autoestima; d) era tratado de forma ríspida e agressiva pelo diretor, e sempre era expulso de sua sala; e) nunca era chamado pelo seu nome, e sim por "motorista"; f) repreender o autor por não ter entregue o cartão de ponto para assinatura, deixando o referido cartão na chapeira com um bilhete, de modo a constrangê-lo. Diante de tantas pressões e humilhações, aduz o autor que desenvolveu diversos problemas de saúde, além do prejuízo com remédios, tratamentos e perda de três meses de licença-prêmio. Após receber alta, conseguiu transferência para o fórum da comarca de (...). Em virtude da lesão aos seus direitos da personalidade, requer indenização pelos danos morais, em valor equivalente a 100 vezes a última remuneração percebida.

A r. sentença de fls. 850/858 julgou improcedente o pedido, devendo o

Acesso ao Sumário

autor, em razão da sucumbência, arcar com o pagamento das custas, das despesas processuais e dos honorários advocatícios, estes fixados em R$ 1.000,00.

Inconformado, o autor interpôs recurso de apelação a fls. 860/880, requerendo a reforma do julgado, uma vez que restou cabalmente comprovado em audiência de instrução o assédio moral sofrido por parte do Diretor de Serviço, Sr. (...), e da escrevente-chefe, Sra. (...), devendo a Fazenda Pública ser responsabilizada pelos danos causados por seus agentes.

Contrarrazões a fls. 886/891.

É o relatório.

O recurso deve ser desprovido.

Considerando o regime da responsabilidade objetiva do Estado pelos danos causados por seus agentes, cabia ao autor o ônus de comprovar o assédio moral, vale dizer, a conduta estatal causadora do dano.

Nada obstante os argumentos apresentados nas razões recursais, os elementos de prova coligidos aos autos realmente não são hábeis à demonstração de que o autor foi vítima de assédio moral por seus superiores hierárquicos.

A prova oral demonstrou que o Diretor de Serviço, Sr. (...), e a escrevente-chefe, Sra. (...), dispensavam tratamento um tanto quanto ríspido com a maioria dos motoristas, mantendo com estes uma relação profissional bastante fria, buscando deixar clara a superioridade hierárquica. Tanto é assim que alguns optaram pela remoção para outras Comarcas.

No entanto, tal tratamento ríspido não foi reservado apenas ao autor – segundo a testemunha (...), o Diretor (...) "***não chamava ninguém pelo nome, todos são taxados de 'motorista'; que eram obrigados a transportar malotes pesados sozinhos; que esse problema era geral, não era exclusivo do autor; que o serviço era distribuído igualmente entre todos***".

Da mesma forma, a testemunha (...), que também ocupa o cargo de motorista, disse que "***foi subordinado ao servidor (...), e que foi embora para São Paulo porque não se adaptou à forma de trabalho adotada no Guarujá, pois foi difícil trabalhar com (...) e (...); que foi maltratado por eles, mas nunca foi ofendido; que a ordem era dada de forma dura; que costumavam deixar clara a superioridade hierárquica***".

Outrossim, a testemunha Eduardo pontuou que "***(...) e (...) dispensavam tratamento ríspido e exigiam urbanidade, inclusive apontando dispositivos do Estatuto dos Funcionários; saiu do Guarujá por causa de (...); eram chamados de 'motoristas'; não presenciou broncas de (...) ao autor; (...) costumava deixar claro o vínculo de superioridade hierárquica, sendo que esse tipo de tratamento era público***".

Pode-se até dizer que a animosidade do autor com os seus superiores

Acesso ao Sumário

hierárquicos era um pouco mais acentuada, mas tudo decorria dessa relação fria e ríspida com a qual procuravam organizar os serviços a serem desempenhados pelos motoristas. O episódio de agressão física entre o autor e (...) ocorreu em contexto dissociado do exercício da função pública, após (...) tomar ciência do ajuizamento da ação pelo autor.

As discussões, por sua vez, estavam atreladas às ordens e rotinas de trabalho, não assumiam caráter pessoal ou específico, visto que o Diretor de Serviço costumava deixar clara sua superioridade hierárquica, e por isso a ordem era dada de forma dura, sem espaço de deliberação, mas sem ofensas, humilhação ou cunho de perseguição - tanto é assim que as testemunhas ressaltam que tal tratamento era público.

Com base nas provas existentes não se há falar, portanto, em assédio moral, que pode ser conceituado como a ***conduta individual ou coletiva, praticada de modo continuado e sistemático, de exacerbação de poder e de desrespeito à higidez emocional e psíquica de alguém, mediante a prática de atos ou omissões congêneres ou diferenciados entre si, embora logicamente convergentes.***

Nessa quadra, indisputável o entendimento da lavra do juízo *a quo*, Dr. **Eduardo Ruivo Nicolau**, porquanto "***não se pode afirmar, com base no que foi coletado em juízo, que o autor era sistematicamente perseguido pelos funcionários (...) e (...). É certo que os motoristas relataram, em sua maioria, que tais servidores não dispensavam um tratamento cordial. Entretanto, a configuração do assédio moral exige comprovação cabal da perseguição do superior hierárquico, com atos ou omissões cujo único objetivo é humilhar o subordinado. Pelo que se infere dos autos, o tratamento dispensado por (...) e (...) aos motoristas do Fórum era frio e algumas vezes ríspido, mas os servidores não tratavam o autor (...) de forma diferenciada. A alegada perseguição descrita na inicial não ficou demonstrada neste processo***".

Outrossim, importante destacar que as mesmas alegações do autor já foram examinadas e rechaçadas em dois procedimentos administrativos anteriores. Em ambos, decididos por juízes distintos, foi determinado o arquivamento dos autos. A r. sentença bem detalhou a respeito dessa questão, a saber:

"***No primeiro procedimento, a representação do autor oferecida contra os servidores (...) e (...) foi julgada improcedente pelo então Juiz Corregedor (fl. 292/293).***

O Julgador destacou de maneira firme a inconsistência das alegações do autor com relação à ocorrência de assédio moral.

Foi destacada a boa atuação dos servidores (...) e (...). O recurso do autor não foi conhecido, vez que ausentes os requisitos de admissibilidade (fl. 476/478).

No segundo procedimento administrativo, novamente uma

Acesso ao Sumário

representação do autor foi considerada, segundo os dizeres do então magistrado sentenciante,* '*temerária, abusiva e desprovida de qualquer substrato fático ou jurídico que a sustente*'*.

Uma detida leitura da decisão mostra como o autor buscou de todas a formas responsabilizar o servidor (...) de alguma, adotando exótica forma de investigação com fotos.

Desnecessário repetir o que consta da referida sentença de improcedência da representação. ***Ao final o magistrado deixa inclusive a recomendação de adoção de medidas cíveis e criminais por parte dos representados em face do autor, por ter vislumbrado, por parte deste, abuso no direito de petição e falta de prova do alegado (fl. 713/715)***".

Impossível, portanto, qualquer condenação com base nos elementos existentes. Não se identificou, na espécie, a existência de assédio moral – o autor não comprovou os fatos constitutivos do seu direito – razão pela qual a improcedência do seu pedido é mesmo a medida mais acertada.

Com efeito, no processo, como se sabe, a vontade concreta da lei só se afirma em prol de uma das partes, se demonstrado ficar que os fatos, de onde promanam os efeitos jurídicos que pretende, são verdadeiros, claro está que, não comprovados tais fatos, advirá para o interessado, em lugar da vitória, a sucumbência e o não reconhecimento do direito pleiteado (José Frederico Marques, Manual de Direito Processual Civil, 8ª edição, Saraiva, São Paulo, 1985, v. 2, p. 193).

A necessidade de provar para vencer, diz Wilhelm Kisch, tem o nome de ônus da prova. Não se trata de um direito ou de uma obrigação, e sim de um ônus, uma vez que a parte a quem incumbe fazer a prova do fato suportará as consequências e prejuízos da sua falta e omissão (Elementos de Derecho Procesal Civil, 1940, p. 205; *apud* José Frederico Marques, ob. cit. p. 193).

Ante o exposto, pelo meu voto, nego provimento ao recurso, mantida integralmente a r. sentença.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0078567-14.2011.8.26.0114, da Comarca de Campinas, em que é apelante PREFEITURA MUNICIPAL DE CAMPINAS, é apelada CONGREGAÇÃO CRISTÃ NO BRASIL.

ACORDAM, em 18ª 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**

17677)

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores WANDERLEY JOSÉ FEDERIGHI (Presidente) e OSVALDO CAPRARO.

São Paulo, 27 de novembro de 2014.

BEATRIZ BRAGA, Relatora

Ementa: Ação de repetição de indébito. Extinção do processo sem resolução do mérito. Apelação apenas da Municipalidade. Majoração da verba honorária de rigor. Adequação aos parâmetros trazidos pelo art. 20, §§ 3º e 4º, CPC. No caso, mostra-se desproporcional a condenação de 10% sobre o valor atualizado da causa, aproximadamente, R$ 380,00. Nos termos do art. 23 da Lei n. 8.906/94, os honorários pertencem ao advogado e são fixados com base em critérios quantitativos e qualitativos dispostos em lei. Ressalva-se, no entanto, a possibilidade de, eventualmente, serem arbitrados fora dos limites quantitativos do § 3º do art. 20 do CPC. Na hipótese, o aumento para R$ 700,00 é razoável e remunera merecidamente o trabalho do patrono, conforme proposto pela jurisprudência dos Tribunais Superiores e pela Campanha Nacional de Valorização dos Honorários Advocatícios da Ordem dos Advogados do Brasil. Dá-se provimento ao recurso.

VOTO

Trata-se de apelação contra sentença de extinção do processo sem resolução de mérito nos autos da ação de repetição de indébito ajuizada por **Congregação Cristã do Brasil** em face do **Município de Campinas**. Ante a sucumbência, a autora foi condenada a pagar as custas, despesas processuais e honorários advocatícios no percentual de 10% sobre o valor da causa atualizado (fls. 43, declarada a fls. 46).

Sustenta o apelante, em síntese, que o valor fixado a título de honorários é irrisório (fls. 48/50).

Contrarrazões a fls. 55/58.

É o relatório.

O recurso merece provimento.

Depreende-se dos autos que a Igreja-autora pleiteou a devolução de

Acesso ao Sumário

valores pagos quando era imune do IPTU e isenta da taxa de lixo.

O processo, no entanto, foi extinto sem resolução de mérito, nos termos do art. 267, IV do CPC. Após a oposição de embargos de declaração pelo Município, o juiz condenou a autora ao pagamento das custas, despesas processuais e honorários advocatícios em 10% sobre o valor da causa.

O valor atualizado da causa à época da distribuição era de R$ 377,28, o que redundaria na quantia de aproximados R$ 37,00 (10%) a título de honorários.

Na lição de Luiz Guilherme Marinoni e Daniel Mitidiero[1], de regra, o juiz ao fixar a verba honorária deve obedecer a limites quantitativos (art. 20, § 3º, CPC) e qualitativos (art. 20, § 3º, "a", "b" e "c", CPC). Admite-se, contudo, que eventualmente se superem os limites quantitativos do art. 20, § 3º, CPC, obedecendo-se tão somente aos qualitativos (art. 20, § 4º, CPC).

Destarte, considerando em especial o grau de zelo e o trabalho realizado pelo procurador municipal e a natureza e importância da causa, arbitram-se os honorários em R$ 700,00.

Frise-se, por fim, que tal quantia não onera em demasia a Igreja-autora e não desmerece o trabalho do procurador, conforme proposto pela jurisprudência dos Tribunais Superiores e pela Campanha Nacional de Valorização dos Honorários Advocatícios da Ordem dos Advogados do Brasil[2].

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, **dá-se provimento ao recurso para majorar-se os honorários advocatícios para o importe de R$ 700,00.**

ACÓRDÃO

Acesso ao Sumário

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0008901-75.2006.8.26.0606, da Comarca de Suzano, em que são apelantes PEDRO DA SILVA e AGNUS INFORMÁTICA LTDA..

ACORDAM, em 2ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Recurso parcialmente provido, por votação unânime, com indicação à jurisprudência.", de conformidade com o

1 Marinoni, Luiz Guilherme; Mitidiero, Daniel. *Código de Processo Civil.* RT, Ed. 2008, p. 119.

2 AgRg nos EDcl no Recurso Especial 1.307.229-PE; Campanha Nacional de Valorização dos Honorários Advocatícios da OAB.

voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 5712)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores LUCIANA BRESCIANI (Presidente) e JOSÉ LUIZ GERMANO.

São Paulo, 4 de novembro de 2014.

RENATO DELBIANCO, Relator

Ementa: Ação Civil Pública – Improbidade administrativa – Aquisição de equipamentos de informática pela Câmara Municipal de Suzano – Superfaturamento – Prova pericial – Critério adotado pelo perito não demonstra o real valor do contrato administrativo taxado de superfaturado – Laudo omisso e inexato – Anulação da r. sentença – Determinada realização de nova perícia – Inteligência dos artigos 437 e 438 do Código de Processo Civil – Recursos parcialmente providos, com determinação.

VOTO

Trata-se de recurso de apelação interposto nos autos da ação civil pública por improbidade administrativa que foi julgada procedente pela r. sentença de fls. 553/560.

Recorre a corré Agnus Informática Ltda., sustentando, em síntese, que a r. sentença deve ser reformada, pois, está baseada em laudo pericial equivocado, que deixou de considerar a natureza tríplice do contrato impugnado (fornecimento de equipamentos, montagem/instalação/manutenção e a garantia), o elevado preço dos bens à época da licitação, o valor do dólar, os tributos e as notas fiscais indicativas dos preços reais de todos os aparelhos de informática. Afirma que ao opor embargos de declaração acostou aos autos documento novo, indicando que os equipamentos de informática eram muito mais caros quando da publicação do edital do certame.

Recorre o corréu Pedro da Silva, alegando, inicialmente, nulidade da r. sentença (*extra petita*), cerceamento de defesa, ilegitimidade passiva, bem como ausência de pressuposto de constituição e desenvolvimento válido e regular do processo. Requer seja proferida sentença incidente de declaração da inexistência do direito. Sustenta que o valor maior da proposta da corré ofertada no procedimento licitatório se justifica pelo fato de as demais participantes não terem incluído em suas ofertas a prestação de serviços e a garantia estendida. Impugna os critérios de avaliação adotados pelo perito judicial acerca do valor dos computadores e seus acessórios. Afirma que o representante do inquérito civil não é pessoa idônea. Aduz que o relatório do CAEX não é revestido de

Acesso ao Sumário

técnica. Assevera que o processo licitatório fora supervisionado por técnico de informática, sendo certo que o edital, o julgamento das propostas e a compra foram realizados de acordo com a Lei de Licitações. Alega que é inviável a declaração de nulidade do procedimento licitatório, uma vez que os equipamentos de informática foram entregues, devendo, portanto, ser convalidado o contrato. Por fim, pugna pela revogação do decreto de indisponibilidade dos bens dos réus.

Os recursos receberam resposta, tendo a D. Procuradoria ofertado parecer pelo parcial provimento dos recursos.

É o breve relatório, adotado no mais o da r. sentença.

Cuida-se de ação civil pública ajuizada pelo Ministério Público do Estado de São Paulo sob a alegação de que a corré Agnus Informática Ltda. sagrou-se vencedora em procedimento licitatório para fornecimento de equipamentos de informática, tendo, consequentemente, firmado contrato com a Câmara Municipal de Suzano, representada pelo corréu Pedro da Silva. Afirma o autor que, no entanto, houve superfaturamento de mais de 55% do valor da compra, conforme demonstrado pelo relatório elaborado pelo Centro de Apoio Operacional à Execução e das Promotorias de Justiça – CAEX.

Adotado o laudo elaborado pelo perito oficial, o MM. Juiz julgou procedente a ação, reconhecendo a ocorrência de contratação com sobrepreço de 284% do valor de mercado, condenando os réus à devolução dos valores apurados na perícia, assim como às penalidades previstas na Lei de Improbidade.

Irresignados, os corréus interpuseram recurso de apelação.

Data vênia o entendimento adotado pelo MM. Juiz *a quo*, a impugnação dos apelantes relativamente ao laudo pericial merece prosperar.

Com efeito, a metodologia adotada pelo perito, na peculiar hipótese do caso concreto, não reveste o real valor dos equipamentos de informática adquiridos pela Câmara Municipal de Suzano, no ano de 2001.

Transcreve-se o critério utilizado pelo *Expert* (fl. 470):

"*Pesquisa no mercado livre de compra/venda de equipamentos de informática novos para a data base de setembro de 2010 (Anexo I), data do laudo e retrocesso, através dos índices econômicos do Instituto Geral de Preços de Mercado da Fundação Getúlio Vargas – FGV.*

Obs: Quando o equipamento de informática pesquisado não era mais fabricado e vendido, foi utilizado preço de equipamento de informática similar."

Ainda, esclareceu o Perito (fl. 511):

"*Não houve comparação entre equipamentos de informática modernos (2010) com outros obsoletos e manifestamente ultrapassados (2001/2002).*

Acesso ao Sumário

A pesquisa baseou-se em preços de equipamentos novos similares, ou equivalentes, para a data base de setembro de 2010 para, posteriormente serem retroagidos para a data base de setembro de 2002."

Observa-se que o Perito Oficial comparou equipamentos equivalentes, comercializados na data do laudo, com aqueles objetos do contrato impugnado, firmado quase dez anos antes da data da perícia e, posteriormente, ao valor obtido, aplicou correção monetária regressiva.

Todavia, deixou o *Expert* de considerar o acelerado desenvolvimento tecnológico nos últimos anos, o qual provocou a notória diminuição dos preços dos produtos de tecnologia, como televisores, celulares e equipamentos de informática.

Cumpre ressaltar que tal circunstância foi expressamente consignada pela Ilustre Promotora de Justiça oficiante, que também apontou outros fatores que determinaram o barateamento dos preços dos equipamentos de informática:

"*A fixação de preços ao longo dos anos é questão flutuante e complexa. Os equipamentos de informática, como outros, tende a baratear ao longo dos anos, por conta de fatores como a concorrência, o aumento da produtividade e o aumento de mercado consumidor.*"

"*A política de isenção e redução de tributos aplicada ao mercado de informática causou grande impacto na política de preços. Este impacto não pode ser medido por simples atualização monetária.*"

Destaca-se o exemplo dado pela Ilustre Representante do Ministério Público:

"*Em tempos atuais, os aparelhos de telefonia celular tornaram-se baratos e acessíveis. Grande parte da população pobre tem acesso barato a um celular de qualidade muito superior aos primeiros vendidos pela Telefonica.*"

Diante de tais considerações, tendo em vista que o método de avaliação adotado pelo perito oficial não considerou os fatores que acarretaram a redução dos preços dos equipamentos de tecnologia praticados pelo mercado brasileiro nos últimos anos, por conseguinte, não logrou demonstrar o real valor da contratação taxada de superfaturada.

Entretanto, muito embora o parecer da D. Procuradoria de Justiça seja pelo acatamento do relatório elaborado pelo CAEX, tal não parece a melhor solução a ser dada ao presente caso. Isto porque, referido documento fora elaborado unilateralmente, sem oportunizar o contraditório aos corréus, ressaltando-se, ademais, que tal relatório não substitui uma perícia técnica, conforme acentuado pelo próprio subscritor, que assim consignou: "*o documento apresenta-se na forma de Relatório e não de Parecer Técnico, uma vez que não há condições por parte desta* '*Perícia Técnica*' *obter conclusões sobre o montante aplicado*

Acesso ao Sumário

na compra de equipamentos e nem tão pouco (sic) *se houve qualquer tipo de superfaturamento, pois tais valores não foram mencionados nessa solicitação*" (fl. 136 do apenso – Agravo de Despacho Denegatório de Recurso Extraordinário).

Ainda, importante notar que o laudo pericial e o relatório do CAEX deixaram de considerar outros itens que podem ter refletido no valor final da contratação, como, por exemplo, a prestação de serviço de assistência técnica durante o prazo de garantia, conforme se infere das cláusulas 2.2.5 e 2.2.6, do Edital de Tomada de Preços nº 0001/2001, e da Cláusula Quarta do termo do contrato impugnado (fls. 73 e 115 do apenso – Agravo de Despacho Denegatório de Recurso Extraordinário) e os tributos oriundos da operação realizada.

Diante de tais considerações, constatado que o laudo oficial adotado pelo douto juízo sentenciante é omisso e inexato, e sendo certo que a prova pericial é essencial ao deslinde da demanda, deverá ser realizada nova perícia, a teor do disposto nos artigos 437 e 438 do Código de Processo Civil[1].

Vale ressaltar que a hipótese não comporta a conversão do julgamento em diligência, uma vez que a r. sentença está baseada em prova pericial infirmada.

Deste modo, o julgado de primeiro grau deve ser anulado, para que, após a realização de nova perícia, profira-se outra decisão.

Em assim sendo, dá-se provimento em parte aos recursos dos apelantes apenas para anular a r. sentença e determinar a realização de nova perícia, prejudicada a análise das demais questões suscitadas nos apelos.

Para fins de possibilitar o acesso das partes às Instâncias Superiores, dou por prequestionadas as matérias constitucionais e legais alegadas em recurso pelas partes, nos termos das razões de decidir já externadas no voto, deixando de aplicar dispositivos constitucionais ou legais não expressamente mencionados e/ou tidos como aptos a fundamentar pronunciamento judicial em sentido diverso do declinado.

Ante o exposto, **dá-se parcial provimento** aos recursos, com determinação.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0528122-39.2009.8.26.0587, da Comarca de São Sebastião, em que é apelante PREFEITURA MUNICIPAL DE SÃO SEBASTIÃO, é apelada ALEMOA

1 *Art. 437. O juiz poderá determinar, de ofício ou a requerimento da parte, a realização de nova perícia, quando a matéria não lhe parecer suficientemente esclarecida.*

Art. 438. A segunda perícia tem por objeto os mesmos fatos sobre que recaiu a primeira e destina-se a corrigir eventual omissão ou inexatidão dos resultados a que esta conduziu.

EMPREENDIMENTOS IMOBILIÁRIOS LTDA..

ACORDAM, em 18ª 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 19.348)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores WANDERLEY JOSÉ FEDERIGHI (Presidente) e BEATRIZ BRAGA.

São Paulo, 13 de novembro de 2014.

ROBERTO MARTINS DE SOUZA, Relator

Ementa: Apelação – Execução Fiscal – Créditos de IPTU do exercício de 2005 a 2008 – Lei superveniente – Remissão do crédito tributário – Condenação da Fazenda Pública ao pagamento de honorários advocatícios – Impossibilidade – Princípio da causalidade inaplicável à espécie – Indevida a condenação dos honorários advocatícios da Fazenda Pública de sucumbência pela superveniência de lei que remiu o crédito tributário – Sentença reformada – Recurso provido.

VOTO

Trata-se de apelação interposta pela **Municipalidade de São Sebastião** da r. sentença de fls. 78 e verso que extinguiu execução fiscal ajuizada contra **Alemoa Empreendimentos Imobiliários Ltda**., em razão dos créditos de IPTU dos exercícios de 2005 a 2008 no valor de R$ 8.938,20, com fulcro no art. 26 da Lei de Execução Fiscal. Condenou a Fazenda ao pagamento das custas, despesas processuais e honorários advocatícios fixados em 10 % do valor atualizado da causa, com base no artigo 20, § 4º, do CPC.

A Municipalidade, nas razões recursais (fls. 82/85), pugna pela reforma da r. sentença alegando em síntese, que: a) o artigo 26 da Lei de Execução Fiscal é claro ao dispor que, se antes da decisão de primeira instância a dívida for cancelada, a execução fiscal será extinta sem qualquer ônus para as partes; b) incabível a condenação em honorários advocatícios; c) o crédito foi extinto por força da remissão concedida pela Lei Complementar municipal n. 139/2011; d) o artigo 8º da referida LC é claro ao dispor que, a partir da sua vigência o contribuinte teria o prazo de 10 (dez) dias para se manifestar, e caso não houvesse manifestação, ocorreria a aceitação tácita da desistência do processo judicial sem qualquer ônus à municipalidade. Por fim, requer seja provido o recurso reformando-se a r. sentença.

Acesso ao Sumário

Recurso recebido (fl. 86) e processado, foram apresentadas contrarrazões (fls.90/92).

É o relatório.

O reclamo merece guarida.

A **Prefeitura Municipal de São Sebastião** promoveu execução fiscal contra **Alemoa Empreendimentos Imobiliários Ltda.** em razão do inadimplemento de IPTU dos exercícios de 2005 a 2008 (cf. CDAs de fls. 03/06), sendo que o processo foi extinto, em razão do cancelamento do débito (remissão).

A executada propôs exceção de pré-executividade (fls. 12/20).

Com efeito, antes da prolação da sentença a Municipalidade de São Sebastião peticionou nos autos à fl. 76 e requereu desistência do feito, em razão da remissão das dívidas, nos termos da Lei Complementar municipal n. 139/11, requerendo a baixa da distribuição.

De outro lado, a exequente manifestou-se aduzindo que a desistência implica em condenação da exequente nas verbas sucumbenciais e honorários advocatícios a serem arbitrados.

Razão não assiste à executada.

A Municipalidade requereu a desistência do feito em razão de Lei superveniente que remitiu o crédito discutido nos autos.

Apesar de ter constituído advogado para defesa, nesse cenário, indubitavelmente, tenho que é indevida condenação da Fazenda Pública ao pagamento de honorários advocatícios de sucumbência pela superveniência de lei que remitiu o crédito tributário.

Na hipótese dos autos, não se pode dizer que a Fazenda Municipal tenha dado causa injustificada à demanda. Pelo contrário, a execução fiscal estava justificada pela legislação vigente à época do ajuizamento. Consequentemente não há motivo para que a Municipalidade seja condenada ao pagamento dos honorários de advogado. Nem para que o executado responda por eles, porque os honorários constituem efeito da sucumbência, que no estado dos autos não ocorreu.

No caso, não são devidos honorários advocatícios, ante a inexistência de sucumbência de qualquer dos litigantes.

Anoto que os tributos são relativos aos exercícios de 2005 a 2008, sendo a execução fiscal proposta em 16/12/2009 e a LC 139/11, que remitiu os débitos, foi sancionada em 2011.

Esse também é o entendimento esposado pelo Colendo Superior Tribunal de Justiça:

"***PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO AGRAVO***

DE INSTRUMENTO. FUNGIBILIDADE RECURSAL. EMBARGOS RECEBIDOS COMO AGRAVO REGIMENTAL. EXECUÇÃO FISCAL. EXTINÇÃO EM RAZÃO DA SUPERVENIÊNCIA DE LEI QUE ENSEJOU A REMISSÃO DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO. HIPÓTESE EM QUE NÃO SÃO DEVIDOS HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS PELA FAZENDA PÚBLICA, POIS, À ÉPOCA DO AJUIZAMENTO, A AÇÃO TINHA CAUSA JUSTIFICADA.

1. A orientação da Primeira Seção/STJ é pacífica no que se refere ao não cabimento de honorários advocatícios quando a execução fiscal é extinta em razão da superveniência de lei que ensejou a remissão do crédito tributário. Assim, nessa hipótese, não são devidos honorários advocatícios pela Fazenda Pública, pois, à época do ajuizamento, a demanda tinha causa justificada. Nesse sentido: AgRg nos EREsp n. 1.139726/SC, 1ª Seção, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, DJe de 30/11/2011.

2. Embargos de declaração recebidos como agravo regimental. Agravo não provido. (EDcl no AREsp 124.967/PR, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, julgado em 17/05/2012, DJe 23/05/2012).

"***PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO – ICMS – REMISSÃO DO DÉBITO POR LEI ESTADUAL – EXTINÇÃO DA EXECUÇÃO FISCAL – CONDENAÇÃO EM HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS – INVIABILIDADE.***

1. É inviável a condenação do Estado no pagamento de honorários advocatícios se a extinção da execução fiscal decorreu da remissão do débito por lei estadual editada posteriormente ao ajuizamento da ação.

2. Recurso especial provido.*" *(Recurso Especial n. 999.255, rel. Ministra Eliana Calmon, j. 20/11/2008).

No mesmo sentido, já se pronunciou esta C. Corte de Justiça:

"***Apelação em embargos à execução fiscal – Remissão do crédito tributário – Recurso prejudicado:***

Resta prejudicado recurso de apelação, em embargos à execução fiscal, quando a própria exequente-recorrida comunica a remissão do crédito tributário que ensejou a execução fiscal originária.

Remissão de crédito tributário – Extinção de execução fiscal – Pagamento de honorários advocatícios – Inviabilidade – Inexistência de sucumbência por qualquer das partes:

– <u>Na hipótese de extinção da execução fiscal, por remissão do crédito tributário exequendo, não são devidos honorários advocatícios, por qualquer das partes, dada a ausência de sucumbência</u>. Recurso

Acesso ao Sumário

prejudicado*" *(Ap. 994.05.151990-4, rel. Des. Osvaldo Palotti Junior, j. 05/08/2010). – grifo nosso.

Impende destacar que o advento da Lei Complementar n. 139/11, que concedeu remissão dos débitos ajuizados, esvaziou o interesse processual da Fazenda municipal, impondo-lhe pleitear a extinção da execução fiscal em tela, o que não caracteriza mera desistência da ação, ensejadora de sucumbência.

Em suma, descabe carrear os ônus da sucumbência à Fazenda Pública porque, como visto, por ocasião da propositura da execução fiscal, havia causa justificada com débito tributário em aberto, obrigando o ente público a executar seus créditos.

Todavia, com a superveniência de lei concedente de remissão dos débitos, consistente em causa extraprocessual e não decorrente da sucumbência, não há que se falar na responsabilidade sobre os encargos da sucumbência, arcando cada parte com despesas do processo, sendo isenta a Fazenda das custas.

Pelos motivos explicitados, merece reforma a r. sentença combatida.

Ante o exposto, **dá-se provimento ao recurso para reformar a r. sentença** para afastar a condenação dos honorários advocatícios em desfavor da Fazenda Pública, arcando cada parte com a verba honorária dos respectivos patronos.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 9101330-48.2004.8.26.0000, da Comarca de São Bernardo do Campo, em que são apelantes PORTO DE AREIA BRANCA LTDA., VIOLA INDÚSTRIA E COMÉRCIO LTDA., SÍLICA MINERAÇÃO E COMÉRCIO LTDA., MINERAÇÃO DE AREIA SANTA CRUZ LTDA., ARENAS EXTRAÇÃO E COMÉRCIO DE PRODUTOS MINERAIS LTDA., ARGAMASSAS ARGARICA LTDA., RIBAS EXTRAÇÃO E COMÉRCIO DE AREIA LTDA., ALTO DA SERRA EXTRAÇÃO DE AREIA LTDA. e MINERAÇÃO DE AREIA SANTA CLARA LTDA., é apelado MINISTÉRIO PÚBLICO.

ACORDAM, em 3ª Câmara Extraordinária de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento em parte aos recursos. V.U. Sustentou oralmente o Dr. Luis Celso Leite Ribeiro.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 17.648)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores EUTÁLIO PORTO (Presidente sem voto), MARCELO BERTHE e MARIA

Acesso ao Sumário

LAURA TAVARES.

São Paulo, 25 de novembro de 2014.

J. M. RIBEIRO DE PAULA, Relator

Ementa: AÇÃO CIVIL PÚBLICA – MEIO AMBIENTE – Atividade de extração minerária – Parque da Serra do Mar – Pretensão do Ministério Público de cessação da degradação ambiental e recuperação das áreas – Prova técnica conclusiva da necessidade de paralisação da exploração de porto de areia – Pareceres técnicos que não infirmaram fundamentos e conclusões da perícia – Precedentes do TJ – Sentença de procedência confirmada – Recursos de apelação providos, em parte.

VOTO

Relatório

Ação civil pública aforada pelo Ministério Público contra mineradoras instaladas no Município de São Bernardo do Campo, para fazer cessar atividades minerárias em dano ao meio ambiente.

A r. sentença[1], de relatório adotado, acolheu o pleito.

Recorrem os réus por reforma da sentença, parte pela rejeição da pretensão do MP, parte por que a recuperação ambiental se faça conforme diretrizes dos órgãos governamentais.

Recursos recebidos e respondidos.

Parecer da Procuradoria de Justiça pelo desprovimento dos recursos[2].

Processo distribuído em agosto de 2006 a C. 4ª Câmara de Direito Público, que se declarou incompetente[3]; redistribuído a esta Relatoria, conforme Res. 639, de 2014, para dar cabo dos recursos antigos entrados no Tribunal até 2009, inclusive.

Fundamentação

A pretensão ministerial foi acolhida pela sentença recorrida, que determinou "*a paralisação de toda e qualquer atividade minerária desenvolvida pelos réus na área objeto dos autos, no prazo de 48 horas, bem como condenar os réus a promoverem, às suas expensas, a recuperação da área degradada, observando, para tanto, rigorosamente as condutas mínimas descritas pelos*

1 Sentença, fls. 2.821/83.

2 Fls. 3089/95.

3 V. Acórdão de 30/05/11, fls. 3.137/41.

peritos e transcritas nesta sentença".

Queixam-se as apelantes Areia Branca, Sílica e Viola que a a sentença recorrida traz como fundamento apenas o laudo dos peritos judiciais, deixando de avaliar os pareceres técnicos trazidos por elas.

De fato, a sentença deitou ênfase nos fundamentos e conclusões da perícia oficial de responsabilidade de uma junta de peritos, mas a paralisação definitiva e a ordem de recuperação do meio ambiente foram medidas acertadas e devem ser preservadas. Os pareceres técnicos não trouxeram melhores elementos para desate da lide.

Com efeito, resulta inequívoca da prova coligida a causa de pedir desta ação civil: a ampla devastação do meio ambiente com a exploração extrativista desenvolvida pelas empresas apelantes.

Situadas as áreas de exploração minerária dentro do Parque Estadual da Serra do Mar, ou limítrofes a ele, não importa; a atividade exploratória causadora da degradação não pode nem deve continuar, antes, deve ser contida para recomposição e possível reequilíbrio do meio ambiente devastado.

A regularidade documental de atuação das empresas perante os órgãos públicos é pressuposto necessário ao exercício de qualquer atividade econômica, mas não representa nem constitui salvo-conduto para irresponsável degradação contínua sem a contrapartida da necessária regeneração do meio ambiente. Afinal, se a Constituição coíbe, e nem poderia ser diferente, nenhuma lei ou norma administrativa pode permitir a consumação e perpetuação de dano, que estará consumado se houver degradação por adversa alteração das características naturais do meio ambiente.

Trago à colação trecho de v. acórdão[4] relatado pelo eminente Des. Antonio Celso Aguilar Cortez, que bem se ajusta à espécie:

> "Para estabelecer o controle das atividades humanas sobre a terra, o legislador brasileiro, já no Estatuto da Terra, Lei n. 4.504/64, vinculava o cumprimento da função social à conservação dos recursos naturais (art. 2º) e, no Código Florestal, Lei n. 12651/12, declarou ser bem de interesse comum qualquer forma de vegetação reconhecida de utilidade para a terra que reveste (art. 2º). Essa legislação foi recepcionada pelas Constituições Federais supervenientes. A Lei Federal n. 6.938/81 (Lei da Política Nacional do Meio Ambiente), no artigo 3º, III, 'a', considera como poluição, entre outras, a atividade causadora de degradação ambiental capaz de, direta ou indiretamente, prejudicar a saúde, a segurança e o bem estar da população. Também a Lei Federal n. 8.171/91 (Lei da Política Agrícola) dispõe que a atividade agrícola está subordinada às normas e princípios de interesse público, inclusive quanto à função

Acesso ao Sumário

4 Apelação Cível nº 0003085-77.2003.8.26.0587, Comarca de São Sebastião, Apelante Ministério Público, Apelado Detlef Andreas Manfred Peters, j. 17/10/13.

social e econômica da propriedade (art. 2º, I), e que é objetivo da política agrícola proteger o meio ambiente, garantir seu uso racional e estimular a conservação e a recuperação dos recursos naturais (art. 3º, IV e art. 4º, IV). E a Lei Federal n. 8.629/93 (Lei da Reforma Agrária), por sua vez, dispõe que a função social da propriedade rural implica utilização adequada dos recursos naturais e preservação do meio ambiente pela manutenção das características próprias do meio natural e da qualidade dos recursos ambientais, com vistas ao equilíbrio ecológico local e à saúde e qualidade de vida das comunidades próximas (art. 9º, II e § 3º).

"Como se vê, **qualquer atividade potencialmente lesiva ao meio ambiente e à saúde pública está sujeita ao controle da Administração Pública, nos limites estabelecidos pela Constituição Federal para a legislação ambiental, ou seja, à Administração cabe controlar o emprego de técnicas e métodos que importem riscos. Ao Estado compete, assim, impedir que o dano se consume (art. 225, § 1º, V, CF), valendo-se do princípio da precaução.** (grifei)

"Nenhuma lei ou norma administrativa pode permitir a consumação do dano. E o dano restará consumado se houver degradação ambiental pela alteração **adversa** das características do meio ambiente (art. 3º, II, Lei n. 6.938/81); alteração **desfavorável** da biota (idem, art. 3º, III, 'c'); emissão de matérias ou energia **fora dos padrões estabelecidos** (art. 3º, III, 'e'); ou **prejuízo para a saúde e o bem-estar** da população (art. 3º, III, 'a').

"Com estes parâmetros, por mais longínqua que seja a ocupação do local, não poderia o apelado intervir nem manter ou tolerar intervenção ilegal em área de preservação permanente sem autorização administrativa e garantia de proteção do ecossistema. A responsabilidade pelo dano ambiental é objetiva e há obrigação *propter rem* de recompor a vegetação nativa em áreas de preservação permanente. Daí se infere, também, que pouco importa quem realizou o desmatamento ou quando foram feitas as intervenções ilegais no local, na medida em que todas estas são irregulares. Como se disse, a responsabilização solidária pela reparação do dano ambiental autoriza que o Ministério Público se volte contra qualquer dos responsáveis para exigir a integral restauração da área degradada ao estado primitivo, cabendo a via de regresso em face dos demais proprietários e/ou poluidores, se for o caso.

"Assim, embora o apelado alegue que a área está degradada desde a década de 1960, fato é que esta degradação teve continuidade, caso contrário já haveria ocorrido a regeneração natural da vegetação agredida.

"A obrigação de recompor a vegetação nativa na área objeto da lavra de terra deverá ocorrer por meio das medidas a serem definidas no projeto de recuperação do dano ambiental, com acompanhamento dos órgãos competentes, da Prefeitura e do Estado, comunicando-se.".

Acesso ao Sumário

Enfim, pese o empenho em mostrar o aspecto legal e econômico da atividade desenvolvida, não há prova contrária que afaste os fundamentos e conclusões da perícia levada a cabo por junta de profissionais capacitados. A atividade minerária das apelantes é fonte causadora de forte degradação ambiental e a área degradada deverá ser recomposta.

Provavelmente, espera-se, todas as partes tenham cessado suas atividades ao longo desses anos decorridos desde o ajuizamento da ação e da concessão da liminar. E se não o fizeram, deverão fazê-lo conforme os dispositivos da sentença e do acórdão.

As apelantes Santa Cruz, Arenas, Argarica e Ribas dizem[5] que, já em 1992, cumpriram a decisão liminar de paralisação, "*fato que desgastou inteiramente o interesse pela atividade, diante das perdibilidades ocorridas e das alterações de toda a sorte que se deram na atividade em si e no próprio mercado objetivado*".

Pedem, destarte, que a sentença seja modificada no ponto em que determina recuperação da área conforme as condutas propostas pelos peritos.

Com razão, pois não convém à perícia judicial, produzida em 1997, há 17 anos, ainda que bem-intencionada, substituir-se [para futuro incerto] a procedimentos técnicos de quem tem (os governos, União, Estado e Município) estrutura e expertise para o mister; em futura liquidação de sentença deverão ser observados planos aprovados pelos órgãos governamentais competentes, Secretaria do Meio Ambiente, Cetesb, e outros do gênero, em termos e normas estrita e rigorosamente técnicos.

Nem tanto ao mar, nem tanto à terra… Nem tudo ao homem (*anthropos*), nem tudo à casa (*oikos*) em que nasce, vive e morre; um depende do outro. Antropologia e ecologia, ambas as ciências podem coexistir e ocupar seus espaços de fundamental importância na escala de valores da vida; o homem não sobreviverá com dignidade num meio ambiente infernal, nem o melhor dos mundos verdes terá sentido sem a presença da vida humana.

Reforma-se, em parte, a r. sentença para: **a)** determinar que a recomposição do meio ambiente tenha início no prazo de noventa (90) dias a partir da publicação do acórdão, e término em um (1) ano, que doravante eventual recurso não terá efeito suspensivo; **b)** que o juiz da execução valha-se das permissões do art. 461 do Código de Processo Civil, exigindo acompanhamento técnico periódico e constante da Cetesb seja quanto à paralisação das atividades, seja quanto ao andamento do plano de recuperação das áreas degradadas.

É como voto.

Dispositivo

RECURSOS DE APELAÇÃO PROVIDOS, em parte.

Acesso ao Sumário

5 Fls. 3.054/58.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0003430-73.2009.8.26.0315, da Comarca de Laranjal Paulista, em que é apelante A.C.C., é apelada FAZENDA DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em 2ª Câmara Extraordinária 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 19.886)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores PAULO DIMAS MASCARETTI (Presidente), MAURÍCIO FIORITO e MARCELO L. THEODÓSIO.

São Paulo, 27 de novembro de 2014.

PAULO DIMAS MASCARETTI, Relator

Ementa: AÇÃO DE INDENIZAÇÃO – Pretensão indenizatória fundada em suposto erro judiciário, com o encarceramento cautelar indevido, apontando-se, ainda, a ocorrência de acidente no interior do presídio que resultou em lesões corporais – Autor que foi acusado da prática de crime sexual contra vulnerável, não se mostrando despropositada a qualificação jurídica do fato constante da denúncia, haja vista os elementos de convicção coligidos em inquérito policial – Processamento da ação penal e decretação de prisão preventiva que, nas circunstâncias, não refletem abuso ou ilegalidade, de modo a configurar erro judiciário típico – Desclassificação da conduta delituosa em segundo grau (do crime de atentado violento ao pudor para a contravenção penal de importunação ofensiva ao pudor) que se deu em razão de interpretação doutrinária e jurisprudencial acerca da configuração dos delitos em confronto – Não se identifica, assim, vício formal na prisão, nem tampouco hipótese de decisão judicial errônea prolatada em primeiro grau no processo-crime, pois o direito admite valorações diferentes dos fatos emergentes dos autos, a desbordar em inevitável divergência entre instâncias judiciais – É de se considerar, todavia, que o ora apelante

Acesso ao Sumário

permaneceu preso quase 4 anos, aguardando o julgamento definitivo da irrogação, em manifesta violação ao princípio da razoável duração do processo (v. inciso LXXVIII, do art. 5º, da CF) – Referido princípio que se harmoniza com o da eficiência, aplicável à toda Administração Pública (v. art. 37, "caput", tb, da CF) – Enorme volume de processos que, como é sabido, representa problema crônico na administração da justiça; faltam recursos humanos e estrutura material para responder com presteza às demandas cíveis e criminais – Mas, na hipótese dos autos, em que houve grande demora no julgamento de recurso de réu preso, ultrapassando os limites da razoabilidade, é de ser reconhecida a denominada culpa do serviço ou falta de serviço, de modo a deflagrar-se a responsabilidade civil do Estado (v. art. 37, § 6º, da CF) – Prestação defeituosa do serviço assumido pelo ente estatal, dando causa ao resultado danoso, que realmente se positivou na espécie – Acidente no interior do presídio que, no entanto, não pode ser imputado a comportamento ilícito de agente público – Autor que sofreu queda do "treliche" em que dormia, sendo prontamente socorrido pelos agentes prisionais, não se identificando, ademais, a incapacidade laborativa alardeada na inicial – Assim, apenas os efeitos psíquicos e sensoriais experimentados em razão do encarceramento prolongado comportam reparação satisfativa – Sobreleva, na espécie, o dano estritamente moral – Sentença de improcedência da ação que, destarte, não merece subsistir – Apelo do autor provido em parte.

Acesso ao Sumário

VOTO

Cuida-se de ação de reparação de danos, de rito ordinário, movida por A.C.C. contra a Fazenda do Estado de São Paulo, objetivando a condenação desta ao pagamento de indenização por danos morais, nos moldes da petição inicial.

Alega o autor, em essência, que: em setembro de 2004, foi acusado de ter constrangido, mediante violência, a menor J.C.M. à prática de ato libidinoso diverso da conjunção carnal; em razão da decretação de prisão preventiva, foi encarcerado em 12/11/2014; foi condenado em primeira instância a 6 (seis) anos

de reclusão, em regime integralmente fechado, pela prática do referido crime de atentado violento ao pudor; em 08/07/2008, por votação unânime, a Quarta Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo desclassificou o delito para a contravenção penal de importunação ofensiva ao pudor (art. 61, da Lei de Contravenções Penais) e julgou extinta a sua punibilidade pela prescrição, com a consequente expedição de alvará de soltura; permaneceu então preso injustamente por aproximadamente 4 (quatro) anos, sendo que cometeu simples contravenção penal, a qual é punida apenas com multa; durante o período em que permaneceu recluso sofreu um acidente e fraturou o braço, o que gerou a necessidade de colocação de pinos de platina; em razão disso, não consegue exercer sua profissão de músico; houve evidente erro judiciário, uma vez que deveria ter sido denunciado pela conduta típica prevista no artigo 61, da Lei de Contravenções Penais, e o magistrado determinou sua prisão preventiva, condenando-o por delito diverso do praticado; assim, deve ser ressarcido pelos danos morais suportados, estimando-os em dez mil salários mínimos.

A r. sentença de fls. 259/265, proferida pela douta juíza Eliane Cristina Cinto, julgou improcedente o pedido e condenou o autor ao pagamento de custas e despesas processuais, além dos honorários advocatícios, arbitrados em 10% do valor atualizado da causa.

No prazo legal, sobreveio apelação do vencido, sustentando, em síntese, que: em lide idêntica, que tramitou na mesma Vara Criminal, o magistrado acatou a tese defensiva e desclassificou o delito de atentado violento ao pudor para a contravenção do artigo 61, da Lei de Contravenções Penais; embora tenha atendido a todos os chamamentos administrativos e judiciais, o magistrado decretou sua prisão preventiva, dando conta que "*a ordem pública se encontra ameaçada, com a presença escusa deste indivíduo, ora acusado (fls. 13)*"; não foi preso em flagrante, não confessou a prática do crime que lhe foi imputado e não se furtou às convocações das autoridades policiais e judiciais, não agindo então o magistrado com a devida cautela ao determinar sua prisão preventiva; foi privado do seu direito de ir e vir em razão da prática de contravenção penal e deve ser indenizado pela dor e humilhação que suportou; os quase 4 (quatro) anos de restrição à sua liberdade representam grave insulto à sua honra e imagem; ficou desmoralizado perante sua família e a sociedade; além disso, sofreu acidente no interior do presídio e nos termos da teoria do risco administrativo o Estado tem o dever de zelar pela integridade física do preso, o que não ocorreu no presente caso; deve ser afastada a tese defensiva de "lesão voluntária" decorrente da queda do "treliche", pois se não estivesse preso indevidamente não estaria usando este tipo de cama. Daí, postular a reforma do *decisum*.

Contrarrazões a fls. 278/293.

É o relatório.

Acesso ao Sumário

Funda-se a pretensão indenizatória na indicação de que foi indevidamente decretada a prisão cautelar do autor; aponta-se ainda que houve erro judiciário em razão do não acolhimento, em primeiro grau, da tese da desclassificação do crime de atentado violento ao pudor (art. 214 do CP) para a contravenção penal de importunação ofensiva ao pudor (art. 61 do Decreto nº 3.688/1941), permanecendo ele preso por quase 4 (quatro) anos; consta, ainda, que o promovente sofreu um acidente (queda de "treliche") no interior do estabelecimento prisional, resultando em incapacidade laborativa.

Pois bem.

Forçoso reconhecer que, *in casu*, não ficou demonstrada a ocorrência de erro judiciário.

Com efeito, o Promotor de Justiça, ao vislumbrar a ocorrência do crime de atentado violento ao pudor, ofereceu a denúncia e requereu a decretação da prisão preventiva do ora apelante; o juiz, a seu turno, recebeu a peça acusatória e decretou a custódia cautelar, apontando a presença dos pressupostos legais.

Bem de ver que, segundos os elementos colhidos no curso do inquérito policial, a vítima J., de apenas 11 anos, reconheceu A.C.C. como sendo aquele que, em 21/09/2004, "*a agarrou com força pelo braço e passou a mão em suas nádegas, chamando-a de gostosa*", noticiando, também, que não teria sido a primeira abordagem feita por ele; constou que em outras oportunidades, quando "*ela e sua prima saíam da escola, A. as seguia chamando-as de gostosas*".

Verifica-se, daí, que estaria delineada, em princípio, hipótese de crime sexual contra vulnerável, então tipificado no artigo 214 do Código Penal, não se mostrando despropositada a qualificação jurídica do fato constante da denúncia, a recepção desta e a consequente decretação de prisão preventiva.

Correta, nas circunstâncias, a ilação de que o processamento da ação penal, com a segregação cautelar do denunciado, não pode induzir à responsabilização civil do Estado, que estava obrigado a tomar as providências necessárias para apuração dos fatos, máxime diante da gravidade da imputação envolvendo criança de 11 anos.

Naquele momento, a ordem de prisão visava, à evidência, assegurar a responsabilização penal do acusado e garantir a ordem pública, assim evitando a prática de novos delitos da mesma natureza.

Portanto, não se identifica aqui erro judiciário típico.

Anote-se ainda que a desclassificação da conduta típica em segundo grau se deu em razão de interpretação doutrinária e jurisprudencial acerca da configuração dos delitos em confronto.

Em suma, não se identifica vício formal na prisão, nem tampouco hipótese de decisão judicial errônea prolatada em primeiro grau no processo-crime, pois o direito admite valorações diferentes dos fatos emergentes dos autos, a desbordar

em inevitável divergência entre instâncias judiciais.

Não há como desconsiderar, todavia, a indicação de que o ora apelante permaneceu preso quase 4 (quatro) anos, aguardando o julgamento definitivo da irrogação, em manifesta violação ao princípio da razoável duração do processo.

Com efeito, consta que o mandado de prisão, consequente à decretação da prisão preventiva, foi cumprido em 12/11/04 (v. fl. 14 vº); a sentença condenatória veio a ser proferida em 30/12/04, fixada a pena reclusiva em 6 (seis) anos, no regime fechado (v. fl. 42/51); seguiu-se recurso de apelação, manifestado em 24/01/05; em 08/07/2008, mais de 3 (três) anos após a distribuição do feito em segunda instância, foi ele julgado pela Quarta Câmara de Direito Criminal desta Corte (v. fls. 70/76); o acórdão definiu então a desclassificação da imputação criminal para a contravenção de importunação ofensiva ao pudor, prevista no artigo 61 do Decreto-Lei nº 3.688/41, por ausência do elemento objetivo do tipo penal originariamente considerado.

Como se vê, embora não esteja delineada nas circunstâncias dolo ou culpa de qualquer magistrado, admissível o reconhecimento da responsabilidade civil objetiva do Estado, sem que isto moleste a soberania do Judiciário; afinal, pode mesmo ser identificada a chamada falta anônima do serviço judiciário.

O inciso LXXVIII, do artigo 5º, da Carta Magna, com redação acrescentada pela Emenda Constitucional nº 45/2004, assegurou a todos, no âmbito judicial e administrativo, a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação.

Referido princípio harmoniza-se com o da eficiência, aplicável à toda Administração Pública (v. art. 37, *caput*, da CF).

Não se desconhece que o enorme volume de processos representa problema crônico na administração da justiça; faltam recursos humanos e estrutura material para responder com presteza às demandas cíveis e criminais.

Mas, nas hipóteses em que há grande demora no julgamento de recursos de réus presos, ultrapassando os limites da razoabilidade, é de ser reconhecida a denominada culpa do serviço ou falta de serviço, de modo a deflagrar-se a responsabilidade civil do Estado.

No caso vertente, estamos efetivamente diante de fato lesivo da Administração, tendo lugar a obrigação de indenizar.

O § 6º do artigo 37 da Constituição da República consagra a responsabilidade objetiva da Administração Pública.

Na lição de Hely Lopes Meirelles, "*o exame desse dispositivo revela que o constituinte estabeleceu para todas as entidades estatais e seus desmembramentos administrativos a obrigação de indenizar o dano causado a terceiros por seus servidores, independentemente da prova de culpa no cometimento da lesão. Firmou, assim, o princípio objetivo da responsabilidade*

Acesso ao Sumário

sem culpa pela atuação lesiva dos agentes públicos e seus delegados" (v. "Direito Administrativo Brasileiro", 22ª edição, p. 566).

A propósito do tema, Celso Antônio Bandeira de Mello, citado por Rui Stoco em sua obra "Responsabilidade Civil e sua Interpretação Jurisprudencial", pondera que "*em face dos princípios publicísticos não é necessária a identificação de uma culpa individual para deflagrar-se a responsabilidade do Estado. Esta noção civilista é ultrapassada pela ideia denominada de* '*faute du service*' *entre os franceses. Ocorre a culpa do serviço ou* '*falta de serviço*'*, quando este não funciona, devendo funcionar, funciona mal ou funciona atrasado. Esta é a tríplice modalidade pela qual se apresenta e nela se traduz um elo entre a responsabilidade tradicional do direito civil e a responsabilidade objetiva*" (v. RT, 1994, p. 272).

Aqui indubitavelmente positivou-se a prestação defeituosa do serviço assumido pelo ente estatal, o qual deveria atuar segundo certos critérios ou padrões e não o fez, dando causa ao resultado danoso.

Bem de ver que, como já realçado, não se debate, neste feito, responsabilidade civil gerada por ato judicial típico, ou seja, não estamos diante de erro judiciário em sentido estrito.

A indenização mostra-se devida na espécie porque o dano foi ocasionado pelo mau fornecimento do serviço de administração da justiça, que, à evidência, é um serviço do Estado.

Anota no particular Rui Stoco que: "*nada justifica – hoje – excluir da possibilidade do erro, no sentido genérico a que se refere a Carta Magna, qualquer tipo de prisão, seja definitiva, decorrente de sentença; seja ela, ainda, preventiva, cautelar ou provisória*". "*O indivíduo, ad exemplum que permaneceu preso injustamente, sem motivação aparente; que tenha sido detido pela autoridade policial, com evidente abuso de poder, ou esteve cumprindo pena de outro indivíduo, seu homônimo, poderá, a qualquer tempo, exigir reparação do Estado. Mas aqui não se trata de erro judiciário, mas de má atuação do Estado-Administração*" (v. obra citada, edição de 1997, p. 542/543).

De outro lado, restou efetivamente comprovado nos autos, por meio dos documentos acostados à contestação, que o acionante sofreu acidente no interior do presídio, consistente na queda de "treliche", resultando então em danos físicos.

Entretanto, isso não significa que o Estado tenha deixado de zelar pela integridade física do detento.

Não há, na espécie, nexo de causalidade entre o infortúnio e o comportamento de agentes públicos a quem competia o dever de guarda do preso, elementos esses necessários à deflagração da responsabilidade civil do Estado.

Consoante procedimento interno instaurado (v. fls. 116/208), que

contém relatos do próprio autor e de diversas testemunhas, na madrugada do dia 06/03/14, ele "caiu sozinho" da cama tipo "treliche" em que pernoitava; foi imediatamente socorrido pelos agentes prisionais, sendo levado a unidade de saúde Santa Casa de Itaí, onde realizou exames e permaneceu internado em observação; após indicação médica, em 18/03/2014, A. foi encaminhado ao Hospital Estadual de Bauru, sendo submetido a procedimento cirúrgico no braço esquerdo em 22/03/14.

Ficou então evidenciado que a ré prestou o atendimento médico necessário e adequado diante do quadro apresentado pelo paciente, assegurando a sua integridade física.

No relatório de conclusão do procedimento administrativo restou anotado que:

> "*Quanto ao mérito, temos que não restou provado nenhum envolvimento ou falha do corpo funcional que prestava serviços junto ao Turno IV, mais precisamente do funcionário que prestou serviços no Pavilhão Celular IV, desta Unidade Prisional, na data e horário dos fatos. Através das oitivas, das quais não houve declarações conflitantes, pudemos vislumbrar que o corpo funcional diante da situação de risco agiu prontamente no socorro do sentenciado A.C.C., matrícula (...), encaminhando-o ao setor de Atendimento à Saúde desta Unidade Prisional e devido à gravidade da lesão ao atendimento médico na Santa Casa de Itaí.*
>
> *Notamos que o funcionário designado para aquele Pavilhão, demonstrou muito zelo, presteza e equilíbrio em primeiramente averiguar a situação, informar seu superior imediato dos fatos, a ele solicitar auxílio e este último, reunir um número de funcionários equivalente ao número de sentenciados que havia na cela para posteriormente, analisar a situação em curto espaço de tempo e aí prestar socorro, pois um '*pedido de socorro*' de sentenciados, durante a noite, pode nem sempre se tratar de um socorro propriamente dito, mas pode simplesmente se tratar de uma simulação para atingir objetivos escusos, e a demora na prestação de socorro pode às vezes chegar tarde, dependendo da situação.*
>
> *Quanto aos sentenciados que habitavam a cela (...), na data e horário dos fatos, constatamos diante de sua declarações que o sentenciado A.C.C., caiu sozinho de sua cama, que o fato foi um acidente e que todos no momento do acidente não se omitiram em ajudá-lo, solicitando a presença dos funcionários para se efetivar o socorro.*
>
> *(...) o que deu origem a este procedimento, foi um acidente de sua própria autoria, uma auto lesão involuntária, talvez ocasionada pela imprudência no seu modo de utilizar a cama superior do 'treliche' que ocupava na ocasião*" (v. fls. 106/107).

Não há que se falar em dever de indenizar em razão da ocorrência assim

noticiada.

Em caso similar, esta Corte já assentou, justamente, que:

"*RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO – Pretensão da genitora ao recebimento de pensão vitalícia e indenização por danos morais por conta do falecimento de seu filho, detento do CDP de Taubaté – Não demonstração da omissão estatal ao caso – Presidiário que recebeu atendimento médico e odontológico, sendo encaminhado ao Pronto Socorro Municipal e posteriormente ao Hospital Regional do Vale do Paraíba, onde faleceu – Negligência do atendimento não caracterizada – Ausência de nexo de causalidade – Impossibilidade de se atribuir a responsabilidade civil objetiva à Ré – Recurso improvido*" **(v. Apelação nº 0025090-66.2009.8.26.0625, relator o Desembargador Carlos Eduardo Pachi, órgão julgador 9ª Câmara de Direito Público, j. em 06/03/2013).**

De qualquer forma, não se comprovou a alegada incapacidade para o trabalho, notadamente para o exercício da profissão de músico.

Aliás, no mandado de prisão de fl. 14 consta que o autor exercia a profissão de vendedor, encontrando-se a mesma indicação no prontuário carcerário copiado a fl. 155; apenas no termo de declaração de fl. 156, lavrado após o evento lesivo, veio a anotação da atividade profissional de músico.

Importa considerar que o laudo de exame de corpo de delito complementar, de fl. 205, dá conta que o evento "*não resultou em incapacidade permanente para o trabalho, ou enfermidade incurável, ou a perda ou inutilização de membro, sentido ou função, ou deformidade permanente*".

O próprio promovente declarou a fl. 207 que "*pretende obter ocupação lícita e está apto para o trabalho*".

Logo, apenas os efeitos psíquicos e sensoriais experimentados em razão do encarceramento além do tempo devido comportam uma reparação satisfativa.

Registre-se que sobreleva mesmo na espécie o dano estritamente moral, alardeado na petição inicial.

Acesso ao Sumário

Como é sabido, o dano moral se apresenta no âmbito do sentimento, do sofrimento humano, resultante da lesão de direitos da personalidade. Seu conteúdo é a dor, o espanto, a emoção, a vergonha, em geral uma dolorosa sensação vivenciada pela pessoa. Assim, o patrimônio moral decorre, a princípio, dos chamados bens da alma e os danos que dele se originam seriam, singelamente, "danos da alma", conforme expressão do evangelista São Mateus, reproduzida por Aguiar Dias (v. JTACSP, 158/196).

E, embora o dano não patrimonial seja um sentimento de pesar íntimo da pessoa ofendida, para o qual não se encontra estimação perfeitamente adequada, não é isso razão para que se lhe recuse em absoluto uma compensação qualquer.

Essa será estabelecida, como e quando possível, por meio de uma soma, que não importando uma exata reparação, todavia representará a única salvação cabível nos limites das forças humanas. O dinheiro não o extinguirá de todo; não o atenuará mesmo por sua própria natureza; mas pelas vantagens que o seu valor permutativo poderá proporcionar, compensa indiretamente e parcialmente o suplício moral que os vitimados experimentam (cf. voto do Ministro Thompson Flores, *in* RTJ 57/789).

Na verdade, a reparação do dano estritamente moral tem, antes de tudo, finalidade compensatória, proporcional ao agravo sofrido pelo ofendido ou sua família, e, em segundo lugar, finalidade punitiva, de natureza intimidatória. Por isso, a indenização há de ser arbitrada judicialmente, caso a caso, afastados os antigos critérios tarifários e os limites estabelecidos por leis anteriores à Constituição Federal de 1988, e com esta incompatíveis, permanecendo íntegros os princípios gerais que levam em conta elementos subjetivos e objetivos.

A III Conferência Nacional de Desembargadores do Brasil, efetivada na Guanabara em dezembro de 1965, firmou entre as suas conclusões: "*2ª – que o arbitramento do dano moral fosse apreciado ao inteiro arbítrio do Juiz que, não obstante, em cada caso, deveria atender à repercussão econômica dele, à prova da dor e ao grau de dolo ou culpa do ofensor*".

O magistrado paulista Irineu Antônio Pedrotti lembra que "*o juiz, ao apreciar o caso concreto submetido a exame fará a entrega da prestação jurisdicional de forma livre e consciente, à luz das provas que forem produzidas. Verificará as condições das partes, o nível social, o grau de escolaridade, prejuízo sofrido pela vítima, a intensidade da culpa e os demais fatores concorrentes para fixação do dano, haja vista que costumeiramente a regra do direito pode se revestir de flexibilidade para dar a cada um o que é seu*" ("Responsabilidade Civil", p. 982).

Ainda é de ter-se presente que a reparação por dano moral deve ser "moderadamente arbitrada", evitando-se a perspectiva de lucro fácil e generoso, enfim, do locupletamento indevido.

Com base nesses parâmetros, consideradas as condições financeiras das partes, as circunstâncias em que ocorreu o evento danoso e os seus reflexos para a vida do autor, afigura-se razoável o importe indenitário de R$ 60.000,00 (sessenta mil reais), incidindo atualização monetária a contar desta data, na forma da Súmula 362 do Superior Tribunal de Justiça ("*A correção monetária do valor da indenização do dano moral incide desde a data do arbitramento*"); os juros moratórios "*integram a obrigação de indenizar e devem ser computados para que a reparação seja completa*", fluindo, no caso dos autos, a partir da citação, à taxa de 1% ao mês, na forma prevista no artigo 406 do Código Civil.

A propósito, não tem lugar na espécie a aplicação do artigo 1º-F da Lei nº 9.494/97, com a redação dada pela Medida Provisória nº 2.180-35, de

Acesso ao Sumário

24/08/2001, pelo qual os juros moratórios devem ser limitados à taxa de 6% ao ano; tal disposição tinha aplicação restrita nas condenações relativas a verbas remuneratórias de servidores públicos.

E nem colhe, a esta altura, a invocação dos novos critérios de correção monetária e composição da mora aplicáveis a todas as condenações impostas à Fazenda Pública, previstos no aludido artigo 1º-F da Lei Federal nº 9.494/97, com a redação que lhe foi dada pelo artigo 5º da Lei Federal nº 11.960/2009.

Em 14 de março de 2013 o Plenário do Supremo Tribunal Federal, por maioria, julgou parcialmente procedente pedido formulado nas Ações Diretas de Inconstitucionalidades – ADIs nºs 4.357 e 4.425, propostas pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil e pela Confederação Nacional das Indústrias – CNI, "para declarar a inconstitucionalidade: a) da expressão 'na data de expedição do precatório', contida no § 2º do art. 100 da CF; b) dos §§ 9º e 10 do art. 100 da CF; c) da expressão 'índice oficial de remuneração básica da caderneta de poupança', constante do § 12 do art. 100 da CF, do inciso II do § 1º e do § 16, ambos do art. 97 do ADCT; d) do fraseado 'independentemente de sua natureza', inserido no § 12 do art. 100 da CF, para que aos precatórios de natureza tributária se apliquem os mesmos juros de mora incidentes sobre o crédito tributário; e) por arrastamento, do art. 5º da Lei 11.960/2009; e f) do § 15 do art. 100 da CF e de todo o art. 97 do ADCT (especificamente o caput e os §§ 1º, 2º, 4º, 6º, 8º, 9º, 14 e 15, sendo os demais por arrastamento ou reverberação normativa)" (v. Informativo de Jurisprudência do STF nº 698).

Logo, não mais prevalecendo no ordenamento jurídico esse dispositivo legal (art. 1º-F da Lei nº 9.494/97, com a redação dada pelo art. 5º da Lei nº 11.960/2009), subsiste o cômputo dos juros moratórios, nas ações indenizatórias, na forma do Código Civil vigente (art. 406), sem prejuízo da atualização monetária nos termos da Tabela Prática deste Tribunal de Justiça.

E, nessa linha, a Turma Julgadora entende que o pronunciamento do Pretório Excelso nas ADIs nºs 4.357 e 4.425 ostenta eficácia imediata; registre-se, inclusive, que a decisão do Ministro LUIZ FUX, de abril de 2013, assim como o Comunicado nº 276/2013 deste Tribunal de Justiça, dizem respeito à continuidade do pagamento de precatórios pendentes, não tendo aplicação *in casu*, uma vez que ainda não houve a expedição pertinente; é de se considerar, no particular, que a Corte Suprema não restringiu os efeitos da declaração de inconstitucionalidade no que toca ao artigo 5º da Lei nº 11.960/2009.

Ante o exposto, dá-se parcial provimento ao apelo do autor, para os fins supra explicitados; e diante da sucumbência recíproca, cada parte arcará com os honorários dos respectivos patronos, nos termos do artigo 21 do Código de Processo Civil[1].

Acesso ao Sumário

1 Art. 21. Se cada litigante for em parte vencedor e vencido, serão recíproca e proporcionalmente distribuídos e compensados entre eles os honorários e as despesas.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0031542-64.2009.8.26.0602, da Comarca de Sorocaba, em que é apelante JOSÉ COSME DO NASCIMENTO, 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 em parte ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 21.862)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores LUIZ DE LORENZI (Presidente sem voto), JOÃO NEGRINI FILHO e VALDECIR JOSÉ DO NASCIMENTO.

São Paulo, 25 de novembro de 2014.

CYRO BONILHA, Relator

Ementa: ACIDENTÁRIA – Embargos à execução – Cominação de multa diária no caso de não implantação do valor correto do benefício – Cabimento – Não observância do prazo estabelecido – Multa diária fixada em R$ 30,00 por dia de descumprimento – Recurso provido em parte.

VOTO

A r. sentença de fls. 46/49, cujo relatório se adota, julgou improcedente a impugnação ao valor da causa e procedentes embargos à execução acidentária que é movida por José Cosme do Nascimento contra o INSS.

Inconformado, apela o embargado, buscando a reforma da decisão. Inicialmente, alega que os embargos deveriam ter sido indeferidos, pois não estavam devidamente instruídos. No mais, sustenta ser devida a multa imposta ao INSS, aduzindo que a redução de seu valor desprestigia a autoridade judicial, além de incentivar a desídia. Ressalta que foram necessárias duas ordens judiciais e cerca de três anos para que a autarquia implantasse o benefício, justificando a cobrança da multa. Requer a manutenção do valor apurado ou, subsidiariamente, a fixação da penalidade em 20% do referido montante.

Recebido e processado o recurso, a parte contrária não apresentou contrarrazões.

Acesso ao Sumário

A Procuradoria Geral de Justiça não mais se manifesta em ações acidentárias.

É o relatório.

Observada a extensão recursal, procede em parte o inconformismo.

Inicialmente, cabe observar que a inicial dos embargos à execução atende aos requisitos do art. 282 do CPC, não padecendo de vício capaz de dificultar o exercício do direito de defesa, tanto que o autor apresentou impugnação.

Ultrapassado esse ponto, verifica-se que, concedido ao autor auxílio-acidente de 40% do salário-de-contribuição pela sentença de fls. 127/130 dos autos principais, o acórdão de fls. 163/165 deu provimento parcial aos recursos das partes, substituindo o auxílio-acidente de 40% pelo de 30% a partir de 05/11/1991.

Transitado em julgado o aresto (fls. 166vº), foram apresentados os cálculos de fls. 189/191, aos quais não se opôs o INSS, que deixou transcorrer *in albis* o prazo para oferecimento de embargos à execução.

Expedido o precatório (fls. 197), foi a autarquia intimada a implantar o benefício (fls. 213/215), mas após a implantação o autor veio a alegar erro na renda mensal adotada pelo INSS, requerendo a correção do valor (fls. 252/253).

Esse pedido foi acolhido pelo juízo de origem (fls. 256), sendo certo que, intimado da decisão (fls. 265 dos autos principais), o INSS opôs embargos à obrigação de fazer, os quais vieram a ser julgados parcialmente procedentes (fls. 36/39 dos autos em apenso – processo nº 828.265-0/8).

Embora as partes tenham recorrido da sentença, o autor interpôs agravo de instrumento contra a decisão que recebeu o recurso autárquico. O acórdão então proferido (fls. 95/99 dos autos de embargos à execução) conheceu em parte do recurso e, na parte conhecida, deu-lhe provimento para reconhecer a intempestividade do apelo autárquico, negando-lhe seguimento.

Em seguida, o autor apresentou nova conta apontando a renda mensal correta do benefício e requerendo a intimação do INSS para que a implantasse em 10 dias, sob pena de multa de um salário mínimo por dia de atraso (fls. 362/367), pedido acolhido pela decisão de fls. 369.

Intimado o INSS em 26/09/2006 (fls. 374vº), este só veio a cumprir a determinação de correção da renda mensal em junho de 2007 (fls. 400), portanto mais de oito meses depois da intimação, período de atraso a ser aqui considerado.

Em suma, não foi cumprida a obrigação no prazo determinado às fls. 369, sendo cabível, nessa situação, a imposição de multa, conforme entendimento pacífico desta Câmara:

"*1. PROCESSUAL. ASTREINTES. CABIMENTO CONTRA O PODER PÚBLICO. É cabível, inclusive contra a Fazenda Pública, a aplicação de*

Acesso ao Sumário

multa diária (astreintes) como meio coercitivo para impor o cumprimento de medida antecipatória ou de sentença definitiva de obrigação de fazer ou entregar coisa, nos termos dos artigos 461 e 461-A do Código de Processo Civil. 2. PROCESSUAL. ASTREINTES. REVOGAÇÃO E REVISÃO. AMPLA DISCRICIONARIEDADE DO JUIZ. Revelando-se excessivas as 'astreintes', geradora de enriquecimento sem causa, incumbe ao juiz, inclusive de ofício, modificar seu valor e periodicidade. Interpretação do art. 461 do CPC" (Agravo de Instrumento nº 847.083-5/2-00, rel. Des. Amaral Vieira, j. em 04/08/2009).

"... EXECUÇÃO ACIDENTÁRIA – MULTA DIÁRIA POR DESCUMPRIMENTO DE DETERMINAÇÃO JUDICIAL – POSSIBILIDADE. 'É cabível a imposição de multa diária se o INSS insiste em não dar cumprimento à ordem judicial, sendo que o seu valor deve prevalecer na hipótese'" (Apelação nº 0019699-39.2008.8.26.0602, rel. Des. Luiz de Lorenzi, j. em 13/03/2012).

Contudo, não há como prevalecer o valor anteriormente arbitrado (R$ 500,00 por dia), como pretende o recorrente, uma vez que manifestamente exagerado, sendo ora fixada a multa em R$ 30,00 por dia de atraso, valor mais proporcional e condizente com a hipótese focada nos autos.

O débito resultante estará sujeito à correção monetária a partir deste acórdão.

Diante da sucumbência parcial, arcará o INSS com os honorários advocatícios da parte contrária, estes fixados em R$ 900,00, também com atualização monetária a contar deste acórdão.

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

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 1014645-35.2014.8.26.0224, da Comarca de Guarulhos, em que é apelante FAZENDA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO, é apelada SARAIVA E SICILIANO S/A..

ACORDAM, em 7ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. V.U. Sustentou oralmente o Dr. Maurício Maioli.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 20.754)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores MAGALHÃES COELHO (Presidente sem voto), LUIZ SERGIO FERNANDES DE SOUZA e MOACIR PERES.

São Paulo, 1 de dezembro de 2014.

Acesso ao Sumário

EDUARDO GOUVÊA, Relator

Ementa: APELAÇÃO CÍVEL – Mandado de Segurança – Pretensão de imunidade tributária em suas importações – ICMS – Livros digitais – Sentença que concedeu a ordem – Decisão mantida – Aplicação do disposto no artigo 150, inciso VI, letra "d", da Constituição Federal – Precedentes – Recurso desprovido.

VOTO

Trata-se de recurso de Apelação (fls. 220/251) interposto pela Fazenda do Estado de São Paulo, contra r. sentença (fls. 206/214) que concedeu a ordem impetrada por Saraiva e Siciliano S/A contra ato do Chefe da Delegacia Regional Tributária da Secretaria do Estado da Fazenda em Guarulhos (DRT-13), para reconhecer a imunidade tributária dos leitores digitais *e-reader* e determinar que o impetrado não exija da impetrante o ICMS sobre os bens importados descritos nos autos. Custas pelo impetrado.

Alega, em apertada síntese, a ora agravante, falta de interesse processual; ausência do direito líquido e certo e, no mérito, ausência de amparo legal para o pedido. Requer a improcedência da ação.

Contrarrazões às fls. 254/273.

Órgão ministerial que se absteve de oferecer parecer (fls. 201/204).

É o breve relatório.

O recurso deve ser improvido.

A ação mandamental visa o reconhecimento de que o leitor eletrônico de livros digitais seja imune a impostos, pois faz as vezes do papel junto aos livros digitais, para que possa, assim, adentrar em território nacional sem a exigência do pagamento do ICMS.

Acesso ao Sumário

As razões recursais da Administração não se sustentam.

De acordo com o texto constitucional em seu artigo 150, inciso VI, letra 'd', "*Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios: instituir impostos sobre: livros, jornais, periódicos e o papel destinado a sua impressão*."

Conforme pensamento de Aliomar Baleeiro, *não há regime democrático, como o que a Constituição expressamente adota, se não houver livres debates e amplas informações sobre todos os interesses a respeito dos negócios da coletividade. Livros, jornais e periódicos são todos os impressos ou gravados, por quaisquer processos tecnológicos, que transmitam aquelas idéias,*

informações, comentários, narrações reais ou fictícias sobre todos os interesses humanos, por meio de caracteres alfabéticos ou por imagens e, ainda, por signos Braille destinados a cegos. A Constituição não distingue nem pode o intérprete distinguir os processos tecnológicos de elaboração dos livros, jornais e periódicos, embora os vincule ao papel como elemento material de seu fabrico. (Limitações Constitucionais ao Poder de Tributar – 4ª edição – Revista Forense – 1984 – pág. 204/205).

Conforme bem explicitado pelo Magistrado de primeiro grau, fundamentos que também adoto como razão de decidir: "*...A questão cinge-se em saber se a imunidade concedida pela Constituição Federal aos livros (artigo 150, VI, 'd'), é reconhecida também para leitores de livros digitais, cuja única e exclusiva função é a leitura de livros, revistas, gibis, jornais e outros periódicos digitais...O argumento reside no fato de que o texto, que foi reproduzido na Constituição Federal, vem de textos constitucionais anteriores, elaborados quando o livro eletrônico inexistia. Nem mesmo se pode dizer que em 1988, quando da promulgação da Constituição atual, houvesse a informação eletrônica como ocorre nos dias de hoje. À época, aliás, nem nascera a Internet e os CD-ROMs representavam apenas 'opção acadêmica' de investigação, para eventual utilização futura...Como homenagem à inteligência dos constituintes, não posso admitir tal interpretação degradante, pela qual apenas quem estivesse disposto a não evoluir seria beneficiado e quem quisesse evoluir, no sistema de comunicações, seria punido com a incidência de diversos impostos. Não creio – nego-me a crer – que assim tenha agido o constituinte, razão pela qual só posso admitir que o 'livro eletrônico', o 'jornal eletrônico', o 'periódico eletrônico' são imunes, pois a imunidade garante o mesmo tipo de veículo, seja ele confeccionado a partir de qualquer material prestante às suas finalidades, tais como papel, tecido, papiro, pergaminho ou por meio eletrônico. E a interpretação, a meu ver, está rigorosamente representada no texto da lei, desde que se entenda que qualquer tipo de jornal, livro ou periódico (de papel ou eletrônico) é imune, acrescentando que o papel também o é, sempre que destinado a impressão de livros, jornais e periódicos. Dessa forma, o constituinte teria cuidado de quatro imunidades, três delas amplas (livros, jornais e periódicos de papel, eletrônico, etc.), e uma específica para papel, voltada para aqueles veículos, que dele necessitassem*." (grifo nosso).

Nesse sentido:

"*Mandado de Segurança – Indeferimento de liminar – Agravo de Instrumento – Cabimento para conceder a tutela liminarmente quando fortes as razões para a concessão da medida – Hipótese de imunidade tributária – Aparente enquadramento no artigo 150, VI, 'd', da Constituição Federal – Recurso provido*" – AI 167.741-5/9 – Relator Guerrieri Rezende – 7ª Câmara de Direito Público TJSP – 28/08/2000.

"*Mandado de Segurança – Pedido de reconhecimento da imunidade tributária referente ao ICMS com relação aos leitores de livros digitais (Artigo 150, inciso VI, alínea 'd' da Constituição Federal) – Possibilidade – A imunidade dos livros, jornais, periódicos e respectivo papel objetiva proteger a divulgação de idéias, conhecimentos e a livre expressão do pensamento, visando à difusão da cultura – A Constituição Federal assegura a veiculação de cultura e informações, assim, livros editados em papel ou em leitores de livros digitais têm o mesmo objetivo, conteúdo e finalidade que é levar a informação e conhecimento ao seu usuário – A desoneração de impostos, torna mais fácil a confecção e sua distribuição, pouco interessando o seu formato – Sentença mantida e ratificada, nos termos do art. 252 do Regimento Interno desta E. Corte – Recursos não providos.*" (TJSP, 11ª Câmara de Direito Público, Apelação n. 0036309-81.2010.8.26.0224, Relator Desembargador ALIENDE RIBEIRO, j. 16.5.2011).

Ante o exposto, **nego provimento** ao recurso.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 3000926-96.2013.8.26.0058, da Comarca de Agudos, em que é apelante UNIMED DE BAURU – COOPERATIVA DE TRABALHO MÉDICO, é apelada PREFEITURA MUNICIPAL DE AGUDOS.

ACORDAM, em 11ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "DERAM PROVIMENTO AO RECURSO PARA AFASTAR A PRESCRIÇÃO, E RESTITUIR OS AUTOS À ORIGEM PARA PROSSEGUIMENTO DA AÇÃO. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 29.675)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores LUIS GANZERLA (Presidente sem voto), RICARDO DIP e PIRES DE ARAÚJO.

São Paulo, 2 de dezembro de 2014.

AROLDO VIOTTI, Relator

Ementa: Ação de ressarcimento de valores dispendidos em atendimento hospitalar prestado pela UNIMED DE BAURU à munícipe de Agudos, por orientação e sob indicação da Municipalidade. Sentença que reconheceu a prescrição da ação, com esteio no prazo trienal do art. 206, § 3º, V, do CC/02. Recurso da

autora. Hipótese em que a prescrição é disciplinada por norma especial, o Decreto federal n. 20.910/32, que fixa prazo quinquenal para a propositura de ações contra a Fazenda Pública. Matéria pacificada no âmbito do E. STJ, em precedente a que se conferiu efeito de recurso repetitivo (REsp 1.251.993-PR, 1ª Sessão, Rel. o Min. Mauro Campbell Marques, j. 12.12.2012). Recurso provido para afastar a prescrição e restituir os autos à origem para prosseguimento da ação.

VOTO

I. UNIMED DE BAURU – COOPERATIVA DE TRABALHO MÉDICO propôs a presente Ação de Cobrança, pelo rito ordinário, contra a PREFEITURA MUNICIPAL DE AGUDOS, objetivando ressarcir-se do valor (correspondente a R$ 199.969,81), que despendeu para atender, em seu Hospital de Bauru, filho recém-nascido da munícipe Valdirene Cirilo, por orientação e sob indicação da Municipalidade. Segundo a inicial, a Prefeitura de Agudos orientou a transferência de pacientes e seus munícipes para o Hospital Unimed de Bauru, e "*assumiu integral responsabilidade pelas despesas derivadas do tratamento e internação*". Assim, embora notificada extrajudicialmente, a requerida recusa-se ao ressarcimento.

A r. sentença de fls. 129/130, de relatório adicionalmente adotado, reconheceu "ex officio" a prescrição da ação, com esteio no prazo trienal de que trata o artigo 206, § 3º, inciso V, do Código Civil de 2002, e extinguiu o processo com resolução do mérito na forma do artigo 269, IV, do Código de Processo Civil, carreando à autora o pagamento de custas e honorários advocatícios de dez por cento sobre o valor da causa.

Apela a autora, buscando a reforma do julgado, ao fundamento de que não ocorreu a prescrição, que na espécie seria a quinquenal prevista no artigo 206, § 5º, inciso I, do Código Civil. E, afastada a causa extintiva, pede o acolhimento do pedido (fls. 134/138).

O recurso foi contrariado a fls. 144 e seguintes, subindo os autos. Este, em síntese, o relatório que se agrega ao já constante dos autos.

II. Dá-se provimento ao recurso para afastar a prescrição.

A r. sentença considerou que, tendo a internação ocorrido em janeiro de 2010, e a presente ação sido proposta em outubro de 2013, aperfeiçoado se encontrava o prazo prescricional de que trata o artigo 206, § 3º, IV, do Código Civil, segundo o qual prescreve em três anos "*a pretensão de ressarcimento de enriquecimento sem causa*".

Acesso ao Sumário

Ocorre que, em tema de direito público, e de ações movidas contra pessoas jurídicas de direito público, a prescrição é disciplinada por norma especial, o antigo Decreto federal n. 20.910, de 06.01.1932. Esse decreto, que há décadas vem regulando o tema da prescrição das ações contra a Fazenda Pública, ensejou inúmeros pronunciamentos e mais de um verbete sumular do Pretório Excelso, e, como lembra CELSO ANTONIO BANDEIRA DE MELLO ("Curso de Direito Administrativo", Malheiros, 17ª ed., pág. 925), tem "***... força de lei, pois editado em período pós-revolucionário, no qual o Poder Legislativo estava enfeixado nas mãos do Chefe do Executivo***". Seu artigo 1º é do seguinte teor**:** "**As dívidas passivas da União, dos Estados e dos Municípios, bem assim todo e qualquer direito ou ação contra a Fazenda federal, estadual ou municipal, seja qual for a sua natureza, prescrevem em 5 (cinco) anos, contados da data do ato ou fato do qual se originaram**".

Conquanto já houvesse este signatário perfilhado entendimento diverso (até em razão do que estatui o artigo 10º do próprio Decreto n. 20.910, de 1932, segundo o qual "*o disposto nos artigos anteriores não altera as prescrições de menor prazo, constantes das leis e regulamentos, as quais ficam subordinadas às mesmas regras*"), a verdade é que o Egrégio Superior Tribunal de Justiça, Tribunal ao qual compete na moldura constitucional a uniformização da aplicação do direito federal no país, pacificou sua jurisprudência a respeito da questão.

Nesse sentido: "***Quanto à questão da prescrição, não merece reparos a decisão vergastada, porquanto em consonância com a jurisprudência desta Corte, cujo entendimento pacífico é no sentido de que é de cinco anos o prazo prescricional da ação de indenização, e de qualquer outra natureza, proposta contra a Fazenda Pública, nos termos do art. 1º do Decreto 20.910/32. Afastada a aplicação do Código Civil. Nesse sentido:*** '***AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO ESPECIAL. PRESCRIÇÃO TRIENAL. ART. 206, § 3º, IV, DO CC. NÃO INCIDÊNCIA. APLICAÇÃO DO ART. 1º DO DECRETO Nº 20.910/32. Incide em todo e qualquer direito ou ação contra a Fazenda Pública, seja ela federal, estadual ou municipal, a prescrição quinquenal prevista no art. 1º do Decreto nº 20.910/32. Inaplicável o art. 206, § 3º, IV, do Código Civil. Agravo regimental desprovido.***' ***(AgRg no REsp 1.006.937/AC, Rel. Min. FELIX FISCHER, Quinta Turma, julgado em 15.4.2008, DJe 30.6.2008.)***" (STJ, decisão monocrática do Min. HUMBERTO MARTINS, no REsp 1.125.812-RO, j. 12.08.2009, DJ 15.09.2009).

E, sobretudo, firmou aquela Corte Superior, em precedente a que se atribuiu efeito de recurso repetitivo, em hipótese em que se questionava prescrição de ação de reparação civil, em tudo e por tudo amoldável ao caso dos autos:

"***ADMINISTRATIVO. RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA (ARTIGO 543-C DO CPC). RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO. AÇÃO INDENIZATÓRIA. PRESCRIÇÃO. PRAZO QUINQUENAL***

Acesso ao Sumário

(ART. 1º DO DECRETO 20.910/32) X PRAZO TRIENAL (ART. 206, § 3º, V, DO CC). PREVALÊNCIA DA LEI ESPECIAL. ORIENTAÇÃO PACIFICADA NO ÂMBITO DO STJ. RECURSO ESPECIAL NÃO PROVIDO.

1. A controvérsia do presente recurso especial, submetido à sistemática do art. 543-C do CPC e da Res. STJ n 8/2008, está limitada ao prazo prescricional em ação indenizatória ajuizada contra a Fazenda Pública, em face da aparente antinomia do prazo trienal (art. 206, § 3º, V, do Código Civil) e o prazo quinquenal (art. 1º do Decreto 20.910/32).

2. O tema analisado no presente caso não estava pacificado, visto que o prazo prescricional nas ações indenizatórias contra a Fazenda Pública era defendido de maneira antagônica nos âmbitos doutrinário e jurisprudencial. Efetivamente, as Turmas de Direito Público desta Corte Superior divergiam sobre o tema, pois existem julgados de ambos os órgãos julgadores no sentido da aplicação do prazo prescricional trienal previsto no Código Civil de 2002 nas ações indenizatórias ajuizadas contra a Fazenda Pública. Nesse sentido, o seguintes precedentes: REsp 1.238.260/PB, 2ª Turma, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, DJe de 5.5.2011; REsp 1.217.933/RS, 2ª Turma, Rel. Min. Herman Benjamin, DJe de 25.4.2011; Resp 1.182.973/PR, 2ª Turma, Rel. Min. Castro Meira, DJe de 10.2.2011; REsp 1.066.063/RS, 1ª Turma, Rel. Min. Francisco Falcão, DJe de 17.11.2008; EREspsim 1.066.063/RS, 1ª Seção, Rel. Min. Herman Benjamin, DJe de 22/10/2009). A tese do prazo prescricional trienal também é defendida no âmbito doutrinário, dentre outros renomados doutrinadores: José dos Santos Carvalho Filho (‘Manual de Direito Administrativo’, 24ª Ed., Rio de Janeiro: Editora Lumen Júris, 2011, págs. 529/530) e Leonardo José Carneiro da Cunha (‘A Fazenda Pública em Juízo’, 8ª Ed., São Paulo: Dialética, 2010, págs. 88/90).

3. Entretanto, não obstante os judiciosos entendimentos apontados, o atual e consolidado entendimento deste Tribunal Superior sobre o tema é no sentido da aplicação do prazo prescricional quinquenal – previsto do Decreto 20.910/32 – nas ações indenizatórias ajuizadas contra a Fazenda Pública, em detrimento do prazo trienal contido do Código Civil de 2002.

4. O principal fundamento que autoriza tal afirmação decorre da natureza especial do Decreto 20.910/32, que regula a prescrição, seja qual for a sua natureza, das pretensões formuladas contra a Fazenda Pública, ao contrário da disposição prevista no Código Civil, norma geral que regula o tema de maneira genérica, a qual não altera o caráter especial da legislação, muito menos é capaz de determinar a sua revogação. Sobre o tema: Rui Stoco (‘Tratado de Responsabilidade Civil’. Editora Revista dos Tribunais, 7ª Ed. – São Paulo, 2007; págs. 207/208) e Lucas Rocha Furtado (‘Curso de Direito Administrativo’. Editora Fórum, 2ª Ed. – Belo Horizonte, 2010; pág. 1042).

5. A previsão contida no art. 10 do Decreto 20.910/32, por si só, não autoriza a afirmação de que o prazo prescricional nas ações indenizatórias

Acesso ao Sumário

contra a Fazenda Pública foi reduzido pelo Código Civil de 2002, a qual deve ser interpretada pelos critérios histórico e hermenêutico. Nesse sentido: Marçal Justen Filho (*'*Curso de Direito Administrativo*'*. Editora Saraiva, 5ª Ed. – São Paulo, 2010; págs. 1.296/1.299).

6. Sobre o tema, os recentes julgados desta Corte Superior: AgRg no AREsp 69.696/SE, 1ª Turma, Rel. Min. Benedito Gonçalves, DJe de 21.8.2012; AgRg nos EREsp 1.200.764/AC, 1ª Seção, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, DJe de 6.6.2012; AgRg no REsp 1.195.013/AP, 1ª Turma, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, DJe de 23.5.2012; Resp 1.236.599/RR, 2ª Turma, Rel. Min. Castro Meira, DJe de 21.5.2012; AgRg no AREsp 131.894/GO, 2ª Turma, Rel. Min. Humberto Martins, DJe de 26.4.2012; AgRg no AREsp 34.053/RS, 1ª Turma, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, DJe de 21.5.2012; AgRg no AREsp 36.517/RJ, 2ª Turma, Rel. Min. Herman Benjamin, DJe de 23.2.2012; EREsp 1.081.885/RR, 1ª Seção, Rel. Min. Hamilton Carvalhido, DJe de 1º.2.2011.

7. No caso concreto, a Corte a quo, ao julgar recurso contra sentença que reconheceu prazo trienal em ação indenizatória ajuizada por particular em face do Município, corretamente reformou a sentença para aplicar a prescrição quinquenal prevista no Decreto 20.910/32, em manifesta sintonia com o entendimento desta Corte Superior sobre o tema. 8. Recurso especial não provido. Acórdão submetido ao regime do artigo 543-C, do CPC, e da Resolução STJ 08/2008." (Superior Tribunal de Justiça, Primeira Seção, REsp 1.251.993-PR, j. 12.12.2012, Rel. o Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES).

Em sentido similar, desta Câmara:

"***Assinando o prazo comum decenal de prescrição, o Código Civil enunciou ressalva expressa de lei que* '*lhe haja fixado prazo menor*' *(art. 205). Nas relações de direito público, o prazo da prescrição é quinquenal, por força do que dispõe o Decreto nº 20.910, de 6 de janeiro de 1932, correta a solução do Juízo de primeiro grau (fl. 374), à vista de que a lide relaciona servidora pública e o Poder Público, em questão remuneratória. Não custa dizer que, tratando o caso de ressarcimento de enriquecimento sem causa, reparação de danos materiais e compensação de lesões morais, fosse o caso – mas não é – de aplicar as disposições do Código Civil, ter-se-ia de reconhecer a prescrição trienal (incs. IV e V, § 3º, art. 206).***" (TJSP, 11ª Câmara de Direito Público, Apelação Cível 989.232-5-0 – atual 0240011-78.2009.8.26.0000, j. 18.01.2010, Rel. Des. RICARDO DIP, voto 22.109).

O prazo da prescrição do direito de ação é, na espécie, quinquenal, e não transcorreu, comportando assim acolhimento o recurso para afastar a prescrição reconhecida em primeiro grau.

E, na sequência, forçoso reconhecer que não se está diante de causa madura para julgamento. Há matéria fática controversa, sem que às partes

se tivesse conferido oportunidade para produzir prova. Nada está a justificar seja a lide solvida por este Tribunal em sede originária e única. Caso é de se desconstituir a r. sentença, e, afastada a prescrição, restituir os autos à origem para prosseguimento da demanda.

III. Pelo exposto, dão provimento ao recurso para afastar a prescrição, e restituir os autos à origem para prosseguimento da ação.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0002074-79.2012.8.26.0269, da Comarca de Itapetininga, em que é apelante MARIA ANGELICA FERREIRA SACHI (JUSTIÇA GRATUITA), é apelada PREFEITURA MUNICIPAL DE ITAPETININGA.

ACORDAM, em 6ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 18.961)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores REINALDO MILUZZI (Presidente), MARIA OLÍVIA ALVES e EVARISTO DOS SANTOS.

São Paulo, 3 de novembro de 2014.

REINALDO MILUZZI, Relator

Ementa: INDENIZAÇÃO – Doença profissional – Danos morais – Responsabilidade subjetiva da Administração em razão da ocorrência de acidente de trabalho – Dano e nexo de causalidade demonstrados – Omissão da Administração quanto ao fornecimento de equipamentos de proteção individual evidenciada – Sentença de improcedência – Recurso provido.

VOTO

RELATÓRIO.

A r. sentença de fls. 127/129, cujo relatório se adota, julgou improcedente a ação de rito ordinário ajuizada pela apelante contra o Município de Itapetininga, na qual visa à condenação do réu ao pagamento de indenização por danos morais decorrentes de doença respiratória crônica adquirida em ambiente de trabalho. Condenou a autora ao pagamento das custas e despesas processuais e honorários advocatícios em 15% sobre o valor da causa, respeitado o disposto no art. 12 da

Lei 1.060/1950.

Irresignada, apela a autora, sustentando, em síntese, que ficou evidenciado nos autos que se encontra exposta a agentes nocivos a sua saúde, não havendo fornecimento de EPI a fim de minimizar os danos decorrentes de tal exposição; que, embora a apelada tivesse ciência de laudos expedidos pelo Setor Técnico, não tomou qualquer providência a fim de minimizar os danos, deixando-a vulnerável a doenças.

Recurso tempestivo, isento de preparo e respondido.

FUNDAMENTOS.

Respeitado o entendimento adotado pelo MM. Juiz *a quo*, o recurso comporta provimento.

De início, impende anotar que a responsabilidade, na hipótese, é subjetiva, de sorte que deve ser demonstrada a culpa ou o dolo da Administração na ocorrência do evento danoso.

Como ensina Sergio Cavalieri Filho, em sua obra *Programa de Responsabilidade Civil*, 10ª edição, Editora Atlas, 2012, pp. 157/158:

"*A partir de 1967 a reparação do dano decorrente de acidente no trabalho vem sendo coberta por um seguro coletivo a cargo do empregador, pelo quê se transfere para o segurador – no caso, o INSS – o encargo de efetuar a indenização, independentemente de qualquer decisão sobre a culpa. O empregado tem apenas que provar a relação de emprego, o dano decorrente do acidente e que o mesmo ocorreu no trabalho ou por ocasião em que para ele ia ou dele vinha. A Constituição de 1988 tratou do acidente de trabalho no inciso XXVIII do seu art. 7°, sendo que, atualmente, a matéria está disciplinada pela Lei n. 8213, de 24 de julho de 1991, regulamentada pelo Decreto n. 2172, de 5 de março de 1997. Registre-se, ainda que serve de fundamento para a indenização por acidente de trabalho a teoria do risco integral, de sorte que nem mesmo as causas de exclusão do nexo causal – culpa exclusiva da vítima, fato de terceiro, caso fortuito ou força maior – afastam o direito do obreiro, desde que o evento tenha se dado no trabalho ou em razão dele.*

Entretanto, o seguro contra acidente do trabalho não exonera de responsabilidade o empregador se houver dolo ou culpa de sua parte. Antes mesmo da Constituição de 1988, a matéria já estava sumulada pelo Supremo Tribunal Federal no Enunciado nº 229: 'A indenização acidentária não exclui a do Direito Comum, em caso de dolo ou culpa grave do empregador'. Essa Súmula, que falava em dolo ou culpa grave, ficou superada pelo inciso XXVIII do art. 7º da Constituição Federal, que só se refere ao dolo ou culpa: 'seguro contra acidente de trabalho, a cargo do empregador, sem excluir a indenização a que está obrigado, quando incorrer em dolo ou culpa'.

Temos, assim, por força de expresso dispositivo constitucional, duas indenizações por acidente do trabalho, autônomas e cumulativas. A acidentária, fundada no risco integral, coberta por seguro social e que deve ser exigida

Acesso ao Sumário

do INSS. Mas, se o acidente do trabalho (ou doença funcional) ocorrer por dolo ou culpa do empregador, o empregado faz jus à indenização comum ilimitada. Noutras palavras, o seguro contra acidente de trabalho só afasta a responsabilidade do empregador em relação aos acidentes de trabalho que ocorrerem sem qualquer parcela de culpa; se houver culpa, ainda que leve (e esta deve ser provada), o empregador terá a obrigação de indenizar."

No mesmo sentido, é o entendimento anotado pelo eminente Desembargador Torres de Carvalho no julgamento da apelação nº 207.092-5/6-00, 3ª Câmara de Direito Público, j. 2.8.2005, m.v.:

"*A evolução da proteção acidentária e as normas constitucionais dão a solução do problema. O acidente do trabalho passou a ser considerado um risco da atividade econômica coberto pelo seguro social, antes a cargo das empresas e das seguradoras privadas, a partir de 1967 a cargo do Estado por intermédio do INPS ou INSS; afastou-se a idéia de dolo ou culpa para focar a questão na simples proteção do trabalhador. Tal cobertura, nos termos da legislação que vigorou de 1967 (LF nº 5.316/67) a 1976 (LF nº 6.367/76), excluía a possibilidade de indenização contra o empregador; a jurisprudência dividiu-se (quanto à possibilidade de responsabilização autônoma do empregador) a partir de então até que a Constituição Federal de 1988, no art. 7º, inciso XXVIII, estatuiu ser direito dos trabalhadores o 'seguro contra acidentes do trabalho, a cargo do empregador, sem excluir a indenização a que este está obrigado quando incorrer em dolo ou culpa'. Há nítida separação: a proteção ao trabalhador decorre do seguro acidentário a cargo do empregador, mantida sua responsabilidade civil por dolo ou culpa. Ou, em outras palavras, a responsabilidade do empregador não é objetiva como se defendeu em tempos mais remotos – é subjetiva e demanda demonstração da conduta omissiva ou comissiva do empregador.*

O inciso XXVIII do art. 7º não foi estendido aos servidores públicos no art. 39, § 2º da Carta; mas isso se justifica por dispor a Administração de forma própria de proteção de seus agentes, desobrigada portanto de contratar e contribuir para o seguro de acidentes do trabalho. Afastada a contratação do seguro, permanece a distinção feita no inciso XXVIII: assegurada a proteção do trabalhador pelo seguro ou prestação assemelhada (que independe de culpa do servidor ou da administração, caracterizando a responsabilidade objetiva pura mencionada por CAIO MÁRIO), a responsabilidade civil (na modalidade de indenização) somente se caracteriza na presença de dolo ou culpa da administração."

Portanto, no caso em apreço, a responsabilidade da Administração é subjetiva, cabendo ao autor demonstrar a culpa ou dolo do réu para o desencadeamento do evento danoso.

A perícia de fls. 84/103, complementada a fls. 113/121, esclareceu que a doença respiratória crônica que acomete a autora foi adquirida no ambiente de trabalho, em razão da exposição a agentes biológicos e químicos sem que

Acesso ao Sumário

lhe fosse garantido o uso de equipamento de proteção individual (EPI), para minimizar os efeitos dos agentes nocivos à sua saúde.

Concluiu o perito que há nexo causal entre os agentes químicos e biológicos encontrados no local de trabalho e a doença que encontra acometida. Como anotou, "*a poeira aloja os fungos e poeira auxilia no transporte por 'suspensão' dos agentes causais das doenças, que podem ser inalados ou depositados sobre a pele, alimentos, utensílios, etc., que posteriormente podem ser levados à boca*". (fls. 115).

A perícia judicial, em verdade, só veio a corroborar assertiva já feita pela própria Prefeitura, por meio do Departamento de Vigilância Sanitária, que, em visita ao local de trabalho, recomendou à Secretaria Municipal de Saúde "*a adoção de medidas que contemplem a prevenção de doenças nas atividades desenvolvidas no setor, tais como o uso de EPI's, bem como a adoção de procedimentos que impeçam a inalação ou ingestão acidental de poeiras já que nelas podem estar contidas agentes microbianos causadores de doenças aos trabalhadores e aos outros profissionais envolvidos com estes documentos*" (fls. 20).

E mais, encontra-se anotado no documento de fls. 29/30, emitido pelo Coordenador do Programa da Saúde do Trabalhador, da Secretaria Municipal de Saúde, que "*Trabalham neste setor 3 funcionárias, sendo que todas apresentam problemas alérgicos devido ao acúmulo de pó, fungos, parasitas e mofo provenientes dos documentos sujos e contaminados, acumulados no seu ambiente de trabalho*". Ali foram determinadas as seguintes providências: dedetização/desratização do local, fornecimento de EPIs adequados, como máscaras, luvas, tocas, óculos e aventais, entre outras medidas.

Além de tardias, quando a autora já havia sofrido o dano à sua saúde, essas providências não foram adotadas, porquanto o réu não as comprovou no curso do processo.

Portanto, evidenciados os danos, o nexo de causalidade, além da culpa da Administração pelo evento danoso, esta decorrente da omissão consubstanciada na falta de entrega de equipamentos de proteção individual e da fiscalização de seu uso.

Acesso ao Sumário

Assim já se decidiu nesta Corte:

"*RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO E PEDIDO DE REFORMA DO POLICIAL MILITAR – Acidente em repartição pública decorrente da utilização de serra circular elétrica, mormente diante da não utilização de equipamentos de proteção individual (EPI) – Omissão da Administração no fornecimento dos tais equipamentos e da fiscalização de sua efetiva utilização pelo servidor – Sequela funcional de grau máximo e dano estético mínimo – Dano moral arbitrado moderadamente em 50 (cinquenta) salários mínimos – Juros moratórios e correção monetária*

que contarão a partir do evento danoso, não insurgindo a Fazenda do Estado quanto a prorrogação do termo inicial da correção monetária para data da condenação, ou seja, da prolação da r. sentença e não do evento danoso – Autor que não logrou provar a ocorrência de incapacidade total e permanente para a concessão da sua reforma, cumprindo apenas a sua correta readaptação a atividade afim a de policial militar (...) – Procedência parcial da ação mantida – Recursos voluntários da Fazenda do Estado e do autor não providos." (AC nº 0015833-60.2004.8.26.0053, 9ª Câmara de Direito Público, Rel. Des. Rebouças de Carvalho)

"*Ação de Responsabilidade Civil. Exercício de funções, por muitos anos, em ambiente com ruído. Surdez. Nexo de causalidade comprovado. Réu não entregou EPI ao autor. Danos morais verificados. Manutenção do valor fixado pela r. sentença. Recurso do réu desprovido. Honorários advocatícios – recurso do autor exclusivamente sobre a matéria. Ilegitimidade. Verba destinada ao advogado, não ao recorrente. Recurso não conhecido. Recurso do réu desprovido e recurso do autor não conhecido.*" (AC nº 0009235-64.2003.8.26.0073, 13ª Câmara de Direito Público, Relª. Desª. Luciana Bresciani)

Presentes os requisitos da responsabilidade da Administração, exsurge o dever de indenizar.

Quanto ao valor da indenização a ser fixada, cabe anotar que o arbitramento da indenização na hipótese de dano moral não é tarefa simples. Há de ser considerado o princípio da razoabilidade, pelo que o valor não pode ser elevado de sorte a causar enriquecimento indevido da autora, nem irrisório a ponto de não desestimular futura prática de atos idênticos ou similares.

Impende considerar que o dano moral não pode ser recomposto, porquanto é imensurável sob o ponto de vista de equivalência econômica, pelo que a indenização a ser concedida se consubstancia em compensação pecuniária, como forma de atenuar o padecimento sofrido, além de servir como meio punitivo e pedagógico.

No caso em apreço, tendo vista a doença respiratória crônica adquirida pela autora em razão do ambiente insalubre em que trabalha, arbitro o valor indenizatório em R$ 15.000,00, que é justo e equânime à hipótese, a ser atualizado a partir da presente data, pela tabela prática desta Corte. Sobre o valor, deverão ser acrescidos juros da data da citação, uma vez que não há nos autos a data do evento danoso, nos termos do artigo 1º-F da Lei 9.494/1997, com a redação dada pela Lei 11.960/2009.

Arcará o réu com o pagamento das verbas decorrentes da sucumbência, fixados os honorários advocatícios em 10% sobre o valor da condenação.

Destarte, pelo meu voto, **dou provimento ao recurso.**

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0001274-25.2011.8.26.0095, da Comarca de Brotas, em que são apelantes REYNALDO APPARECIDO RAMPO e RINALDO GARCIA, é apelada FAZENDA DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em 3ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 8672)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores ANTONIO CARLOS MALHEIROS (Presidente) e JOSÉ LUIZ GAVIÃO DE ALMEIDA.

São Paulo, 2 de dezembro de 2014.

CAMARGO PEREIRA, Relator

Ementa: TRIBUTÁRIO. ANULATÓRIA DE DÉBITO FISCAL. INTERRUPÇÃO DO DIFERIMENTO DO ICMS. Emissão de notas fiscais com declaração falsa quanto ao adquirente das mercadorias. Ausência de prova concreta quanto à efetiva ocorrência das operações comerciais.

Ausência de elementos que demonstrem a efetiva realização da operação com a empresa indicada como destinatária da mercadoria.

Inexistência de abusividade da multa aplicada. Previsão expressa na Lei 6.374/89, constituindo mera sanção pecuniária pelo atraso.

Responsabilidade solidária do transportador pelo débito tributário, quando a mercadoria é entregue a destinatário diverso do indicado na nota fiscal. Exegese do artigo 9º, inciso II, alínea "d", da Lei 6.374/89.

Recurso não provido.

Acesso ao Sumário

VOTO

Vistos.

Cuida-se de ação anulatória ajuizada em face da Fazenda do Estado,

objetivando a anulação do débito da AIIM nº 3.091.884-4, cobrado na execução fiscal nº 145/2010, alegando, em síntese, que a declaração de inidoneidade do estabelecimento destinatário é posterior às operações, que não houve "quebra" de diferimento, sendo inaplicável o art. 428, III, do RICMS/SP, e, subsidiariamente, o reconhecimento da ilegitimidade de parte do segundo autor como responsável solidário, mero transportador das mercadorias, buscando, outrossim, o reconhecimento da abusividade do valor da multa cobrada.

A sentença de fls. 820/822, julgou improcedente o pedido, condenando os autores no pagamento das custas, despesas processuais e honorários advocatícios, estes, fixados em 10% sobre o valor atualizado da causa.

Opostos embargos declaratórios (fls. 823/825), foram rejeitados às fls. 826/827.

A pelaram os autores, visando a reforma do julgado, repisando os argumentos da inicial (fls. 830/859). O recurso foi recebido e respondido (fls. 866/903).

É o relatório.

Fundamento e voto.

O presente recurso não comporta provimento.

O apelante foi autuado, por ter emitido notas fiscais com declaração falsa quanto ao destinatário das mercadorias e assim, ter se beneficiado indevidamente do diferimento do ICMS.

Vale lembrar que a substituição tributária com o diferimento do recolhimento do ICMS para o adquirente da mercadoria apenas é cabível quando evidentemente haja um substituto de fato. Caso contrário, nos termos do artigo 428, III, do RICMS/00 ocorre a imediata interrupção do diferimento. Confira:

> "*Art. 428. A suspensão e o diferimento de que trata este Livro ficam interrompidos, devendo o lançamento do imposto ser efetuado pelo estabelecimento em que ocorrer (Lei 6.374/89, art. 8º , § 10 , na redação da Lei 9.176/95, art. 1º, I):*
>
> *(...)*
>
> *III – qualquer outra saída ou evento que impossibilitar o lançamento do imposto no momento expressamente indicado*"

No caso concreto, consoante processo administrativo (fls. 261/803), o estabelecimento no qual deveria funcionar um abatedouro de aves não chegou a existir de fato no endereço declinado, tendo sua inidoneidade decretada a partir de 24.05.2005 (fls. 295), retroativa ao início de suas atividades.

E, como bem decidiu o douto magistrado, não houve comprovação de forma válida a efetiva realização de operações mercantis. Confira-se:

> "*E em diligência realizada, verificou-se que o endereço onde deveria funcionar a empresa, estava instalado o contribuinte Leandro de Oliveira*

Acesso ao Sumário

Giraldi – ME, desde maio de 2006, e, anteriormente, funcionou ali uma padaria por mais de 10 anos (fls. 277). A cópia da declaração de fls. 293 da antiga proprietária confirma o fato.

Além disso, a certidão de fls. 294 atesta que a empresa Denise dos Santos Soares & Cia. Ltda. nunca esteve cadastrada no Município de Arealva, Comarca de Bauru".

Não obstante a declaração de inidoneidade da empresa adquirente não possa retroagir para prejudicar a apelante, sem a efetiva comprovação da transação comercial, como lhe competia, não há como a recorrente se isentar da responsabilidade pelo recolhimento do tributo. Neste sentido, precedentes deste Egrégio Tribunal de Justiça:

"*ICMS. Multa por infração tributária. Ação anulatória. Venda de milho e soja para empresa inexistente de fato. Ausência de elementos que demonstrem a efetiva realização da operação com a empresa indicada como destinatária da mercadoria. Interrupção do diferimento. Responsabilidade do produtor. Sentença que julgou procedente o pedido. Recurso provido para julgá-lo improcedente.*"

(Apelação nº 0000782-08.2010.8.26.0341. 10ª Câmara de Direito Público. Relator: Antonio Carlos Villen. Data de julgamento: 21/01/2013)

"*AÇÃO ANULATÓRIA DE DÉBITO FISCAL – DIFERIMENTO DE RECOLHIMENTO DE ICMS – Pretensão à nulidade de débitos constantes em AIIM – Transação comercial com empresa considerada, posteriormente, inidônea pelo FISCO – Ação julgada procedente em primeiro grau – Não evidenciada a boa-fé da autora, cuja aferição envolve demonstração e regularidade efetiva das operações – Configurada infração ao artigo 140, II, do RICMS – Inexistência de evidência concreta da entrega e recebimento dos produtos descritos nos aludidos documentos fiscais no estabelecimento da empresa compradora e tampouco dos respectivos pagamentos pela própria compradora – Presunção de boa-fé inexistente no caso concreto – Precedentes do E. TJSP e do C. STJ – São cumuláveis, com a penalidade pecuniária eventualmente instituída, o acréscimo de juros de mora, não se revelando confiscatória, nos termos do art. 161 do CTN – Sentença reformada para julgar a ação anulatória totalmente improcedente e reduzir a verba honorária, nos termos do art. 20, § 4º, do CPC – Invertido o ônus da sucumbência – Apelo da Fazenda do Estado provido.*"

(Apelação nº 0000682-53.2010.8.26.0341. 8ª Câmara de Direito Público. Relator: Ponte Neto. Data de julgamento: 11/12/2013).

"*EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL – Alegada nulidade de infração fiscal – Inserção de declaração falsa em nota fiscal quanto ao destino da mercadoria, ocasionando interrupção do diferimento do imposto – Inexistência das empresas destinatárias – Negligência na conduta da embargante – Declaração de idoneidade após a operação não justifica*

a conduta infracional – Sentença de procedência reformada – Recursos providos."

(Apelação nº 9135465-86.2004.8.26.0000, 3ª Câmara de Direito Público, rel. Des. ANTONIO CARLOS MALHEIROS, j. 17/02/2009).

"*EMBARGOS A EXECUÇÃO – Compra e venda de gado – Incidência de ICMS diferida para o abate dos animais – Reconhecimento de inidoneidade da empresa agropecuária após o negócio – Transação com empresa fantasma – Quebra de diferimento – Inteligência do art. 136, do Código Tributário Nacional – A responsabilidade por infrações da legislação tributária independe da intenção do agente ou do responsável e da efetividade, natureza e extensão dos efeitos do ato – Prevalência da obrigação do apelado vendedor, independente de existência de má-fé de sua parte – Inteligência do Regulamento do ICM, art. 114, § 1° - Respondem solidariamente pelo pagamento do imposto devido todos aqueles que concorreram para a sonegação do imposto – Recurso oficial e voluntário providos, para reformar a sentença e julgar improcedentes os embargos, invertendo o ônus da sucumbência*"

(Apelação nº 367.478-5/6-00. Relator: Moreira de Carvalho. Data de julgamento: 04/06/2007).

"*Embargos do Devedor. Execução Fiscal. Emissão de nota fiscal de produtor com declaração falsa. Não intenção do agente de fraudar o Fisco. Irrelevância. Recurso não provido. O lançamento do tributo devido pelas sucessivas saídas de gado em pé fica diferido para o momento do abate. Todavia, a ocorrência de qualquer outra saída ou evento que impossibilite o lançamento para aquela ocasião, autoriza o Fisco a exigir o ICMS do produtor que interrompeu o diferimento do tributo. Diferentemente do Direito Penal, ao CTN é indiferente a intenção do agente, seja contribuinte, responsável, etc., salvo quando disposição legal determine o contrário. A infração fiscal é formal. O legislador, além de não indagar a intenção do agente, salvo disposição de lei, também não se detém diante da natureza e extensão dos efeitos*" *(TJSP 8ª C. Dir. Público Ap. 275.712-2 Rel. Celso Bonilha j.17.04.96).*

Assim, não demonstrada a inequívoca ocorrência da operação comercial entre as partes, ocorreu a interrupção do diferimento do ICMS, de modo que cabe a autora o seu recolhimento.

Por seu turno, não há qualquer abusividade da multa aplicada. Esta é expressa em lei – artigo 85, IV, "b" da Lei 6.374/89 – e constitui mera sanção pecuniária pelo atraso. Consigne-se ainda que o Judiciário não pode usurpar função legislativa para excluir ou fixar a multa em percentual distinto daquele previsto legalmente.

O eminente Des. Aroldo Viotti, no julgamento da Apelação nº 0016148-74.2002.8.26.0048, bem salientou que a multa moratória "(...) é prevista no art.

Acesso ao Sumário

87 da Lei estadual nº 6.374/89, na redação da Lei nº 9.399, de 27.11.96, devendo incidir sobre o montante do imposto atualizado monetariamente (artigo 98 da lei 6.374/89). Incidindo, assim, apenas sobre o valor do principal corrigido, o valor da multa nada tem de confiscatório, nem causa algum embaraço à normal atividade da empresa".

Finalmente, no tocante a responsabilidade solidária do segundo apelante, vale consignar que a responsabilidade tributária recai sobre o transportador, nos moldes do artigo 9º, inciso II, alínea "d" da Lei nº 6.374/89:

"***Artigo 9º*** *– São responsáveis pelo pagamento do imposto devido:*

(...)

II *– o transportador:*

(...)

d) ***solidariamente, em relação à mercadoria entregue a destinatário diverso do indicado na documentação fiscal***";

E, consoante salientado na r. sentença:

"*A propósito, se no local funcionava uma padaria e, depois, uma firma individual de nome 'Leandro de Oliveira Giraldi', em cujo espaço físico não havia condições de ser instalado um abatedouro, conclui-se que o transportador não descarregava ali os frangos destinados ao abate e, por isso, responde pelo pagamento do tributo sonegado*".

Pelo exposto, pelo meu voto, nego provimento ao presente recurso.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0008825-47.2010.8.26.0562, da Comarca de Santos, em que é apelante ASSOCIAÇÃO DO TRANSPORTE RODOVIÁRIO DE CARGAS DO BRASIL (ATR BRASIL), são apelados COMPANHIA DOCAS DO ESTADO DE SÃO PAULO (CODESP), PINHAL RODOPARK LTDA. e ECOPATIO LOGÍSTICA CUBATÃO LTDA..

Acesso ao Sumário

ACORDAM, em 6ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento em parte ao apelo de Associação do Transporte Rodoviário de Cargas do Brasil para o fim exclusivo de reduzir os honorários advocatícios de sucumbência devidos a cada uma das requeridas para 5% (cinco por cento) do valor atualizado da causa, mantida no mais a r. Sentença recorrida. V.U. Sustentou oralmente o Dr. Moacyr Francisco Ramos e o Dr. Jorge Souza.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 22.602)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores REINALDO MILUZZI (Presidente) e MARIA OLÍVIA ALVES.

São Paulo, 1 de dezembro de 2014.

SIDNEY ROMANO DOS REIS, Relator

Ementa: Apelação Cível – Administrativo – Ação Declaratória Negativa proposta por Associação do Transporte Rodoviário de Cargas do Brasil (ATR Brasil) visando a extinção da cobrança de tarifa de estacionamento – Demanda proposta em face da CODESP e estacionamentos privados – Sentença de improcedência – Recurso pela autora – Provimento parcial de rigor.

1. De início, importa salientar que os argumentos não jurídicos, especificamente os de caráter financeiro e econômico não são capazes de alicerçar a pretensão porquanto, na situação peculiar dos autos, não criam ou instituem direitos – Análise do presente recurso que se circunscreve aos textos normativos apontados pela autora.

2. No que toca à questão de fundo, não viceja a pretensão de não cobrança da tarifa de estacionamento porque inexiste previsão legal neste sentido – Art. 93 do Código de Trânsito Brasileiro que não estabelece a gratuidade mas, ao contrário, impõe a consideração da geração de tráfego quando da construção de edifícios e determina a disponibilização de estacionamento, sem contudo dispor sobre sua gratuidade ou não – Previsão aliás descabida porque atinente à livre iniciativa – Resoluções do Conselho da Autoridade Portuária que também não estabelecem a obrigatoriedade de fornecimento de estacionamento gratuito, observando-se entretanto, que são inclusive disponibilizadas mais de 1800 vagas pela CODESP – Existência de estacionamentos rotativos que não se confundem com os pátios reguladores, tendo cada qual, sua função específica no sistema portuário – Atividade de estacionamento regulador desempenhada por empresas privadas em áreas privadas inexistindo norma legal que impeça

Acesso ao Sumário

a prévia seleção e cobrança da tarifa – Seleção pela CODESP que atendeu ao interesse público e guarda razoabilidade com o fim proposto – Impossibilidade da declaração de não sujeição à cobrança das tarifas – Improcedência que era de rigor.

3. Ônus de sucumbência – Redução – Admissibilidade – Inteligência dos arts. 20 e seguintes e seus parágrafos do CPC – Redução dos honorários advocatícios devidos a cada parte requerida que fica reduzida para 5% do valor atualizado da causa – Apelação provida apenas nesta parte.

4. No mais, fica mantida a r. Sentença por seus próprios e jurídicos fundamentos.

Sentença reformada em parte – Apelação provida em parte.

VOTO

1. Por r. Sentença de fls. 721/728, cujo relatório ora se adota, o MM. Juiz de Direito da 1ª Vara da Fazenda Pública da Comarca de Santos, nos autos de **Ação Declaratória Negativa** proposta por **Associação do Transporte Rodoviário de Cargas do Brasil (ATR Brasil)** em face da **Companhia Docas do Estado de são Paulo (CODESP), Ecopatio Logística Cubatão Ltda. e Pinhal Rodopark Ltda**., assim decidiu: "*JULGO IMPROCEDENTE a ação. Pela sucumbência, arcará a requerente com as despesas processuais e honorários advocatícios, que fixo em vinte mil reais, para cada contestação apresentada, com base no artigo 20, parágrafo quarto, do Código de Processo Civil*."

Não conformada apela a autora **Associação do Transporte Rodoviário de Cargas do Brasil (ATR Brasil)** com razões de fls. 748/757.

Pretende a reforma da r. Sentença no sentido da procedência da demanda e consequente extinção da tarifa de estacionamento exigida das associadas da autora nos pátios explorados por terceiros. Para tanto, em resumo breve, argumenta que a CODESP, reconhecida sua ineficiência, criou pátios reguladores de fluxo de caminhões, sendo então selecionadas e credenciadas as demais requeridas Ecopatio e Rodopark. Diz que tais empresas são remuneradas pela tarifa de estacionamento cobrada das associadas, sem qualquer dispêndio pela CODESP, havendo imposição desta para que se estacione nos pátios credenciados. Diz também que tais não se confundem com os estacionamentos rotativos operacionais, mas seriam mera extensão destes. Também não se confundem os pátios credenciados com os estacionamentos públicos exclusivos para carreteiros autônomos dos municípios que circundam o Porto de Santos.

Acesso ao Sumário

Diz que injusta a cobrança dos associados porque não são os responsáveis pela geração do tráfego, apontando como responsáveis os Terminais Privativos, Arrendatários e Operadores Portuários não arrendatários na forma da Resolução do Conselho da Autoridade Portuária nº 05/2000 e seu anexo, o que aconteceria nos demais portos brasileiros. Por fim, alternativamente, pugna pela redução da verba honorária.

Recebido o apelo, foram ofertas contrarrazões (fls. 759/761, 763/773 e 779/816), subindo os autos.

2. Comporta acolhida parcial o reclamo da autora **Associação do Transporte Rodoviário de Cargas do Brasil (ATR Brasil)** nos termos ao final consignados.

No que toca à questão de fundo não procede o inconformismo.

A pretensão ventilada é a de **extinção** da **tarifa de estacionamento** cobrada pelas empresas requeridas **Ecopatio Logística Cubatão Ltda**. e **Pinhal Rodopark Ltda**., alegadamente "autorizadas" pela **CODESP** e, para tanto, em síntese, apontando a autora o descabimento da tarifa porque: a) o art. 93 do Código de Trânsito prevê a obrigação da edificação que gere aumento de trânsito de oferecer estacionamento; b) atribuição pela Resolução CAP nº 5/2000 aos terminais de uso privativo, Arrendatários e Operadores Portuários não arrendatários e, por isso, se efetivou o credenciamento de Estacionamentos para a oferta de vagas, e que não poderia ser cobrada na forma da alínea E da Resolução CAP nº 6/2009. Por fim, assevera que em outros importantes portos no Brasil não é cobrada semelhante tarifa e que não podem seus associados arcar com a ineficiência da autoridade portuária a acarretar longa espera para o descarregamento.

Pese embora o elogiável esforço e erudição demonstrados pelo subscritor das razões de apelo não há como vicejar a pretensão de extinção da cobrança da tarifa para utilização dos estacionamentos privados credenciados pela autoridade portuária **CODESP.**

Por primeiro, convém tecer rápidas considerações sobre o teor das razões de apelo no que toca aos seus subsídios argumentativos a lastrear a pretensão.

À evidência, não servem de supedâneo à pretensão argumentos de ordem econômico-financeira relativos à alegada ineficiência do Porto de Santos a sobrecarregar injustamente os associados da autora.

Conquanto sejam plausíveis tais assertivas dizem elas respeito à própria essência da atividade comercial ou empresarial e que, em última análise, todos estamos sujeitos.

Por óbvio, sempre será possível uma melhora na eficiência ou ganho de produtividade com a adoção de novas tecnologias ou métodos de trabalho e, consequentemente, com reflexos positivos na atividade econômica.

Acesso ao Sumário

Todavia, não menos certo, é que tais variáveis não são capazes de impor, incontinente, sua adoção pelos órgãos públicos.

E isso, porque as regras da ciência comercial e econômica não são capazes de gerar, automaticamente, direitos e obrigações.

Circunscrevem-se, em verdade, ao campo do desejável, ou seja, servem como baliza para o futuro, mas não como suporte para o presente e o **dever ser**.

Dai por que, certamente a autora, entidade de classe que é, poderá atuar em outras searas a fim de sensibilizar as autoridades portuárias da alegada necessidade de avanço substancial na prestação dos serviços correspondentes à melhora do escoamento da produção nacional voltada ao exterior através do Porto de Santos.

Observe-se, entretanto, que a **CODESP** trouxe aos autos comprovação de que tem laborado para a melhora do Porto de Santos, inclusive no que toca à disponibilização de vagas de estacionamento e também para a melhor disciplina da circulação no local.

É o que se pode depreender das Resoluções ns. 108/206 e 101/2009, cf. fls. 524/540.

Aliás, é neste contexto que devem ser entendidos os exemplos enumerados pela autora e relativos aos outros portos do Brasil e que não cobrariam a tarifa de estacionamento ou que, segundo alega, são muito mais eficientes se comparados com o Porto de Santos.

Eventualmente, poderá haver migração das exportações para tais portos em razão da noticiada obsolescência do porto Paulista.

Porém, como dito acima, não é argumento capaz de constituir e criar direito à não cobrança almejada pela autora em favor de seus associados.

Em razão disso, a análise do presente recurso deve se fundar nos substratos normativos apontados pela autora **Associação do Transporte Rodoviário de Cargas do Brasil (ATR Brasil)** a saber: o disposto no art. 93 do Código de Trânsito e as Resoluções ns. 05/2000 e 06/2009 do Conselho da Autoridade Portuária.

Acesso ao Sumário

Da atenta compulsa dos documentos acostados aos autos bem como do cotejo das normas legais correspondentes ao pedido, reputo descabida a pretensão de extinção da tarifa de estacionamento.

De início, neste particular, a interpretação conferida pela autora ao disposto no art. 93 do Código de Trânsito Brasileiro não correspondente à intenção do legislador.

Dispõe o artigo em comento:

> **Art. 93. Nenhum projeto de edificação que possa transformar-se em polo atrativo de trânsito poderá ser aprovado sem prévia**

anuência do órgão ou entidade com circunscrição sobre a via e sem que do projeto conste área para estacionamento e indicação das vias de acesso adequadas.

A norma tem como objetivo salvaguardar a fluidez viária.

Neste ponto, ensina **Arnaldo Rizzardo**[1]:

"***Vê-se do dispositivo a preocupação em evitar pontos críticos para a circulação, o que é possível ocorrer quando as edificações resultarem em grande demanda de veículos para o local. Exigência prévia para a aprovação da construção consiste no exame das condições de acesso e na existência de uma infra-estrutura viária apta a dar vazão ao aumento do tráfego de veículos, incluindo ao projeto as áreas de estacionamento e a indicação das vias de acesso adequadas. A autoridade com mais gabarito para aquilatar a viabilidade do empreendimento é a do trânsito com jurisdição no local.***

...

Assim, há com o dispositivo em foco uma mudança no planejamento da cidade, com implicações nos próprios planos diretores."

A norma não obriga, ao contrário da pretensão da autora, a disponibilização de estacionamento **gratuito** aos usuários da edificação, aliás, não poderia fazê-lo sob pena de indevida ingerência na livre atividade comercial, cf. art. 170 da Constituição Federal.

Sobre este tema específico, convém trazer a colação os ensinamentos de **Eros Roberto Grau**[2]:

Inúmeros são os sentidos, de toda sorte, podem ser divisados no princípio, em sua dupla face, ou seja, enquanto liberdade de comércio e indústria e enquanto liberdade de concorrência. A este critério classificatório acoplando-se outro, que leva à distinção entre liberdade pública e liberdade privada, poderemos ter equacionado o seguinte quadro de exposição de tais sentidos: a) liberdade de comércio e indústria (não ingerência do Estado no domínio econômico): a.1) faculdade de criar e explorar uma atividade econômica a título privado – liberdade pública; a.2) não sujeição a qualquer restrição estatal senão em virtude de lei – liberdade pública; b) liberdade de concorrência: b.1) faculdade de conquistar a clientela, desde que não através de concorrência desleal – liberdade privada; b.2) proibição de formas de atuação que deteriam a concorrência – liberdade privada; b.3) neutralidade do Estado diante do

Acesso ao Sumário

1 In "**Comentários ao Código de Trânsito Brasileiro**", 6ª ed. Ver., atual. e ampl., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, págs. 224/225.

2 GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988**. 8ª ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 184.

fenômeno concorrencial, em igualdade de condições dos concorrentes – liberdade pública.

Obriga, isto sim, a consideração prévia do fluxo de veículos para garantir a circulação viária.

Desse modo, fácil perceber que se enquadra no âmbito da conveniência e oportunidade da Autoridade Portuária disponibilizar vagas **gratuitas** aos usuários, porquanto não há previsão legal alguma neste sentido.

Neste ponto, não há como deixar de se atentar para o fato, comprovado detalhadamente pela **CODESP**, de que disponibiliza um total de mais de **1800 vagas** em todas as dependências do Porto de Santos, vagas de estacionamento estas sem qualquer ônus para os usuários, cf. fls. 521/525 e documentos que acompanham.

Diferente é a situação das áreas de estacionamento administradas pelas correqueridas **Ecopatio Logística Cubatão Ltda**. e **Pinhal Rodopark Ltda**., onde há efetiva cobrança de tarifa para a sua utilização.

No entanto, não há como se pretender a extinção dessa cobrança.

Inicialmente, impõe observar que a seleção destas novas áreas de estacionamento se deu de forma regular sem qualquer ofensa a princípios de direito administrativo e com vistas, justamente, a um só tempo, conferir maior eficiência ao sistema portuário de escoamento de cargas bem como minorar os efeitos prejudiciais à circulação viária na região do Porto de Santos, atendendo inclusive, neste ponto, o disposto no supra citado art. 93 do CTB.

A seleção atendeu a critérios objetivos voltados, sobretudo, ao atendimento de determinados requisitos considerados indispensáveis pela Autoridade Portuária e que, conforme se observa da Resolução nº 101/2009, fls. 529/536 e, ainda, Regulamento Geral de Credenciamento (fls. 636/639), foram devidamente motivados e guardam razoabilidade com o fim proposto.

De mesmo modo, em nada impossibilitada a cobrança das tarifas de estacionamento porque decorrentes de atividade particular desvinculadas da atividade portuária inclusive com a prestação de inúmeros serviços aos seus usuários e, como dito acima, não sujeita à ingerência do Poder Público no que diz ao aspecto de cobrança de preço particular pela disponibilização das vagas.

Não se esqueça, ainda, que estas empresas operam em **áreas privadas** e não públicas, totalmente dissociadas das áreas públicas sob a administração da **CODESP**.

A circunstância peculiar da prévia seleção conforme diretrizes ditadas pela **CODESP** não tem o condão de desnaturar a atividade comercial privada das empresas **Ecopatio Logística Cubatão Ltda**. e **Pinhal Rodopark Ltda**. na medida em que se deu no âmbito da mera "certificação" de atendimento de requisitos, sem qualquer contraprestação financeira, seja pela autoridade

Portuária seja pelas empresas de estacionamento.

E, neste ponto, também releva notar que o teor da Resolução nº 6/2009 não se aplica ao caso em comento porque esta norma visa a disciplinar atividade distinta daquela aqui tratada, porque voltada aos caminhoneiros autônomos da região.

Uma vez mais, está inserta a matéria no âmbito da conveniência e oportunidade da Administração em eleger as atividades merecedoras da utilização de determinadas áreas públicas no melhor atendimento do interesse público.

Aliás, não se há falar em tratamento discriminatório porque, também como já salientado retro, também são disponibilizadas mais de 1800 vagas, sem qualquer ônus, para todo e qualquer usuário do Porto de Santos, inclusive em favor dos associados da autora.

Oportuno salientar que se diferenciam os **pátios reguladores** – caso das empresas requeridas – dos **estacionamentos rotativos**, caso das vagas ofertadas pela **CODESP** nas dependências do Porto de Santos e voltados especificamente para as operações de **carga e descarga** propriamente consideradas.

De outra parte, o fato de a Resolução nº 5/2000 do Conselho da Autoridade Portuária acometer a responsabilidade pela geração do tráfego aos Terminais Privativos, Arrendatários e Operadores Portuários não arrendatários não significa instituir a não cobrança dos usuários destes geradores de tráfego mas, sim, efetivamente, identificar tais geradores de tráfego.

E, assim, ato contínuo, permitir uma melhor disciplina da circulação dos usuários em toda a área portuária, dai por que, o credenciamento pela CODESP dos estacionamentos reguladores.

Em razão do exposto, fácil concluir que não encontra suporte jurídico a pretensão de não cobrança das tarifas de estacionamento nos intitulados **pátios reguladores** e, portanto, alternativa não restava senão a improcedência da demanda.

Por fim, entretanto, comporta pequeno reparo a r. Sentença no que toca ao ônus de sucumbência.

Isto porque, conquanto vencida a autora, não se mostra adequada a fixação dos honorários advocatícios por ela devidos às requeridas no percentual individual de **dez por cento** do valor da causa.

No caso em exame, a fixação dos honorários deve observar o teor do art. 20 e seus parágrafos do CPC, em especial a natureza da demanda, sua mediana complexidade e, ainda, a equidade.

Desta forma, sem demérito das laboriosas atuações dos advogados das requeridas, hei por bem em reduzir os honorários advocatícios devidos pela

Acesso ao Sumário

autora para **5% (cinco por cento) do valor da causa** em favor da cada uma delas, além do pagamento das custas e despesas do processo.

No mais, fica mantida a r. Sentença por seus próprios e jurídicos fundamentos inclusive na forma do art. 252 do Regimento Interno da Corte.

3. Ante todo o exposto, pelo meu voto, dou provimento em parte ao apelo de **Associação do Transporte Rodoviário de Cargas do Brasil** para o fim exclusivo de reduzir os honorários advocatícios de sucumbência devidos a cada uma das requeridas para 5% (cinco por cento) do valor atualizado da causa, mantida no mais a r. Sentença recorrida.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0041983-43.2013.8.26.0577, da Comarca de São José dos Campos, em que é apelante MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO, é apelada UNIVERSIDADE ESTADUAL PAULISTA JÚLIO DE MESQUITA FILHO – UNESP.

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 14334)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores MOREIRA DE CARVALHO (Presidente) e CARLOS EDUARDO PACHI.

São Paulo, 17 de dezembro de 2014.

OSWALDO LUIZ PALU, Relator

Ementa: APELAÇÃO CÍVEL. Ação Civil Pública. Insurgência contra o uso de formaldeído na técnica de preparo e conservação de peças anatômicas na UNIVERSIDADE ESTADUAL PAULISTA 'JULIO DE MESQUITA FILHO', campus de São José dos Campos.

Ausência completa de prova do alegado. Ausência de impedimento legal quanto à utilização da substância. Alegados problemas de estocagem e cuidados ambientais indispensáveis para o descarte do produto.

Conjunto probatório hábil a demonstrar que a requerida adota todas as providências ambientais

Acesso ao Sumário

necessárias ao devido descarte e estocagem do material. Relatório do Ministério Público do Trabalho e do órgão de vigilância sanitária unânimes no sentido de que a requerida adota as medidas preventivas e de segurança do trabalho previstas nas legislações especializadas. Ausência de dano ou possibilidade de dano à saúde.

Sentença de improcedência do pedido mantida. Negado provimento ao recurso.

VOTO

I. RELATÓRIO

Cuida-se de recurso de apelação interposto contra r. sentença de **fls. 361/363** que, nos autos da ação civil pública aforada pelo **MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO** em face da **UNIVERSIDADE ESTADUAL PAULISTA "JÚLIO DE MESQUITA FILHO"**, julgou improcedente o pedido nos termos do art. 269, inciso I, do CPC. O Ministério Público aforou a presente ação objetivando que a requerida adotasse o **método da glicerinação** e cessasse o emprego do formaldeído (**formol**) na técnica de preparo e conservação das peças anatômicas em razão de seu potencial carcinogênico e aumentar em 34% as chances de uma pessoa normal desenvolver esclerose lateral múltipla. Inconformado com a improcedência do pedido apela o Ministério Público (**fls. 364/372**) reiterando o pedido inicial sob o fundamento de dano potencial gerado pela conduta da requerida consubstanciado em entendimento científico e legal que o uso do **formol** é cancerígeno e acarreta sérios problemas de saúde no aspecto respiratório e acentua as chances de ser desenvolvida esclerose lateral múltipla, sob pena de pagamento de multa no valor de R$ 1.000,00 a ser destinada ao Fundo Estadual de Reparação de Interesses Difusos Lesados. Recebido o recurso (**fls. 373**) sobrevieram contrarrazões (**fls. 374/377**) e parecer da d. Procuradoria de Justiça, do ilustre Dr. José Ricardo Vieira de Freitas no sentido de manter a r. sentença **(fls. 383/386). É o relatório.**

II. FUNDAMENTO E VOTO

1. Pelo meu voto, **nego provimento ao recurso.**

2. Conforme se depreende pela inicial, após instauração de **Inquérito Civil nº 563/2011-1** noticiando que a Faculdade de Odontologia de São José dos Campos utiliza o formaldeído na conservação de órgãos e corpos e peças anatômicas para ensino aos alunos no laboratório do **Instituto de Ciências Biomédicas**, foi constatado que tal substância pode causar danos à saúde dos alunos, funcionários e técnicos que frequentam este laboratório, razão pela qual pretende seja a requerida compelida à utilização do método de **glicerinação**

Acesso ao Sumário

para minimizar os riscos ocupacionais. Aduz serem notórios os problemas de estocagem e os cuidados ambientais para o descarte da substância química. No entanto, examinando o conjunto probatório dos autos depreende-se que o pedido da ação não comporta procedência.

3. Prima facie cumpre esclarecer que, pela prova dos autos, não há impedimento legal acerca da utilização do formaldeído para conservação de peças anatômicas usadas em pesquisa científica em universidades pátrias, sendo que existe vedação é para a comercialização do formol em estabelecimentos comerciais como farmácias, supermercados.

Não obstante seja patente os riscos gerados pela utilização sem controle de tal substância, cumpre salientar que, desde que sejam adotadas as medidas preventivas e de segurança para o manuseio, manipulação, estocagem e descarte do produto, tal uso é permitido em certas circunstâncias. A **UNIVERSIDADE ESTADUAL PAULISTA "JÚLIO DE MESQUITA FILHO"** demonstrou que todos os procedimentos para descarte dos resíduos químicos perigosos seguem a orientação do **Programa de Gerenciamento de Resíduos da Pró-Reitoria da UNESP**, cujo objetivo é o de criar uma cultura responsável de geração de resíduos, baseada em trabalho cooperativo entre gerador e universidade nas questões que envolvam minimização, segregação e destinação dos resíduos gerados.

4. As informações prestadas pelo responsável pela disciplina de **Histologia e Embriologia da Faculdade de Odontologia** do 'campus' de São José dos Campos (**fls. 52/53**) noticia minudentemente os cuidados utilizados com a utilização do formol. O trabalho acadêmico juntado às **fls. 288/317** demonstra que o método da **glicerinação** não obvia integralmente a utilização do formol, não ao menos em todas as suas etapas, porquanto este, em caso de processamento histológico, p. ex., se mostra mais eficiente do que a glicerinação, conforme consta dos autos. A Secretaria Municipal de Saúde, por meio de ofício emitido pela Vigilância Sanitária (**fls. 212/213**), relatou que a requerida tem realizado providências para a substituição gradativa do formaldeído por glicerina no processo de conservação de peças anatômicas. O relatório de arquivamento emitido pela representante do Ministério Público do Trabalho (**fls. 328/329**) para instruir o inquérito civil respectivo foi expresso no sentido de, a seu juízo, inexistirem fundamentos para propositura de ação civil pública diante do fato de a **UNIVERSIDADE ESTADUAL PAULISTA "JÚLIO DE MESQUITA FILHO"** estar cumprindo a todas as requisições expedidas:

> "Trata-se o presente procedimento de Inquérito Civil instaurado para a apuração de irregularidades quanto à matéria meio ambiente, residual em procedimento que tramitou perante outro ramo do MP. Nesse sentido, foi informado que a inquirida não possuía protocolo para manipulação do formol e procedimentos de higienização e uso dos EPI's relativo

Acesso ao Sumário

aos departamentos que se utilizem de tal substância, em especial o de Anatomia, no campus de São Carlos.

Compulsando-se os autos verifica-se não haver divergências quanto ao uso dos EPI's pelos trabalhadores ou relacionadas a pagamentos de adicional, fls. 302/303 e autos remetidos, mas sim a inexistência de elaboração de protocolo e plano de ação para a manipulação de formol e substâncias de conservação pela inquirida – NR 09/PRA.

Após notificada a empresa anexou aos autos o PPRA, com tópico expresso quanto ao assunto e protocolo de manuseio de formol. Contudo, referido documento estava com prazo de validade expirado. Novamente notificada, a universidade anexou aos autos novo documento, elaborado no curso do procedimento, com a inclusão das unções que se utilizam da substância e EPI's respectivos, fls. 19 e seguintes do PPRA.

Pois bem. Os documentos anexados aos autos demonstram que a investigada espontaneamente regularizou toda a matéria objeto do presente procedimento. Ainda, a solicitude da investigada em atender a todas as requisições deste órgão demonstra a sua intenção em cumprir a legislação.

Nestes termos, considerando que o PPRA foi elaborado, inclusive para o atual período, nos termos propostos por este órgão, reputo ausentes fundamentos mínimos para a propositura de eventual ação civil pública quanto ao tema. No caso, seria mesmo temerária a medida judicial, já que as investigadas não se recusaram a solucionar as irregularidades investigadas, assim como cumpriu a todas as requisições expedidas.

Considerando todo o acima e tendo em vista o resultado da instrução, NÃO há nos autos fundamentos para a propositura de ação civil pública, fato que autoriza, nos termos do artigo 9º da Lei nº 7.347/85 e artigo 10 da Resolução 69/2007, o arquivamento do presente inquérito civil."

5. Verifica-se que, por determinação do MM. Juiz de 1.ª Instância às fls. 330 fora oficiado às **Faculdades de Odontologia da Universidade de São Paulo – USP, campus de Bauru e Ribeirão Preto e a Faculdade de Odontologia da 'UNIVAP'** para informarem sobre a metodologia utilizada na conservação de peças anatômicas (**formaldeído ou glicerinação**), bem como as medidas preventivas adotadas na armazenagem e descarte de resíduos químicos. As respostas à determinação (**fls. 335/354**) foram similares no sentido de se utilizarem do formaldeído e que as medidas preventivas e de segurança do trabalho adotadas para a manipulação, armazenagem e descarte do produto são semelhantes àquelas utilizadas pela requerida.

6. Deste modo, constata-se que, sobre não existir impedimento legal à utilização do formaldeído para a conservação das peças anatômicas, no caso, o Ministério Público não demonstrou que a **UNIVERSIDADE ESTADUAL PAULISTA "JÚLIO DE MESQUITA FILHO"** esteja descumprindo protocolos

de segurança exigidos para a manipulação, armazenagem e descarte do produto. Ao contrário, houve a comprovação de que a requerida tem aprimorado sua metodologia de conservação das peças anatômicas do formaldeído para a glicerinação gradativamente e que, ainda, outras universidades noticiaram que se utilizam da mesma técnica adotada pela **UNIVERSIDADE ESTADUAL PAULISTA** "**JÚLIO DE MESQUITA FILHO**", razão pela qual a r. sentença deve ser mantida integralmente.

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

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0011795-24.2012.8.26.0053, da Comarca de São Paulo, em que é apelante (...), 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: "Negaram provimento ao recurso. V.U. Sustentou oralmente o Apelante, em causa própria, o Dr. (...), OAB: (...)/SP.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 22.661)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores LUIS GANZERLA (Presidente), OSCILD DE LIMA JÚNIOR e AROLDO VIOTTI.

São Paulo, 11 de novembro de 2014.

LUIS GANZERLA, Relator

Ementa: RESPONSABILIDADE CIVIL – Ação de indenização por danos morais contra a Fazenda, em razão de decisão judicial lavrada em outro processo – Decisão judicial fundamentada – Exercício regular da função jurisdicional – Falta de demonstração de ofensa à honra subjetiva e de nexo causal – Sentença de improcedência mantida – Recurso não provido.

Acesso ao Sumário

VOTO

O recorrente, (...), ajuizou ação dirigida a **Fazenda Pública do Estado de São Paulo**, com o intuito de obter indenização por danos morais, em razão de decisão judicial que lhe teria sido ofensiva.

Narra ter proposto, perante a C. 14ª Vara Cível de São Paulo, SP, execução por título extrajudicial dirigida a (...) e obtido a penhora no rosto dos autos em

outro processo, em trâmite na C. 1ª Vara Cível do Foro Regional da Barra da Tijuca, Rio de Janeiro, RJ, com subsequente transferência de numerário, oriundo de venda em hasta pública de imóvel no Juízo fluminense. Na sequência, nos autos da execução, em São Paulo, autorizou-se o levantamento.

Ainda explica ter a arrematante do imóvel, no processo em trâmite na 1ª Vara Cível do Foro Regional da Barra da Tijuca, Rio de Janeiro, RJ, interposto agravo de instrumento, provido pelo Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, com determinação de restituição do valor levantado.

Aponta, primeira determinação do C. Juízo da 14ª Vara Cível de São Paulo para a devolução do numerário e, na sequência, após embargos declaratórios, outra decisão, ambas causadoras de dano moral, pois altamente ofensivas. Termina por pedir a procedência, fixado o montante indenizatório "*... a partir de R$ 129.520,56...*" e, também, a definitiva retirada das decisões consideradas ofensivas do *site* deste Tribunal e em outros de busca, como *Google, Yahoo, Bing*, dentre outros.

Pediu a tutela antecipada para suspender as publicidades daquelas decisões também nos *sites* referidos e pleiteou o deferimento do segredo de justiça neste processo (fls. 2/44).

A antecipação tutelar foi indeferida, bem como o pleito de segredo de justiça, motivo pelo qual interpôs o agravo de instrumento, não provido (AI N.º (...), São Paulo, DM (...)–AI , desta relatoria).

Sobreveio a r. sentença de improcedência, condenado o demandante nas custas, despesas processuais e honorários advocatícios fixados em 10% do valor da causa (fls. 765/769).

Inconformado, recorre o vencido, na busca de inverter o decidido com pedido de condenação da ré por litigância de má-fé e, alternativamente, pleiteia a redução da verba honorária (fls. 782/822).

Contrariado o recurso, os autos foram remetidos a este Tribunal (fls. 860/873).

É o relatório, em acréscimo ao da r. sentença recorrida.

Expressa o art. 5.º, LXXV, da Constituição Federal:

"**O Estado indenizará o condenado por erro judiciário, assim como que ficar preso além do tempo fixado na sentença.**"

Desta forma, pela Lei Magna só o **condenado por erro judiciário** e o que ficar **preso além do tempo fixado na sentença** condenatória terá direito a responsabilizar o Estado por eventual dano sofrido.

Assim, não se aplica ao Estado o princípio da responsabilidade objetiva por atos do Poder Judiciário, salvo os casos expressamente declarados em lei.

A respeito, leciona **HELY LOPES MEIRELLES**:

Acesso ao Sumário

"Para os atos administrativos, já vimos que a regra constitucional é a responsabilidade objetiva da Administração. Mas, quanto aos atos legislativos e judiciais, a Fazenda Pública só responde mediante a comprovação de culpa manifesta na sua expedição, de maneira ilegítima e lesiva. Essa distinção resulta do próprio texto constitucional, que só se refere aos agentes administrativos (servidores), sem aludir aos agentes políticos (parlamentares e magistrados), que não são servidores da Administração Pública, mas sim membros de Poderes de Estado (...) O ato judicial típico, que é a sentença ou decisão, enseja responsabilidade civil da Fazenda Pública, nas hipóteses do art. 5º, LXXV, da CF/88. Nos demais casos, tem prevalecido no STF o entendimento de que ela não se aplica aos atos do Poder Judiciário e de que o erro judiciário não ocorre quando a decisão judicial está suficientemente fundamentada e obediente aos pressupostos que a autorizam" ("Direito Administrativo Brasileiro", Malheiros Editores, 40ª edição, págs. 747 e 748).

Infere-se dos autos, o apelante foi intimado perante o C. Juízo da 14ª Vara Cível do Foro Central de São Paulo, SP, para depositar nos autos, no prazo de cinco dias, a integralidade do numerário levantado, em atendimento ao decidido pelo Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro (fls. 160/161).

Na sequência, o apelante opôs embargos de declaração, rejeitados, por decisão prolatada nos seguintes termos (fls. 182/183):

"*Rejeito.*

Mantenho inalterada a r. decisão interlocutória de fls. 236/237 dos autos por seus próprios e jurídicos fundamentos.

Os argumentos sustentados pelo credor esbarram nos limites da litigância de má-fé e não podem ser aceitos sob pena de compactuarmos com o desrespeito à legítima ordem emanada do Juízo da 1ª Vara Cível Regional da Barra da Tijuca.

Nada justifica a desobediência ao comando jurisdicional legitimamente lançado pelo Juízo carioca.

Note-se que ao optar pelo precipitado levantamento, o credor assumiu o risco de reversão da ordem que lhe foi favorável e deve atender aos comandos impostos por este Juízo.

Em prazo improrrogável de 24 horas, venha então aos autos o depósito judicial restituindo o montante levantado, sob pena de adoção de outras providências, inclusive junto à OAB.

Comunica-se ainda ao Juízo referido – com urgência – da concessão de novo prazo para que a parte providencie o depósito determinado.

Intime-se." (fls. 182/183)

Acesso ao Sumário

O apelante explica, em suas razões recursais, ser esta decisão a que considerou abusiva e desnecessária, ofensiva à sua honra subjetiva e objetiva, pois dá a entender como ilegal o levantamento do numerário normalmente realizado (fls. 800).

Ensina **DAMÁSIO DE JESUS** a distinção entre os institutos calúnia, difamação e injúria:

"Enquanto na calúnia existe imputação de fato definido como crime, na difamação o fato é meramente ofensivo à reputação do ofendido. Além disso, o tipo da calúnia exige o elemento normativo da falsidade da imputação, o que é irrelevante no delito de difamação, salvo na hipótese do parágrafo único do art. 139. Enquanto na injúria o fato versa sobre qualidade negativa da vítima, ofendendo-lhe a honra subjetiva, na difamação e na calúnia há ofensa à reputação, versando sobre fato a ela ofensivo ou criminoso. Nesse sentido: RT, 646:293." (*in* Código Penal Anotado, editora Saraiva, 21ª edição, nota ao art. 138, pág. 567).

Extrai-se, portanto, pela leitura da decisão transcrita inexistir na decisão conotação ofensiva, caracterizadora de ofensa às honras objetiva e subjetiva do apelante.

Consigne-se, na condução do processo, o magistrado apenas deu cumprimento ao determinado pelo Poder Judiciário fluminense e, se advertiu o apelante das consequências da recalcitrância – algo normal em casos como o ora tratado – o fez em razão da demora no atendimento de sua decisão.

E, ressalte-se, se no momento do levantamento do numerário não havia ilegalidade, o mesmo não se pode afirmar por ocasião da intimação do apelante para o depósito, pois a retenção do valor já não mais era possível, ante a reversão ocorrida no Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro.

Não se deu, assim, erro judiciário ou ato ilegal de molde a ensejar a responsabilidade civil.

Nesse sentido, decidiu o C. Órgão Especial desta Corte, em caso semelhante, no julgamento do Processo Crime de Calúnia, Injúria e Difamação de Competência do Juiz Singular nº 2095255-63.2014.8.26.0000, Sorocaba, j. 17.09.2014, rel. **DES. ROBERTO MORTARI**, com a seguinte ementa:

> *Queixa-Crime. Imputação de crimes de calúnia e difamação a Magistrada. Juíza que, na condução do processo, e sem extrapolar os seus termos, limitou-se a lançar crítica contra comportamento processual inadequado da parte, advertindo-a quanto às consequências de eventual reiteração. Proceder que não pode ser visto como atentatório à honra alheia, especialmente porque realizado sem contornos de pessoalidade, apenas com vista à preservação da boa-fé processual. Evidente falta de justa causa para a instauração da ação penal privada. Rejeição liminar da inicial acusatória.*

De toda forma, ressalte-se, a decisão questionada e que seria ofensiva foi reformada por este E. Tribunal, conforme se verifica no v. aresto da C. 25ª Câmara de Direito Privado, proferido no agravo de instrumento nº (...), São Paulo, j. (...), rel. **DES. SEBASTIÃO FLÁVIO** (fls. 286/294).

Acesso ao Sumário

Não prospera, assim, o pleito de indenização por dano moral, pois para sua configuração indispensável a comprovação do evento danoso e do nexo causal, não demonstrado no caso vertente e, tampouco, se verificou qualquer agressão, ofensa, por humilhação ou vexame ao apelante.

Certo ter o apelante produzido prova documental e testemunhal para alicerçar sua tese, mas insuficientes para atingir a pretensão almejada.

A documental consiste em troca de e-mails com o Dr. (...), advogado, ouvido também como testemunha, o qual afirmou ter questionado o recorrente a respeito da motivação da determinação judicial e, após as explicações, a empresa da qual era sócio a testemunha, manteve-se como cliente, sem repercussões outras (fls. 657/663, 6769/680(sic)).

Também foi ouvida a Dra. (...), colega de escritório de advocacia do apelante, cuja titular é a genitora da testemunha, a qual discorreu sobre o mal-estar ocorrido no ambiente interno, após a decisão judicial questionada, inclusive com alguns clientes na busca de informações sobre o ocorrido e uma empresa, (...) S/A., que pretendia ser patrocinada por outro advogado da banca, o que não se deu; e que o recorrente viu-se obrigado a prestar esclarecimentos à titular do escritório (fls. 681/682).

Já a Dra. (...), também colega de escritório do recorrente, explicou sobre o mal-estar ocorrido no ambiente de trabalho e que o apelante ficou nervoso à época (fls. 683/684).

Esse conjunto probatório, sem dúvida, indica a situação desagradável pela qual passou o apelante, mas não demonstra prejuízo à sua imagem ou dano à sua saúde, física ou mental, suficiente para embasar pleito indenizatório por dano moral.

Clientes da banca advocatícia não se afastaram, aos que o questionaram o recorrente teve condições de explicar o que acontecia, inclusive à titular do escritório e seus colegas de trabalho. Alcança-se, além do desconforto não sofreu prejuízo maior.

E, ressalte-se, sempre com a devida vênia, não se pode culpar o magistrado que proferiu a decisão questionada pela forma firme e, até, pode-se dizer, acre, com a qual buscou que se cumprisse determinação anterior. Tratava-se de reiteração de sua ordem judicial anterior – não cumprida, até aquele momento, pelo apelante – e que se lastreava em decisão emanada do Poder Judiciário do Estado do Rio de Janeiro. Poder-se-ia ponderar por ser áspera, mas não ofensiva, mesmo porque, reitere-se, tinha por base decisão lavrada em outro Estado da Federação.

O alegado incômodo circunstancial vivenciado pelo recorrente, não se apresenta suficiente para a caracterização de prejuízo moral a ser reparado.

A indenização pelo dano moral somente poderá ocorrer se o Estado,

por meio de seus agentes, efetivamente agredir os direitos relativos à honra, intimidade, imagem e vida privada, de forma evidente e antijurídica.

Explana **RUI STOCO**, em Tratado de Responsabilidade Civil, R.T., 7ª edição, págs. 1683/1684, a respeito: "Em período de preocupante exacerbação extrema, quando lamentavelmente são propostas ações buscando a reparação do dano moral por questões de nonada... mas com pretensão de reparação exagerada, não se pode alçar a essa importante categoria – de origem constitucional de proteção à personalidade e à honra – meras idiossincrasias... o desconforto, mero enfado, o susto passageiro... o dissabor momentâneo, a maior irritabilidade... a especial maneira de ver, de sentir, de reagir, própria de cada um, não pode ser objeto de consideração".

Nesse sentido, os vv. arestos do STJ, no REsp 993.234, rel. **MIN. HUMBERTO GOMES DE BARROS**, Terceira Turma; REsp 1.045.591, rel. **MIN. ALDIR PASSARINHO JÚNIOR**, Quarta Turma; AgR no REsp 846.273, rel. **MIN. HUMBERTO GOMES DE BARROS**, Terceira Turma; REsp 689.213, rel. **MIN. JORGE SCARTEZZINI**, Quarta Turma; REsp 403.919, rel. **MIN. CESAR ASFOR ROCHA**, Quarta Turma; REsp 664.115, rel. **MIN. CARLOS ALBERTO MENEZES DIREITO**, Terceira Turma; REsp 898.005, rel. **MIN. CESAR ASFOR ROCHA**, Quarta Turma, com a seguinte ementa:

> "*o mero dissabor não pode ser alçado ao patamar do dano moral, mas somente aquela agressão que exacerba a naturalidade dos fatos da vida, causando fundadas aflições ou angústias no espírito de quem ela se dirige*".

Outrossim, inexiste a ilegalidade ou agressão aos direitos subjetivos, de forma evidente e antijurídica, a publicidade das decisões proferidas pelo C. Juízo da 14ª Vara Cível da Capital.

A decisão prolatada em primeira instância, reformada por esta C. Corte, não se apresentou suficiente para a caracterização de prejuízo moral que tivesse sido causado ou merecesse ser reparado.

E, sem a comprovação do nexo causal, não há como se alterar a decisão de improcedência da demanda.

Nesse sentido, os vv. arestos desta 11ª Câmara nas ap. 0016643-29.2011.8.26.0590, v 21.142, j. 29.01.2013, São Vicente e ap. nº 0011299-65.2011.8.26.0526, Salto, j. 22.01.2013, v 21.119, ambos desta relatoria; ap. nº 0383818-59.2009.8.26.0000, Ibitinga, j. 07.11.2011, rel. ap. nº 0310898-87.2009.8.26.0000, São Bernardo do Campo, j. 07.11.2011, ambos do rel. **DES. OSCILD DE LIMA JÚNIOR** e ap. nº 0004783-80.2002.8.26.0320, Limeira, j. 13.02.2012, rel. **DES. PIRES DE ARAÚJO**, com a seguinte ementa:

> "*Ação indenizatória – danos materiais – necessidade de comprovação da culpa e do nexo de causalidade – Conjunto probatório que não é capaz de afirmar a responsabilidade das rés – Cabe a autora fazer prova*

Acesso ao Sumário

dos fatos constitutivos do seu direito, inteligência do art. 333, I do CPC – recurso provido."

Assim, não há como se impedir que as decisões judiciais permaneçam disponíveis no *site* deste C. Tribunal, pena de ferir o princípio da publicidade dos atos processuais, previsto no art. 93, IX, da Constituição Federal.

A publicação e disponibilidade nos *sites* oficiais e não oficiais das decisões processuais, com livre acesso a todos os interessados, garantem à sociedade, não somente às partes, o direito de conhecer e acompanhar os atos judiciais, bem como a efetiva prestação jurisdicional.

Ao ser publicada a decisão judicial é conferida a eficácia legal. Nesse sentido, ensina **HELY LOPES MEIRELLES**, "A publicidade não é elemento formativo do ato; é requisito de eficácia e moralidade." (*in* Direito Administrativo Brasileiro, ed. 37, Malheiros, pág. 96).

Com efeito, a publicidade dos atos judiciais traz a transparência, segurança jurídica e fiscalização dos atos emanados pelo Poder Judiciário.

Cabe consignar, a publicação das decisões judiciais, disponibilizadas nos *sites* oficiais dos Tribunais, tornam-se oficiais, e substituem qualquer outro meio de publicação, conforme determina a Lei Federal nº 11.419/2006.

Nesse sentido, o v. aresto do STJ no REsp 1186276/RS, rel. **MIN. MASSAMI UYEDA**, Terceira Turma, j. 16.12.2010, DJe 03.02.2011, com a seguinte ementa transcrita na parte que cabe a este julgado:

"*I – Com o advento da Lei n. 11.419/2006, que veio disciplinar '(...) o uso de meio eletrônico na tramitação de processos judiciais, comunicação de atos e transmissão de peças processuais', a tese de que as informações processuais fornecidas pelos sites oficiais dos Tribunais de Justiça e/ou Tribunais Regionais Federais, somente possuem cunho informativo perdeu sua força, na medida em que, agora está vigente a legislação necessária para que todas as informações veiculadas pelo sistema sejam consideradas oficiais.*

II – A razão desta interpretação é consentânea com o art. 4º, caput e § 2º da Lei n. 11.419/2006, que expressamente apontam, in verbis: '(...) Art. 4º. Os tribunais poderão criar Diário da Justiça eletrônico, disponibilizado em sítio da rede mundial de computadores, para publicação de atos judiciais e administrativos próprios e dos órgãos a eles subordinados, bem como comunicações em geral.(...) § 2º A publicação eletrônica na forma deste artigo substitui qualquer outro meio e publicação oficial, para quaisquer efeitos legais, à exceção dos casos que, por lei, exigem intimação ou vista pessoal.'

(...)

IV – A atual conjuntura legislativa e jurisprudencial é no sentido de, cada vez mais, se prestigiar a divulgação de informações e a utilização de

Acesso ao Sumário

recursos tecnológicos em favor da melhor prestação jurisdicional, com evidente economia de recursos públicos e em harmonia com o que dispõe o art. 5º, inciso LXXVIII, da Carta Republicana.

V – Recurso especial improvido.

Do mesmo modo, correta a sentença recorrida ao indeferir o pedido de segredo de justiça, pois não se antevê a necessidade do excepcional tratamento, no caso vertente.

Estabelece o art. 5º, inc. LX, da Constituição Federal, "**a lei só poderá restringir a publicidade dos atos processuais quando a defesa da intimidade ou o interesse social o exigirem**".

Os casos de concessão de segredo de justiça estão previstos no art. 155, incisos I e II, do Cód. de Processo Civil, como aqueles em que se exige o interesse público ou que dizem respeito a casamento, filiação, separação dos cônjuges, conversão deste em divórcio, alimentos e guarda de menores.

Assim, não se constata, nesta ação de indenização por danos morais, o interesse público na concessão do sigilo processual, o que obstaria o direito à informação processual e efetiva prestação judicial.

Ao sopesar o interesse particular da parte e o interesse da coletividade, percebe-se que aquela não se sobrepõe ao interesse público da sociedade de conhecimento dos atos judiciais.

Não se justifica, portanto, a concessão de segredo de justiça, considerada a relevância da matéria e a necessidade de ampla publicidade processual.

Com esse quadro, não procede a pretensão do demandante, de rigor, portanto, o reconhecimento da improcedência dos pedidos formulados.

No tocante aos honorários advocatícios, devem ser mantidos, pois forma de retribuição a patrocínio satisfatório por profissional com nível universitário, em ação de razoável complexidade, com produção de farta prova documental e prova oral, ouvidas de três testemunhas.

Por fim, não há se falar em má-fé por parte da acionada, por não se vislumbrar qualquer atuação temerária, a fim de justificar a aplicação da penalidade.

A respeito, já decidiu o Superior Tribunal de Justiça:

"*Para a condenação em litigância de má-fé, faz-se necessário o preenchimento de três requisitos, quais sejam: que a conduta da parte se subsuma a uma das hipóteses taxativamente elencadas no art. 17 do CPC; que à parte tenha sido oferecida oportunidade de defesa (CF, art. 5º, LV); e que da sua conduta resulte prejuízo processual à parte adversa*" *(RSTJ 135/187, 146/136).*

O caso é, assim, de **não provimento** do recurso interposto por (...) em relação à ação dirigida à **Fazenda do Estado de São Paulo** (ref. proc. nº (...) –

Acesso ao Sumário

8º Ofício da Fazenda Pública 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. MARCOS 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 0007800-67.2009.8.26.0292, da Comarca de Jacareí, em que é apelante/apelada PREFEITURA MUNICIPAL DE JACAREÍ, é apelado/apelante MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em 2ª Câmara Extraordinária de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento aos recursos. V.U. Sustentou oralmente a Dra. Luciana Rangel Nogueira Bento.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 23467)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores PAULO DIMAS MASCARETTI (Presidente) e MARREY UINT.

São Paulo, 27 de novembro de 2014.

RODRIGUES DE AGUIAR, Relator

Ementa: APELAÇÃO – AÇÃO CIVIL PÚBLICA AMBIENTAL – Sítio familiar com edificação de casa situado em parte de APP e de APA – Loteamento "Recanto dos Pássaros" aprovado e registrado em 1975 – Demolição – Não cabimento à espécie, pois ausente violação à legislação ambiental, mesmo porque editada após o loteamento (1989 e 2002), cuja aplicação contrariaria direito adquirido e ato jurídico perfeito – Ademais, os laudos elaborados pelos órgãos ambientais não confirmam a totalidade dos alegados danos ao meio ambiente – Precedente – Sentença mantida – RECURSOS IMPROVIDOS.

Acesso ao Sumário

VOTO

1. Apelação do réu MUNICÍPIO DE JACAREÍ (fls. 400/ss), seguida de Recurso Adesivo do MPSP, contra r. sentença (fls. 386/ss) proferida em Ação Civil Pública movida pelo MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO contra o apelante e YUTAKA PEREIRA LIMA, por meio da qual o autor pretende sejam os réus condenados às obrigações de: 1) não fazer em lote considerado como APA – área de preservação ambiental e APP – área de preservação permanente: a) qualquer outro tipo de edificação; b) intervenções indevidas, tais como terraplanagem, desmatamento, queimadas; c) conceder qualquer tipo de licença deste jaez; 2) fazer: a) demolição de edificação inacabada existente na referida área e remoção do respectivo entulho; b) restaurar o respectivo imóvel ao *status quo ante*; 3) pagamento de multa diária de R$ 5.000,00 para o caso de atraso do cumprimento; 4) indenização dos danos ambientais apurados.

2. Na inicial sustenta o autor ministerial, em síntese, que o réu Yutaka edificou residência em área considerada pela legislação ambiental como APA – área de preservação ambiental e APP – área de preservação permanente, sem as devidas licenças ambientais, a despeito de obtido licença para construir junto ao respectivo setor da Prefeitura de Avaré, a qual não deveria ser expedida sem o prévio licenciamento ambiental. Esclarece que a edificação do imóvel e sua permanência no local, conhecido como loteamento "Recanto dos Pássaros", causou e vem causando danos ambientais ao solo, à vegetação e aos recursos hídricos locais, o que é vedado pela legislação que cita.

3. A r. sentença proferida pelo MMº Juiz Paulo Alexandre Ayres de Camargo julgou parcialmente procedente a ação, de modo a autorizar o réu Yukata a manter e ocupar o imóvel, utilizando como mero sítio de recreio, mas vedando-se modificações, ressalvada a mera manutenção da construção, de maneira a viabilizar a ocupação, ficando à requerida Municipalidade vedada a concessão de novas licenças relativas ao imóvel. No que tange à matéria ***preliminar***, fundamentou o d. juiz que: a) a inicial não é inepta porque o autor não seria obrigado a requer o cancelamento de registro do loteamento se essa não é sua intenção; b) ficou prejudicada a alegada conexão entre a presente ação e a que gerou o Proc. nº 2083/03, processado na 2ª Vara Cível local, dada a prova de que esta última já foi julgada, realçando que o Proc. de nº 865/2005 sequer tem relação com o objeto desta ação; c) o requerido Yutaka é parte legítima passiva à presente ação porque é proprietário do imóvel, conforme respectiva matrícula (fls. 352/s); d) asseverou que relativamente ao litisconsórcio passivo é ele do tipo facultativo, pois o autor poderia escolher demandar os dois conjuntamente, não estando pois obrigado a isso; no ***mérito*** o d. julgador *a quo* fundamentou que: a) o loteamento *Recanto dos Pássaros* em relação ao qual foi edificado o imóvel, foi aprovado e registrado em 1975, época em que não vigiam as Leis 9.985/2000,

Acesso ao Sumário

a MP 2.166/2001 e a Resolução do CONAMA nº 302/2002, motivo pelo qual improcede a alegação de que o loteamento foi irregular, já que efetivado em conformidade com a legislação vigente à época do fato; b) quanto à edificação, realça que à sua época vigiam a Lei 4.771/65 (Código Florestal), o Decreto 750/93, Lei 6.938/81, a CF/88 e o Decreto 87.561/82, ressaltando que o citado Código não especificou quais as distâncias abrangidas pelas APPs ao redor de reservatórios de águas naturais ou artificiais, tal como lagoas e lagos, de maneira que a questão necessitava de regulamentação infralegal. Essa regulamentação – enfatiza o d. Juiz –, só ocorreu pela Res. 302/2002 do CONAMA, que restringiu o direito de propriedade e não pode ter vigência retroativa, observando-se que tal limitação só poderia ocorrer por lei; ainda lembra o d. juiz que direitos já existentes não poderiam ser atingidos por resolução de efeito retroativo; frisa que a criação da APP, pelo Decreto 87.561/82, não veda expressamente a ocupação da área e a própria Lei 9.985/2000 autoriza a ocupação da área, desde que observada as restrições nelas previstas; acrescenta que o requerido Yutaka não praticou as vedações existentes no Decreto 87.561/82, art. 6º, § 1º, uma vez que a edificação (sítio de recreio – fls. 49/54) não está apta a provocar acelerada erosão de terras, nem assoreamento das coleções hídricas, nem ameaçar a extinção de espécies raras da biota regional; as fotografias de fls. 55 não mostram sensível alteração nas condições ecológicas locais, nem sequer alteração no declive natural da área, de modo a existir contrariedade à alínea "b" do § 1º, art. 6º do Decreto 87.561/82, mesmo porque essa legislação preocupa-se com condutas ou fatos que possam lesionar substancialmente o meio ambiente; realça que o requerido Yutaka celebrou termo de compromisso de recuperação ambiental que foi devidamente cumprido (fls. 367 e 369).

4. Em seu apelo sustenta o Município réu: inépcia da inicial quanto à questão relacionada ao cancelamento ou impugnação dos efeitos Registro do loteamento "Recanto dos Pássaros", já que não houve requerimento; legislação nova, ainda que de natureza ambiental, não pode retroagir para ferir direito adquirido; a APP e APA relacionadas ao imóvel construído objeto desta ação tiveram suas cotas ambientais devidamente respeitadas pela edificação, caracterizada por um sítio familiar que não é nocivo ao meio ambiente. Pede, pois a improcedência total da ação.

5. Em suma, aduz o MPSP em seu recurso adesivo: o d. juiz não explicitou quais seriam os direitos do réu Yutaka, relativamente a uma edificação sem prévia licença ambiental; a licença para construir ocorreu em 26/4/2003 e a edificação a partir de mesmo ano, porém desde 2002 já havia Res. 302/2002 do CONAMA vedando construção em APP e APA localizadas em respectiva área; direito de construir, embora sendo um dos direitos de proprietário, deve observar a função social ambiental (CF, art. 5º, XXII e XXIV) e o bem-estar social (art. 170, III), dentro do qual há o direito a um ambiente ecologicamente equilibrado; mantida

a r. sentença haveria contrariedade ao disposto no art. 225 da CF/88; ainda que registrado o loteamento em 1975, seus efeitos não devem desgarrar das normas ambientais vigentes a partir da construção (2003); não há direito adquirido em face de interesse público primário, nem o de lesar ou prosseguir lesando o meio ambiente; os laudos ambientais encartados (fls. 136/s, 205/s) mostram que houve prejuízo ao meio ambiente; ainda que se invoque ato jurídico perfeito os efeitos dele devem adaptar-se a nova legislação ambiental; ocupação humana em APA deve ser precedida de prévia licença ambiental, o que não houve, o que configura ilícito ambiental, com o que não se pode falar em direito adquirido. Pede, pois, a procedência total da ação civil pública.

6. Recursos tempestivos, isentos de preparo e respondidos (fls. 447/ss e 419).

7. A douta Procuradoria Geral de Justiça opinou pelo provimento do recurso (fls. 490/ss).

É o relatório.

8. Cuida-se de ação civil pública ajuizada pelo MPSP referente a auto de infração ambiental, datado de 10/2/2004 (fls. 36/ss), pelo qual, a juízo da respectiva fiscalização, foi constatada infração ambiental consistente na realização de obras de terraplanagem com movimentação de terra superior a 100m³ em APA – área de preservação ambiental, sem licença ambiental, no loteamento conhecido por Recanto dos Pássaros, desobedecendo, segundo anotado, o art. 9º da Lei 6.902/1981. Ainda foi anotado que existe obra inacabada de área aproximadamente de 360m², havendo aplicação de multa conforme art. 35, I, Decreto 99.274/90.

9. Do apelo do réu Município.

Diversamente do que sustentou a Municipalidade, não seria inepta a inicial, haja vista que o autor ministerial não seria obrigado a requerer o cancelamento de registro do loteamento se essa não é sua intenção.

E isso se justifica uma vez que, no entender do autor da ação, em suma, o fato lesivo direto não seria o registro (e/ou seus efeitos) do loteamento, mas a atuação dos requeridos no sentido de proporcionar a existência de sítio familiar e edificação de uma casa em local que seria classificado pela legislação ambiental como APP e APA.

E no mérito, tal apelo nem poderia vingar.

É que o dispositivo da sentença deixou claro que a única condenação da Municipalidade seria ficar impedida de conceder novas licenças para surgimento de imóveis semelhantes ao objeto da presente ação.

A despeito disso, nas razões meritórias de sua apelação o Município traz argumentos relacionados à impossibilidade de retrotração da legislação ambiental que contrarie direito adquirido, bem como no sentido de que a

Acesso ao Sumário

legislação ambiental relativa a APP e a APA foi respeitada, especialmente no que tange às cotas ambientais.

Com efeito, as razões do apelo, quanto ao mérito, são dissociadas do dispositivo da sentença, motivo pelo qual ela não está apta a infirmar a r. sentença na parte que foi desfavorável ao Município.

10. Do apelo do *Parquet:*

Em suma, o autor ministerial alega que a permanência do sítio familiar, com a casa edificada, em área de APP e de APA, lesiona e prosseguirá malferindo o meio ambiente local, de modo que a legislação ambiental acima destacada ampara o pedido de demolição, de retorno ao *status quo ante* e as obrigações consectárias, tais como multa, reparação de dano, reflorestamento etc.

Improcede o apelo, de modo que os fundamentos da r. sentença merecem ser prestigiados.

Com efeito, o loteamento "Recanto dos Pássaros" em relação ao qual foi edificado o imóvel, foi aprovado e registrado em 1975, época em que não havia vigência das Leis 9.985/2000, a MP 2.166/2001 e a Resolução do CONAMA nº 302/2002, motivo pelo qual improcede a alegação de que o loteamento foi irregular, já que efetivado em conformidade com a legislação vigente à época do fato.

No que tange à edificação, merece ser acentuado que à sua época vigiam a Lei 4.771/65 (revogado Código Florestal), o Decreto 750/93, Lei 6.938/81, a CF/88 e o Decreto 87.561/82. Realça-se que o aludido Código não especificou quais as distâncias abrangidas pelas APPs ao redor de reservatórios de águas naturais ou artificiais, tal como lagoas e lagos, de maneira que a questão necessitava de regulamentação infralegal. Essa regulamentação – enfatiza o d. Juiz –, só ocorreu pela Res. 302/2002 do CONAMA, que restringiu o direito de propriedade. Porém, não pode ela ter vigência retroativa – como quer o autor. Nota-se que tal limitação só poderia ocorrer por lei.

Saliente-se que, tal como o fez o d. juiz sentenciante, direitos já existentes não poderiam ser atingidos por Resolução de efeito retroativo.

Cabe frisar que a criação da APP, pelo Decreto 87.561/82, não veda expressamente a ocupação da área e a própria Lei 9.985/2000 autoriza a ocupação da área, desde que observadas as restrições nelas previstas.

Cumpre adicionar que o requerido Yutaka não praticou atos ou condutas vedadas pelo Decreto 87.561/82, art. 6º, § 1º, uma vez que a edificação (sítio de recreio – fls. 49/54), não está apta a provocar acelerada erosão de terras, nem assoreamento das coleções hídricas, nem ameaçar a extinção de espécies raras da biota regional.

Sem embargo de outras provas, inclusive vistorias e laudos dos órgãos ambientais, as fotografias de fls. 55 não mostram sensível alteração nas condições

ecológicas locais, nem sequer alteração no declive natural da área, de modo a existir contrariedade à alínea "b" do § 1º, art. 6º do Decreto 87.561/82, mesmo porque essa legislação preocupa-se com condutas ou fatos que possam lesionar substancialmente o meio ambiente.

Acentue-se que o requerido Yutaka celebrou termo de compromisso de recuperação ambiental que foi devidamente cumprido (fls. 174, 179, 205/ss, 367 e 369), o que denota que ele teria ficado quite com as normas e posturas ambientais, já que todas as exigências foram atendidas.

É oportuno repisar que os danos ambientais descritos na inicial e nas razões de apelação do *Parquet*, com base nos quais se pretende reparação e demolição, não condizem com toda a vistoria feita em 12/4/04 por Órgão ambiental (fls. 49/ss), já que no respectivo laudo consta que: sendo o loteamento de 1975, as normas ambientais violadas teriam surgido em 1989 e 2002; parte do sítio e da edificação encontra-se fora da APA; foram feitas fossas que impedem a contaminação da água; não houve exposição de perigo humano, animal e vegetal; a remoção da edificação implicaria prejuízos ao ambiente local; não houve mudança do curso do leito de água; sugere-se processo de controle da área; a APA é federal e não estava regulamentada.

Registre-se ainda que o próprio IBAMA, por meio das informações relativas à vistoria ocorrida no local, acentua que não foi possível dizer se houve desmatamento (fls. 136/s).

Diante deste cenário probatório, mostra-se razoável a solução dada pela r. sentença no sentido de julgar parcialmente procedente a ação, de modo a autorizar o requerido Yukata a manter e ocupar o imóvel, utilizando como mero sítio de recreio, mas vedando-se modificações, ressalvada a mera manutenção da construção, de maneira a viabilizar a ocupação, ficando à requerida Municipalidade vedada a concessão de novas licenças relativas ao imóvel.

Por fim, destaca-se que ações ambientais referentes ao loteamento *Recanto dos Pássaros* têm vindo a essa Corte e as soluções apresentadas por seus órgãos fracionários são no sentido supra, tal como evidenciam as ementas seguintes:

> **Ação civil pública. Pedido de demolição de acessões em área de proteção ambiental da Bacia Hidrográfica do Rio Paraíba do Sul. Reservatório UHE Jaguari. Loteamento Recanto dos Pássaros – Angras de Igaratá. Licença urbanística expedida pela Prefeitura Municipal em 1998. Decreto Federal n. 87561/82. Lei n. 9985/2000. Resolução CONAMA n. 04/85. Loteamento aprovado e registrado em 1975. Ausência de infringência à legislação. Apelação não provida (Ap. 0315808-60.2009.8.26.0000, Rel. Des. Antônio Celso Aguilar Cortez, Comarca: Jacareí, 1ª Câmara Reservada ao Meio Ambiente, Data do julgamento: 20/06/2013, Data de registro: 07/08/2013, Outros números: 009.96.807500-0).**

Acesso ao Sumário

Quanto ao precedente acima mencionado, na medida em que cuida de questão praticamente idêntica e para maior clareza, transcreve-se a fundamentação do voto condutor:

O loteamento foi regularmente aprovado pela Prefeitura e pelo INCRA e inscrito no Registro de Imóveis de Jacareí em 12.12.75 (fls. 80 e 214), sob a égide do Decreto Lei n. 58/37, regulamentado pelo Decreto n. 3.079/38, com recuo de trinta metros da cota máxima cheia do reservatório Jaguari, antes da Resolução CONAMA 04 de 18.09.85. A construção foi aprovada em 1998 (fls. 252), regularmente, uma vez que a aprovação e registro do loteamento implicavam autorização para construir, naturalmente. Não podem os requeridos ser obrigados a demolir as construções erigidas regularmente, por estarem dentro da faixa cem metros da represa, com base nas Resoluções CONAMA 04/85, 302 e 303 de 20.03.02, publicadas em 13.05.02, sob a justificativa de que o lote se situa na área de preservação permanente do reservatório do Jaguari. É certo que não se pode apontar ilegalidade nas Resoluções mencionadas. O artigo 25 do ADCT da Constituição Federal dispôs que ficariam revogados após 180 dias, prorrogáveis, "todos os dispositivos legais que atribuam ou deleguem a órgão do Poder Executivo competência assinalada pela Constituição ao Congresso Nacional", mas nenhuma disposição constitucional existe atribuindo ao Congresso competência para regulamentar lei; cabe, sim, ao Poder Executivo a regulamentação das leis, nos termos do artigo 84, IV da Constituição Federal. O presidente da república dispõe sobre a organização e funcionamento da administração federal (CF, art. 84, VI, "a") e conferiu ao CONAMA pelo Decreto n. 99274 de 06.06.90 legitimidade para as atribuições constantes da Lei n. 6938 de 31.08.81. Assim as Resoluções n. 302 e n. 303 de 20.03.02 atendem às disposições constitucionais dos artigos 5º, XXIII; 170, VI; 182, § 2º; 186, II; e 225 e ao artigo 2º da Lei n. 4771/65. E a anterior Resolução n. 04/85 tampouco padecia de inconstitucionalidade ou ilegalidade. O Código Florestal de 1965, por sua vez, previu a preservação permanente da vegetação ao redor de lagoas, lagos e reservatórios de água naturais ou artificiais e para a zona urbana previu a aplicação do disposto no Plano Diretor e Leis de Uso do Solo locais, "respeitados os princípios e limites a que se refere este artigo" (Lei n. 4.71/65, artigo 2º, b e parágrafo único). A regra do artigo 4º, III, parte final, da Lei n. 6.766/79 deve ser aplicada em consonância com o disposto no artigo 2º do Código Florestal c.c. artigos 23, 24 e 225 da Constituição Federal (v. Diógenes Gasparini, O Município e o Parcelamento do Solo, 2ª Ed. Saraiva, 1988, p. 38/39). "Aos municípios cabe legislar supletivamente sobre proteção ambiental na esfera do interesse estritamente local. A legislação

Acesso ao Sumário

municipal não pode ineficacizar os efeitos da lei que pretende suplementar" (REsp 29299/RS, STJ). O artigo 2º, parágrafo único da Lei n. 4.771/65 (incluído pela Lei n. 7803 de 18.07.89) também deixava evidente a obrigatória observância do Código Florestal, em seus princípios e limites, pela legislação municipal. Optando a Lei n. 4771/65 pela não padronização da medida da faixa de proteção para reservatórios d'água, a complementação poderia ser feita por norma da Administração Pública, como o CONAMA, posto que não é esse órgão que cria a restrição de uso, mas o próprio Código Florestal; a Administração apenas fixa a largura mínima, em conformidade com o artigo 3º da mesma Lei n. 4.771/65 c.c. artigos 1º e 6º, II da Lei n. 6.938/81, Decreto n. 99.274 de 06.06.90 e artigo 2º da LICC. No Estado de São Paulo, aliás, a Lei n. 9989 de 22.05.98 obrigou a recomposição florestal ao redor de reservatórios d'água. Ao se referir aos limites, a lei federal impôs ao legislador municipal a observância das medidas que ela indica, mas, no caso em questão, de reservatório de água, não há medida mínima estabelecida no Código Florestal. No presente caso, o pedido inicial se reportou a legislação anterior à implantação do loteamento que não impedia a aprovação dele e da construção e em legislação posterior que não poderia desconsiderar o ato jurídico perfeito e o direito adquirido (cf, RT 442/65, ref. fls. 367/369). As Resoluções CONAMA 302/02 (artigo 3º, I) e 303/02 (artigo 3º, III, "b"), que estabelecem o recuo de cem metros no entorno de reservatório artificial com mais de 20 ha de superfície em áreas rurais e de trinta metros para áreas urbanas consolidadas. Todavia, o artigo 3º, § 1º, da Resolução 302/02 dispõe que "Os limites da área de preservação permanente, previstos no inciso I, poderão ser ampliados ou reduzidos, observando-se o patamar mínimo de trinta metros, conforme estabelecido no licenciamento ambiental e no plano de recursos hídricos da bacia onde o reservatório se insere, se houver". Na hipótese dos autos, a Municipalidade aprovou o empreendimento com previsão de aproveitamento dos lotes e de faixa *non aedificandi* e não consta que o limite não poderia ser expandido ou o máximo de cem metros reduzido, à vista do dispositivo acima reproduzido. Ademais, submeter a construção à restrição posterior à aprovação do projeto no qual se enquadra implica total inviabilização do projeto original do empreendimento objeto desta impetração, no qual a baixa densidade populacional autoriza prever baixo impacto ambiental. Há nos autos prova pré-constituída de que as aprovações pretendidas dizem respeito a obras executadas de acordo com o projeto aprovado, de modo a demonstrar que o recuo observado pelos requeridos em relação ao corpo d'água já estava desde então aprovado e consolidado, com preservação de faixa *non aedificandi* no entorno da represa. Presume-se que a exigência administrativa de recuo

Acesso ao Sumário

quando da aprovação do empreendimento, somada às outras de cunho sanitário, já assegurou a proteção do ecossistema no entorno da represa e em particular a proteção da qualidade da água naquele reservatório. Como se vê, não faz sentido exigir que para construção em lote urbano, ou de expansão urbana, se observe exigência legal posterior à aprovação e registro de loteamento consolidado. Há que respeitar o ato jurídico perfeito e o direito adquirido. Assim, é regular a construção no lote indicado, do loteamento acima aludido, de acordo com o projeto aprovado, sem prejuízo de atendimento das demais exigências legais e administrativas pertinentes. Nada impede a exigência de cumprimento de outras limitações de ordem pública, posteriores à aprovação do loteamento e anteriores à aprovação de projeto de construção, mas não é este o caso, uma vez que não consta tenha sido a exigência de recuo desobedecida ou que tenham sido contrariadas as Resoluções acima referidas, ante a possibilidade prevista na própria Resolução 302 de alteração da medida do recuo segundo as peculiaridades do local. Por fim não se pode desconsiderar que o artigo 62 da Lei n. 12651 de 25.05.12 estabeleceu como de preservação permanente, para os reservatórios de água artificiais destinados a abastecimento público ou geração de energia registrado ou com contratos de concessão ou autorização anteriores à MP 2166-67/01, a faixa de solo entre o nível máximo operativo normal e a cota máxima maximorum.

Por essas razões e mais seus judiciosos fundamentos, fica mantida a r. sentença, observando-se que a pretensão do recorrido Yutaka Pereira Lima, ou seja, desprovimento dos recursos (fls. 521), baseada nos documentos acostados às fls. 513/565, foi atendida com o improvimento dos recursos (fls. 566).

Pelo meu voto, nega-se provimento aos recursos.

ACÓRDÃO

Acesso ao Sumário

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 9091333-65.2009.8.26.0000, da Comarca de Ribeirão Preto, em que é apelante/apelada FAZENDA DO ESTADO DE SÃO PAULO e Apelante JUÍZO *EX OFFICIO*, é apelado/apelante DONIZETE APARECIDO PEREIRA.

ACORDAM, em 10ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento ao reexame necessário e recurso da Fazenda, prejudicado o adesivo do autor. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 8999)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores TORRES DE CARVALHO (Presidente sem voto), ANTONIO CARLOS VILLEN e

ANTONIO CELSO AGUILAR CORTEZ.

São Paulo, 15 de dezembro de 2014.

PAULO GALIZIA, Relator

Ementa: ADMINISTRATIVO. Servidor Estadual. Carcereiro que teria auxiliado a fuga de presidiário, quando o levou ao plantão médico da cidade. Processo Disciplinar Administrativo. Pena de demissão a bem do serviço público. Pedido de Reintegração. Procedimento administrativo regular. Defesa do autor feita por advogado particular. Garantia da ampla defesa, contraditório e devido processo legal no âmbito administrativo. Limite de análise do Poder Judiciário, que não pode ingressar no mérito administrativo. Penalidade suficientemente fundamentada e motivada. Sentença reformada.

Reexame necessário e recurso da Fazenda providos, prejudicado o adesivo do autor.

VOTO

A r. sentença de fls. 516/530 julgou parcialmente procedente a ação para decretar a nulidade da pena de demissão a bem do serviço público; determinar a reintegração do autor no cargo; condenar a ré a ressarcir os prejuízos materiais decorrentes do afastamento, atualizados monetariamente e acrescidos de juros de mora de 0,5% ao mês, nos termos do art. 1º-F da Lei nº 9.494/97, bem assim, ao pagamento das custas e honorários advocatícios, fixados em R$ 1.000,00, na forma do art. 20, § 4º e parágrafo único do art. 21 do CPC.

Além do reexame necessário, a Fazenda do Estado apelou, sustentando que a Administração Pública detém poder disciplinar sobre seus funcionários, de modo a aplicar-lhes as penas previstas na legislação administrativa, quando cabíveis.

Assevera que a decisão de exoneração, decorrente do poder disciplinar possui natureza discricionária e não pode ser objeto de reforma pelo Judiciário, que só deve analisar a decisão pelos critérios da legalidade.

Afirma que o Judiciário não pode, portanto, modificar a decisão administrativa aplicada ao autor, se essa decisão seguiu a legislação administrativa e os princípios constitucionais.

Ressalta que a pena de demissão a bem do serviço público foi corretamente aplicada, uma vez que o autor e os demais servidores envolvidos foram

Acesso ao Sumário

negligentes e não observaram as regras básicas para o transporte dos presos.

Pleiteia, pois, o provimento do recurso, para o fim de julgar improcedente a ação, com inversão do ônus da sucumbência (fls. 532/535).

Recurso tempestivo.

Contrarrazões (fls. 543/548).

Adesivamente, recorreu o autor pleiteando a majoração dos valores fixados a título de honorários advocatícios, bem assim, a fixação de indenização por danos morais, no importe de quinhentos salários mínimos.

Recurso tempestivo.

Contrarrazões (fls. 568/571).

O representante do Ministério Público opinou pelo provimento ao recurso da Fazenda do Estado (fls. 558/559).

É O RELATÓRIO.

Trata-se de ação anulatória de ato administrativo, com pedido de reintegração no cargo e indenização por danos morais, ajuizada por ex-carcereiro, que foi demitido a bem do serviço público, com fulcro nos artigos 67, VI, 69 e 70, II, 74, II e 75, II da LC 207/79, alterada pela LC 922/02, em razão de ter se envolvido na fuga de Luiz Artur da Silva (condenado por crime de tráfico de entorpecente).

Ao quer consta dos autos, o detento vinha se queixando de cólicas renais, de modo que, o autor, acompanhado de outro carcereiro, levaram-no ao Posto de Saúde do Parque Ribeirão, antes mesmo de contatar o médico da Cadeia (Dr. Valmir Araújo).

Ao chegarem ao pronto-socorro, os servidores desprezaram normas básicas de segurança, uma vez que o autor deixou sozinho o outro agente de segurança, que ficou responsável por retirar o preso da viatura, enquanto verificava a existência de médico de plantão.

Neste ínterim, o presidiário, auxiliado por motociclista que já o esperava no local, empreendeu fuga e, ao que consta dos autos, não foi resgatado.

O autor não nega os fatos apontados como motivadores de sua demissão. O cerne da controvérsia reside na proporcionalidade e motivação da pena aplicada, posto que, segundo entende, ainda que sua conduta tenha sido reprovável ou que tenha agido com culpa, os fatos não possuem substrato necessário para caracterizar procedimento irregular de natureza grave, a fim de motivar sua dispensa a bem do serviço público.

Ensina Hely Lopes Meirelles:

> "Permitido é ao Poder Judiciário examinar o processo administrativo disciplinar para verificar se a sanção imposta é legítima à luz do devido processo legal material, e se a apuração da infração atendeu ao devido

processo legal material, e se a apuração atendeu ao devido procedimento legal. (...) **O Poder Judiciário pode, se provocado, examinar os motivos e o conteúdo do ato de demissão, para julgar se ele é, ou não, legítimo frente à lei e aos princípios, em especial aos da proporcionalidade e da razoabilidade**." (in Direito Administrativo Brasileiro, Malheiros Editores, 35ª edição, 2009, página 704). (grifei).

Continua dizendo que:

"Em suma, o que se nega ao Judiciário é o poder de substituir ou modificar penalidade administrativa a pretexto de fazer justiça, pois, ou a punição é legal, e deve ser confirmada, ou é ilegal e há que ser anulada; **inadmissível é a substituição da discricionariedade do administrador por arbítrio ilegítimo do juiz**." (in Direito Administrativo Brasileiro, Malheiros Editores, 35ª edição, 2009, página 705). (grifei).

Infere-se dos documentos trazidos aos autos que todas as garantias legais possíveis foram proporcionadas ao autor, incluindo o direito de recorrer a autoridades hierarquicamente superiores e assistência de advogado.

Não se vislumbra, pois, qualquer vício capaz de macular o procedimento administrativo disciplinar. Foram respeitados os princípios do devido processo legal, contraditório e ampla defesa. Este era o âmbito de análise do Judiciário, que não pode ingressar e modificar o mérito administrativo, sob pena de violação ao princípio da separação dos poderes (art. 2º da CF).

Além disso a conclusão do processo administrativo foi coerente com o conjunto probatório, havendo nela expressa referência aos elementos que formaram a convicção da autoridade.

Por fim, ressalta-se que o argumento de que não fora penalizado na esfera penal não lhe favorece. É que, como se sabe, o procedimento instaurado para a aferição da responsabilidade penal, ainda que pelo mesmo fato, não é causa impeditiva ou suspensiva do controle na esfera administrativa, sendo que as esferas penais e administrativas apenas se comunicam quando: 1) houver condenação do servidor e; 2) absolvição do autor por negativa de fato ou de autoria.

Não é o caso dos autos. Em verdade, o autor aceitou a proposta de transação penal, ofertada pelo Ministério Público, para cumprir de imediato a pena restritiva de direitos de prestação de serviços à comunidade, de modo que, teve extinta sua punibilidade (fls. 408/410). Não foi absolvido por negativa de autoria ou de fato, razão pela qual, a decisão da esfera criminal não lhe beneficia.

Diante do exposto, conclui-se que a pena de demissão está suficientemente fundamentada e amparada no Estatuto dos Funcionários Públicos Municipais, de modo que, não há se falar em ilegalidade, desproporcionalidade ou ausência de motivação para a penalidade aplicada.

Acesso ao Sumário

De rigor, portanto, a improcedência do pedido formulado na inicial. Arcará o autor com as custas e honorários advocatícios, fixados em R$ 500,00, na forma do art. 20, § 4º do CPC, observando-se o disposto na Lei nº 1.060/50.

Ante o exposto, DOU PROVIMENTO ao reexame necessário e recurso voluntário da Fazenda, prejudicado o adesivo do autor.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0061771-50.2008.8.26.0114, da Comarca de Campinas, em que é apelante PREFEITURA MUNICIPAL DE CAMPINAS, é apelada TECNOMETAL EQUIPAMENTOS LTDA..

ACORDAM, em 1ª Câmara Extraordinária de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 22.066)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores RICARDO DIP (Presidente) e LUCIANA BRESCIANI.

São Paulo, 16 de dezembro de 2014.

JOSÉ LUIZ GERMANO, Relator

Ementa: PROCESSO ADMINISTRATIVO. Advogado constituído pela parte, mas não intimado. Irrelevante que a contratação do procurador seja facultativa. Ampla defesa. Nulidade reconhecida. Sentença mantida.

RECURSO NÃO PROVIDO.

VOTO

Tratam os presentes autos de apelação contra a r. sentença de fls. 237, de relatório adotado, que concedeu a segurança para determinar o recebimento dos recursos administrativos interpostos pela apelante.

Apela o município de Campinas, alegando que o procedimento administrativo não requer capacidade postulatória, sendo desnecessária a publicação do nome do advogado no diário oficial executivo, diferente do que ocorre no processo civil, de modo que não houve a alegada nulidade; que o recurso perante a junta de recursos tributários não tem efeito suspensivo e permite a continuidade da cobrança do tributo até eventual julgamento favorável ao

contribuinte; que a lei invocada pelo impetrante não se encontra mais em vigor, pois ela (lei 11.109/01) foi revogada pela lei 13.104/07, onde se estabelece que é facultativa a defesa técnica, de modo que é desnecessária a publicação em nome do procurador; que a lei 13.104/07 contempla várias formas alternativas de intimação, de maneira que basta a realização de uma delas para que o ato esteja perfeito. Pretende a reforma da decisão recorrida.

A resposta ao recurso está a partir de fls.259.

Os autos foram distribuídos em setembro de 2010 quando então a 11ª Câmara de Direito Público não conheceu do recurso e determinou a remessa dos autos para uma das Câmaras de Tributos Municipais.

Os autos desde novembro de 2010 estavam com outro desembargador e foram redistribuídos a este relator em setembro de 2014.

É o relatório.

Compreende-se que no âmbito administrativo a parte não deva, necessariamente, ser representada por advogado.

Todavia, quando se trata de matéria jurídica, é natural que seja contratado um advogado, que é o especialista no assunto e mais apto a defender os interesses da parte junto à Administração.

Quando existe a constituição de um advogado, portanto, não há razão que não seja o advogado intimado, pois ele representa a parte perante a Administração e facilita a interlocução entre um e outro. A ampla defesa é exercida de melhor forma quando técnica.

Assim, havendo advogado constituído no processo administrativo, como no caso em questão, deve isso ser considerado e o advogado ser intimado, até porque a parte que o contratou ficou – de certo forma e com razão – despreocupada e tranquila de que a causa estava entregue aos cuidados de um profissional do direito.

No caso presente a intimação do advogado não foi feita, de modo que a nulidade ficou caracterizada e deve ser mantida a decisão recorrida.

A presente decisão tanto mais se mostra correta quando se considera que os fatos se passaram no ano de 2008, quando a informática não tinha o alcance que tem hoje e a publicação se deu tão somente no diário oficial, que sabemos não é acompanhado de perto pelas pessoas comuns.

Hoje em dia existe o domicílio tributário eletrônico que com agilidade e eficiência permite a intimação do próprio contribuinte e de seu patrono, tanto que temos considerado que essa intimação é válida.

Porém, em se tratando de intimação feita por diário oficial, no já distante ano de 2008, sem efetivo conhecimento da parte que tinha contratado um advogado, o qual não foi intimado nem mesmo pela imprensa, penso que a

Acesso ao Sumário

decisão deve ser mantida.

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, nega-se provimento ao recurso.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0010801-26.2007.8.26.0132, da Comarca de Catanduva, em que é apelante/apelada JR CATANDUVA TRANSPORTES RODOVIÁRIOS LTDA. – EPP, é apelada/apelante CONCESSIONÁRIA DO SISTEMA ANHANGUERA/BANDEIRANTES S.A..

ACORDAM, em 1ª Câmara Extraordinária de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso da ré e deram provimento parcial ao recurso adesivo. V.U.", de conformidade com o voto da Relatora, que integra este acórdão. **(Voto nº 13.253)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores RICARDO DIP (Presidente) e PIRES DE ARAÚJO.

São Paulo, 16 de dezembro de 2014.

LUCIANA ALMEIDA PRADO BRESCIANI, Relatora

Ementa: Ação de cobrança – Evasão de pedágios – Ré que vinha se furtando do pagamento de tarifas de pedágio, mediante fraudes comprovadas nos autos – Passagens comprovadas mediante fotografias – Ausência de comprovação de fato impeditivo, modificativo ou extintivo – Recurso da ré desprovido.

Recurso adesivo – Condenação da ré ao cumprimento de obrigação de não fazer, para que deixe de evadir-se das praças de pedágio – Possibilidade – Recurso provido nesta parte.

Recurso da ré desprovido e recurso adesivo da autora parcialmente provido.

Acesso ao Sumário

VOTO

Trata-se de ação de cobrança ajuizada pela CONCESSIONÁRIA DO SISTEMA ANHANGUERA/BANDEIRANTES S.A. em face de JR CATANDUVA TRANSPORTES RODOVIÁRIOS LTDA. objetivando o recebimento de R$ 2.518,00 a título de tarifa de pedágio (fls. 2/11, 58/59 e 74).

A ação foi julgada procedente (fls. 1.014/1.015 e 1.021/1.021vº).

Recorreu a ré, pleiteando a reforma da sentença com a improcedência do pedido inicial (fls.1.023/1.041). A autora, por sua vez, recorreu adesivamente, insistindo no pedido genérico de cobrança referente a futuras evasões e no pedido de condenação ao cumprimento da obrigação de não fazer (fls. 1.047/1.052).

Os recursos foram regularmente processados e contrariados (fls. 1.055/1.061 e 1.064/1.068).

Os autos foram distribuídos à 10ª Câmara de Direito Público em novembro de 2011 e redistribuídos a esta Relatora em 05 de setembro de 2014, na forma da Resolução nº 652/2014 do Órgão Especial deste E. Tribunal de Justiça.

É o relatório.

Cuida-se de ação de cobrança ajuizada pela CONCESSIONÁRIA DO SISTEMA ANHANGUERA/BANDEIRANTES S.A. em face de JR CATANDUVA TRANSPORTES RODOVIÁRIOS LTDA. objetivando o recebimento de R$ 2.518,00 a título de tarifa de pedágio (fls. 2/11, 58/59 e 74). Segundo narra a autora, os veículos de propriedade da ré vinham evitando o pagamento do pedágio, pois passavam *a cancela no* '*vácuo*' *de outro veículo que passa pelo* '*Sistema Sem Parar*' *da Rodovia, ou seja, passa* '*colado*' ao veículo que possui o Sem Parar e assim não paga a tarifa do pedágio.

A ação foi julgada procedente.

Recorrem ambas as partes, a ré, pleiteando a reforma da sentença com a improcedência do pedido inicial, e a autora, insistindo no pedido genérico de cobrança referente a futuras evasões e no pedido de condenação ao cumprimento da obrigação de não fazer.

O recurso da ré não comporta provimento.

A autora ajuizou a ação sustentando que, entre os meses de agosto e novembro de 2006, o caminhão Scania T-113, de placas KFI-2583, de propriedade da ré, havia evadido das praças de pedágio que administra sem o pagamento da tarifa em 37 ocasiões distintas, totalizando um débito de R$ 845,20. O feito foi instruído com o CD de fls. 39, que traz fotografias das alegadas evasões, geradas eletronicamente, além de extrato obtido no DETRAN, que demonstra ter a requerida sido multada por esse veículo transpor bloqueio viário ou evadir-se sem pagar pedágio em 15 oportunidades (fls. 44).

Em seguida, a autora apresentou emenda aduzindo que, entre os meses

Acesso ao Sumário

de agosto de 2006 e julho de 2007, o caminhão Scania T-113, de placas ADZ-5062, de propriedade da ré, havia evadido das praças de pedágio que administra sem o pagamento da tarifa em 24 ocasiões, somando um débito de R$ 561,00. Da mesma forma, entre os meses de setembro de 2006 e julho de 2007, o caminhão Scania T-113, de placas BWN-5127, também de propriedade da ré, havia evadido das praças de pedágio que administra sem o pagamento da tarifa em 51 ocasiões, num total de R$ 1.111,80 em tarifas (fls. 58/59). A emenda foi instruída com outro CD (fls. 73), além de novos extratos obtidos no DETRAN, que demonstra ter a requerida sido multada por esses veículos pela infração consistente em transpor bloqueio viário ou evadir-se sem pagar pedágio em outras 15 oportunidades (fls. 62 e 71).

Após manifestação das partes quanto ao interesse na produção de provas (fls. 177, 178, e 409/410), o Juízo determinou apenas a produção de prova pericial (fls. 411, 423/424 e 426).

Relevante observar que o CD de fls. 73, juntado com a emenda, diz respeito a outro processo, que envolve caso semelhante (fls. 744 e 759/761). Assim, as imagens reproduzidas a partir das fls. 459 do laudo pericial e desse CD serão desconsideradas.

Ao que se colhe dos autos, os veículos estavam associados a uma TAG, espécie de identificador eletrônico, que era percebido quando da passagem dos veículos pelas cancelas eletrônicas das praças de pedágio.

As imagens constantes do CD de fls. 39, reproduzidas no laudo pericial nas fls. 457/458, mostram que somente no mês de agosto de 2006, o veículo associado à TAG 0618 00290 0000098366 tinha, no sistema informatizado, as placas KFI-2583. Embora nem todas as fotografias sejam legíveis, as que puderam ser visualizadas mostram que de fato o caminhão tinha emplacamento KFI-2583, ou seja, não resta dúvida quanto à ocorrência dessas evasões. E mesmo que uma das placas esteja ilegível na primeira fotografia de fl. 457, é possível afirmar tratar-se do mesmo veículo, pois a TAG é a mesma.

Ocorre que entre os meses de outubro e novembro de 2006 (fls. 441/455), o veículo associado à TAG 0618 00290 0000848430 tinha, no sistema informatizado, as placas BUD-5750. Nem todas as fotografias são tão legíveis, mas na maioria delas é possível confirmar que o veículo que estava passando na verdade tinha placas KFI-2583, que no mês de agosto trafegou com a TAG mencionada no parágrafo anterior.

Acesso ao Sumário

A única conclusão a que se pode chegar é que a ré estava mesmo trocando essas TAGs para dificultar a compreensão de sua conduta.

Já o veículo que trafegava com as placas BWN-5127 teve instalada as TAGs 0618 00290 0000841639 nos meses de setembro e outubro de 2006 (fls. 973/382(sic)) e 0618 00290 0000128512 no mês de junho de 2007 (fls. 982/986).

De igual modo, o veículo que trafegava com as placas ADZ-5062 teve instalada as TAGs 0618 290 0000856671 em outubro e novembro de 2006 (fls. 988/994) e 0618 00290 0000098346 nos meses de agosto de 2006 e junho e julho de 2007 (fls. 994/997).

Além disso, foram constatadas outras fraudes como o uso da mesma placa ADZ 5062 em veículos diferentes (fls. 998), e alteração de placas mediante cobertura parcial de caracteres (fls. 885).

Não bastasse, a ré coleciona as impressionantes 30 autuações pela prática da mesma infração: transpor bloqueio viário ou evadir-se sem pagar pedágio (fls. 44, 62 e 71).

Todos esses elementos, analisados em seu conjunto, não deixam dúvida de que a ré praticou as evasões reclamadas.

Por outro lado, a ré afirmou em sua contestação que *quando os veículos não utilizavam o* '*Sem Parar*' *efetuavam o pagamento nas praças de pedágio, como será demonstrado oportunamente, pois os documentos serão levantados pelo escritório de contabilidade, rogando-se pela juntada posterior* (fls. 95). Ela de fato trouxe vários comprovantes nos autos (fls. 180/404), mas eles não guardam relação de pertinência com o objeto do processo, conforme conclusão do MM. Juízo (fls. 1.014vº).

Depois, a ré alegou que os documentos foram juntados por serem representativos de que paga pedágios e que não é obrigada a manter controle contábil desses desembolsos (fls. 1.035 e 1.040).

Portanto, estando demonstrado o fato constitutivo do direito da autora, e não tendo a ré se desincumbido do ônus de provar fato impeditivo, modificativo ou extintivo desse direito, conforme o artigo 333 do Código de Processo Civil, impõe-se o desprovimento do apelo da ré.

O recurso adesivo da autora comporta provimento apenas parcial.

A autora insiste no pedido genérico para condenação da ré a pagar as tarifas de pedágio objeto de evasão não incluídas no pedido inicial, bem ainda em obrigação de não fazer para que abandone a prática da conduta que deu causa ao ajuizamento da ação.

O acolhimento do pedido genérico demandará futura liquidação por artigos, equivalente a nova ação de conhecimento, conforme dispõe o artigo 475-F do Código de Processo Civil. Ou seja, levará a uma execução precedida de liquidação absurdamente dispendiosa e completamente injustificável, considerando o baixo conteúdo econômico dessa demanda, cuja perícia já custou o dobro do valor do pedido inicial. Impossível vislumbrar interesse processual nesse pedido.

Por outro lado, a condenação da ré na obrigação de não fazer pretendida, consistente em ordem para que deixe de evadir-se das praças de pedágio da ré

Acesso ao Sumário

comporta sim acolhimento, muito embora seja aparentemente inócua, porquanto decorrente de disposição legal com sanção específica, tanto que a ré já foi multada dezenas de vezes pela mesma razão.

Eventual multa deverá ser arbitrada pelo Juízo da execução, conforme os artigos 461 e 475-I do Código de Processo Civil. Ressalvo que a fixação da multa nesse momento é irrelevante, pois é sabido que o valor arbitrado a esse título não transita em julgado.

Por fim, incabível a alteração do termo inicial da correção monetária, pois o pedido formulado foi líquido e acolhido integralmente pelo Juízo. Assim, efetuada a cobrança por aquele valor, incide a atualização monetária apenas a contar do ajuizamento.

Para fins de prequestionamento se tem por inexistente violação a qualquer dispositivo constitucional ou infraconstitucional invocado e pertinente à matéria em debate.

Por estes fundamentos, pelo meu voto, nego provimento ao recurso da ré e dou provimento parcial ao recurso adesivo, sem reflexo na sucumbência.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0009789-48.2013.8.26.0590, da Comarca de São Vicente, em que é apelante PREFEITURA MUNICIPAL DE SÃO VICENTE, é apelada J&A ARQUITETURA, ENGENHARIA E CONSTRUÇÃO LTDA..

ACORDAM, em 18ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto n. 21.006)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores WANDERLEY JOSÉ FEDERIGHI (Presidente), OSVALDO CAPRARO e FRANCISCO OLAVO.

São Paulo, 11 de dezembro de 2014.

WANDERLEY JOSÉ FEDERIGHI, Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: EXECUÇÃO FISCAL – Embargos – IPTU – Concessão de uso de imóvel pertencente a Município – Concessionária que detém a posse precária do bem, sem *animus* definitivo – Descabimento da cobrança – Inteligência do artigo 34 do CTN – Precedentes do

STJ – Sentença mantida – Recurso desprovido.

VOTO

Vistos.

J&A ARQUITETURA, ENGENHARIA E CONSTRUÇÃO LTDA., nos autos da ação de execução fiscal (proc. nº. 0009789-48.2013.8.26.0590, da E. 1ª Vara da Fazenda Pública da Comarca de São Vicente), que lhe move a **FAZENDA MUNICIPAL DE SÃO VICENTE**, em preliminar, alega sua ilegitimidade para figurar no polo passivo da ação, uma vez que o imóvel encontra-se registrado em nome da Prefeitura Municipal de São Vicente. Afirma ainda que a unidade fazia parte do Shopping Humaitá, construído mediante concessão pública e que a Municipalidade nunca regularizou seu registro; e que em março de 2002, estabeleceu contrato de compromisso de compra e venda com terceiro, mas que foi impossível registrar tal contrato, uma vez que o imóvel jamais esteve registrado em seu nome, por pertencer à embargada. Aduz, ainda, que no momento da constrição do crédito tributário, o imóvel já não lhe pertencia mais. No mérito, aduziu prescrição do crédito tributário. Este teria sido constituído em janeiro de 2004, mas a prescrição só foi interrompida em março de 2009, com o ajuizamento da ação. Ao final, requereu o acolhimento dos embargos e a extinção da execução fiscal.

Registra-se que foi proferida a r. sentença de fls. 134/138, que julgou procedentes os embargos.

Inconformada, a Municipalidade embargada interpõe o seu recurso de apelação (fls. 143/148). Resumidamente, aduz que a embargante possui legitimidade de parte, vez que ela é que tem o "*animus domini*". Ao final, requer o provimento do recurso, para o fim de ser reformada a r. sentença apelada, julgando-se os embargos improcedentes.

Tempestivo o recurso, foi o mesmo regularmente processado, com apresentação de contrarrazões da empresa embargante (fls. 152/155).

Subiram os autos a esta Corte.

É o relatório.

Malgrado o zelo, bem como a combatividade da digna procuradora municipal, é de se entender que o seu recurso não *reúne condições de prosperar*, devendo ser mantida a r. sentença de primeiro grau, que deu à matéria correta apreciação.

Senão, vejamos.

Estabelece o art. 32 do Código Tributário Nacional que: "*o imposto, de competência dos Municípios, sobre a propriedade predial e territorial urbana* ***tem como fato gerador a propriedade, o domínio útil ou a posse de bem imóvel***

Acesso ao Sumário

***por natureza ou por acessão física**, como definido na lei civil, localizado na zona urbana do Município*" (grifei).

Como também o art. 34 prevê que o "*contribuinte do imposto é o proprietário do imóvel, o titular do seu domínio útil, ou o seu possuidor a qualquer título*".

Ou seja, o IPTU é imposto que tem como contribuinte o proprietário, o titular do domínio útil ou o possuidor por direito real, que exerce a posse com *animus domini*.

Pois bem. Analisando-se os autos, observa-se que o imóvel objeto de exação pertence à Municipalidade de São Vicente, pois, denota-se, em especial, dos documentos de fls. 16/18, que houve apenas a concessão de direito; ou seja, o Município apenas transferiu o direito de uso do imóvel à empresa embargante.

Cabível a citação do autorizado escólio de ODMIR FERNANDES a respeito da matéria: "*Posse e propriedade*. A primeira observação a ser feita é a outorga de competência conferida aos Municípios, para instituírem o IPTU sobre a *propriedade* e o CTN estendê-la para o *domínio útil* e a *posse*. AIRES FERNANDINO BARRETO e IVES GANDRA DA SILVA MARTINS explicam que a Constituição não utilizou a palavra propriedade no sentido técnico, mas vulgar, permitindo assim entender a posse e o domínio útil como fato gerador do imposto. Mas não é qualquer posse que permite a incidência do imposto. Somente a posse *ad usucapionem*, com *animus domini*, isto é, a posse do possuidor como se dono fosse, com a possibilidade de adquirir a propriedade, pode ser alcançada pelo tributo municipal" (*Código Tributário Nacional Comentado*; obra coletiva, coordenada por VLADIMIR PASSOS DE FREITAS; Editora Revista dos Tribunais, São Paulo; 2ª edição; 2011; p. 92).

Assim sendo, em que pese a embargante deter a posse do imóvel, lhe falta o *animus* definitivo, requisito indispensável para que seja atribuída a obrigação tributária, razão pela qual não há que falar em legitimidade passiva da embargante para figurar no polo passivo da demanda.

Nesse sentido, é o entendimento do Superior Tribunal Justiça:

"PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL. IPTU. ART. 34 DO CTN. CONTRATO DE CONCESSÃO DE USO PARA SOCIEDADE EMPRESÁRIA. IMÓVEL PERTENCENTE À UNIÃO. IMUNIDADE. VIOLAÇÃO AO ARTIGO 7º DO DECRETO-LEI Nº 271/67. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. SÚMULA N. 282 DO STF.

"1. O recorrente demonstra mero inconformismo em seu agravo regimental, que não se mostra capaz de alterar os fundamentos da decisão agravada.

"2. Não há como apreciar o mérito da controvérsia com base em dita malversação ao artigo 7º do Decreto-Lei nº 271/67, pois não houve o devido

Acesso ao Sumário

prequestionamento. Incide, no ponto, o óbice da Súmula n. 282 do Supremo Tribunal Federal, por analogia.

"3. **O concessionário do imóvel público, que detém a posse mediante relação pessoal, sem *animus domini* não se confunde com o contribuinte do IPTU, qual seja, o proprietário do imóvel, o titular do domínio útil ou o possuidor por direito real (art. 34 do CTN).**

"4. Cabendo à União, cedente-proprietária do bem imóvel, o pagamento do imposto, e tendo ela a imunidade tributária prevista no art. 150, VI, 'a', da Constituição Federal, não há a incidência do IPTU sobre o imóvel em questão. Precedentes: REsp 692.682, Rel. Min. Humberto Martins, DJ 29.11.2006; AgRg no REsp 685.308/RJ, Rel. Min. Francisco Falcão, DJ 27/03/2006; REsp 685.316/RJ, Rel. Min. Castro Meira; DJ 18.04.2005; REsp 696.888/RJ, Rel. Min. CASTRO MEIRA, DJ 16/05/2005).

"5. Agravo regimental não provido" (AgRg no REsp n. 885.353/RJ, rel. Min. Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, j. 23.6.09 – grifei).

A jurisprudência desta E. Corte, também já firmou sua posição sobre o assunto:

"APELAÇÃO – AÇÃO ORDINÁRIA – IPTU, exercícios de 2006 a 2011 – Município de São Bernardo do Campo – Escritura pública de concessão de uso de imóvel – Ilegitimidade passiva da usuária do bem – Precedentes do STJ – Verba honorária corretamente fixada – Sentença mantida – Recursos improvidos" (Apelação nº 0030711-62.2011.8.26.0564; 15ª Câmara de Direito Público; j. 17.01.2013; Rel. Des. Rodrigues de Aguiar).

"AGRAVO DE INSTRUMENTO – EXECUÇÃO FISCAL – Concessão de uso do bem – Imposto cobrado do Cessionário – Impossibilidade – Posse do Cessionário fundada em relação pessoal, exercida sem '*animus domini*' – Ilegitimidade para figurar no polo passivo da execução para cobrança do IPTU, não se estendendo tal entendimento às taxas – APELO PARCIALMENTE PROVIDO" (Agravo de Instrumento nº 0081313-32.2013.8.26.0000; 14ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo; j. 22.08.2013; Rel. Des. Nuncio Theophilo Neto).

Destarte, não se vê, com a devida vênia, como reformar-se o entendimento do ínclito Juízo de primeiro grau, *impondo-se a manutenção* da r. sentença.

Para os devidos fins de direito, declara-se que ficam desde já *prequestionados* todos os dispositivos legais citados no presente voto.

Com isto, **nega-se provimento** ao recurso.

Acesso ao Sumário

Apelações/Reexames Necessários

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação/Reexame Necessário nº 0019930-55.2009.8.26.0562, da Comarca de Santos, em que é apelante/apelada DEBORAH FERREIRA e Apelante JUÍZO *EX OFFICIO*, é apelada/apelante FAZENDA DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em 9ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Não conheceram o reexame necessário, negaram provimento ao recurso da autora e deram provimento ao recurso da ré. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 13.987)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores MOREIRA DE CARVALHO (Presidente) e OSWALDO LUIZ PALU.

São Paulo, 8 de outubro de 2014.

DÉCIO NOTARANGELI, Relator

Ementa: CONSTITUCIONAL E CIVIL – RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO – PROVA DE IDENTIDADE – EXIGÊNCIA DE DOCUMENTO ATUALIZADO – LEGALIDADE – DANO MORAL NÃO CONFIGURADO – INEXISTÊNCIA DO DEVER DE INDENIZAR.

1. A responsabilidade civil do Estado é objetiva baseada na teoria do risco administrativo no caso de comportamento danoso comissivo (art. 37, § 6º, CF).

2. Somente o dano moral razoavelmente grave deve ser indenizado. Mero dissabor, aborrecimento e mágoa estão fora da órbita do dano moral. Ausência de constrangimento. Exigência de documento recente e em bom estado para identificação civil. Admissibilidade. Exercício regular do poder de polícia (art. 3º, III, Lei nº 10.054/00). Pedido improcedente. Sentença reformada. Reexame necessário não conhecido. Recurso da autora desprovido. Recurso da ré provido.

Acesso ao Sumário

VOTO

A r. sentença a fls. 62/64, cujo relatório se adota, julgou procedente, em parte, pedido de condenação no pagamento de indenização por dano moral decorrente de impedimento de realização de exame de renovação de CNH. Há reexame necessário.

Inconformadas apelam as partes. A autora busca a majoração do *quantum* indenizatório, invocando a finalidade reparatória e pedagógica da condenação por danos morais. A ré, por sua vez, objetiva a reforma do julgado sustentando, em síntese, que a exigência de apresentação de documento recente e em bom estado não configura ato ilícito, mas mero cumprimento de dever funcional do agente estatal, com amparo legal (art. 3º, III, Lei nº 10.054/00). Aduz que se trata de mero aborrecimento, que não infligiu dano moral à autora, e que a verificação dos documentos somente é feita no próprio dia do exame. Por fim, pede, subsidiariamente, a aplicação da Lei nº 11.960/09.

Recursos recebidos e processados, com contrarrazões da Fazenda do Estado.

É o relatório.

Inicialmente não se conhece do reexame necessário, pois se trata de condenação por valor certo, inferior a sessenta salários mínimos (art. 475, § 2º, CPC).

No mais, ressalvada a convicção do nobre magistrado prolator da r. sentença apelada, assiste razão à ré.

A responsabilidade civil do Estado é objetiva baseada na teoria do risco administrativo e no art. 37, § 6º, CF, segundo o qual 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. Assim, tratando-se de comportamento danoso comissivo, para obter a indenização basta que a vítima demonstre a ação do Estado, o dano e o nexo causal entre este e aquela.

Todavia, para "evitar excessos e abusos", doutrina CARLOS ROBERTO GONÇALVES, com base no ensinamento de SERGIO CAVALIERI, "só se deve reputar como dano moral 'a dor, vexame, sofrimento ou humilhação que, fugindo à normalidade, interfira intensamente no comportamento psicológico do indivíduo, causando-lhe aflições, angústia e desequilíbrio em seu bem-estar. Mero dissabor, aborrecimento, mágoa, irritação ou sensibilidade exacerbada estão fora da órbita do dano moral, porquanto, além de fazerem parte da normalidade do nosso dia-a-dia, no trabalho, no trânsito, entre os amigos e até no ambiente familiar, tais situações não são intensas e duradouras, a ponto de romper o equilíbrio psicológico do indivíduo'".

Acesso ao Sumário

Para concluir, firme na doutrina de PONTES DE MIRANDA: "Assim, somente o dano moral razoavelmente grave deve ser indenizado. 'O que se há de exigir como pressuposto comum da reparabilidade do dano não patrimonial, incluído, pois, o moral, é a gravidade, além da ilicitude. Se não teve gravidade o dano, não se há pensar em indenização. *De minimis non curate praetor*'" (Direito Civil Brasileiro, IV Volume, Saraiva, 2007, pág. 359).

No caso vertente, porém, inexiste ilicitude ou gravidade no ato administrativo questionado, daí porque não há falar em dano moral.

Cinge-se a controvérsia à ocorrência de dano moral indenizável decorrente da conduta de agente da CIRETRAN que impediu a autora de realizar exame de renovação de CNH ante a falta de cédula de identidade recente e em bom estado de conservação.

Com efeito, a exigência de documento de identidade recente e em bom estado de conservação configura exercício regular de poder de polícia amparado na Lei nº 10.054/00, vigente à época dos fatos e aplicável à espécie. Confira-se:

> "Art. 3º. O civilmente identificado por documento original não será submetido à identificação criminal, exceto quando:
>
> (...)
>
> III – o estado de conservação ou a distância temporal da expedição de documento apresentado impossibilite a completa identificação dos caracteres essenciais."

Tratando-se de exercício regular de poder de polícia pelo agente estatal "não haverá responsabilidade civil do Estado se tiverem sido observados todos os limites e deveres pertinentes ao dever de diligência. No cumprimento de seus deveres funcionais, o agente estatal adotou todas as precauções. Se vier a se consumar um dano em relação a terceiro, não haverá dever de indenizar" (MARÇAL JUSTEN FILHO, Curso de Direito Administrativo, São Paulo: Saraiva, 2ª ed., p. 818).

Nem se alegue que tal exigência não constava expressamente das instruções fornecidas pela CIRETRAN, pois conservar recentes e em bom estado os documentos para identificação civil decorre de comando legal claro, imperativo e anterior aos fatos, não se admitindo a alegação de desconhecimento da Lei nº 10.054/00 para furtar-se ao seu cumprimento.

Acesso ao Sumário

Tampouco é procedente o argumento de que o agente público poderia ter suprido a falta do documento mediante consulta em cadastro informatizado. A orientação dada ao público é clara no sentido de que, no ato da renovação, devem ser apresentados conjuntamente "CNH, CPF e RG originais" e que apenas o primeiro documento pode ser suprido por outro na realização do exame (fls. 09 e 53).

Além disso, não se vislumbra no fato gravidade maior que justifique

a assertiva de que a autora foi submetida pela agente da ré a humilhação, sofrimento, dor intensa, anormal e desproporcional, a acarretar danos morais. Ao contrário, segundo se depreende da prova testemunhal produzida (fls. 47/49), a situação narrada pela autora não passou de um simples aborrecimento por ter sido impedida de realizar o exame na data agendada, fato que por si só não lhe infligiu danos morais. De rigor, portanto, a improcedência do pedido.

Por essas razões, não se conhece do reexame necessário e nega-se provimento ao recurso da autora, provendo-se o recurso da ré para reformar a r. sentença apelada e julgar improcedente a pretensão inicial, condenando a autora no pagamento de custas e despesas processuais, além de honorários advocatícios fixados em R$ 2.000,00, nos termos do art. 20, § 4º, CPC, com a ressalva do art. 12 da Lei nº 1.060/50.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação/Reexame Necessário nº 0004810-05.2013.8.26.0053, da Comarca de São Paulo, em que são apelantes FAZENDA DO ESTADO DE SÃO PAULO e SÃO PAULO PREVIDÊNCIA – SPPREV, é apelada NILVA DE MOURA MUZEL APRILE.

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 da Relatora, que integra este acórdão. **(Voto nº 17.172)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores SIDNEY ROMANO DOS REIS (Presidente sem voto), EVARISTO DOS SANTOS e LEME DE CAMPOS.

São Paulo, 20 de outubro de 2014.

MARIA OLÍVIA ALVES, Relatora

Ementa: APELAÇÃO e REEXAME NECESSÁRIO – Ação revisional de aposentadoria por invalidez – Pedido de recebimento dos proventos com base na integralidade do cargo em comissão exercido por ocasião da aposentadoria – Procedência – Legitimidade passiva da SPPREV – Ente responsável pelo pagamento do benefício – Prescrição do fundo de direito – Inocorrência – Parcelas de trato sucessivo – Aplicação da Súmula nº 85 do STJ – Pretensão

Acesso ao Sumário

de inversão do julgamento – Impossibilidade – Recolhimento das contribuições previdenciárias sobre a totalidade da diferença entre os cargos e não somente sobre a diferença incorporada – Conceito de "integralidade" do benefício que abrange todo o valor do vencimento do cargo em comissão – Pareceres administrativos favoráveis, aliás, ao pedido – Concessão da aposentadoria integral que visa exatamente impedir a perda remuneratória – Rejeição da matéria preliminar – Não provimento do recurso, com solução extensiva ao reexame necessário.

VOTO

Trata-se de ***ação ordinária*** ajuizada por ***Nilva de Moura Muziel Aprile*** contra o ***Estado de São Paulo*** e ***São Paulo Previdência (SPPREV)***, com o objetivo de obter a condenação dos réus no pagamento de seus proventos de aposentadoria com base no valor integral referente ao cargo de Assessor Técnico Procurador, bem como da diferença vencida. Pretende, ainda, que sobre tal verba não incida desconto de imposto de renda e do IAMSPE.

Conforme sentença de fls. 537/540, os pedidos foram julgados procedentes e os réus condenados ao pagamento de honorários advocatícios fixados em 10% (dez por cento) sobre o valor da condenação.

Inconformados, recorrem os ***réus***. Preliminarmente, alegam ilegitimidade passiva da ***SPPREV*** e a prescrição do fundo de direito. No mérito, afirmam que, embora a autora faça jus ao recebimento dos seus proventos integrais, tem direito apenas aos 6/10 (seis décimos) da diferença de vencimentos do cargo de Assessor Técnico Procurador, pois quanto aos 4/10 (quatro décimos) existia mera expectativa de direito, eis que eles ainda não estavam incorporados (fls. 549/554).

Foram apresentadas as contrarrazões (fls. 561/567).

Há reexame necessário.

É o relatório.

Presentes os pressupostos de admissibilidade, conheço do recurso, mas lhe nego provimento, com solução extensiva ao reexame necessário. Rejeito a matéria preliminar.

Não há que se falar na ilegitimidade passiva da ***SPPREV***, haja vista que é o ente responsável pelo pagamento da aposentadoria da autora e quem, portanto, suportará o prejuízo econômico na eventual procedência do pedido.

Da mesma forma, não houve prescrição do fundo de direito.

Acesso ao Sumário

No caso de cobrança de prestações pecuniárias de trato sucessivo, a prescrição atinge apenas as parcelas vencidas nos cinco anos anteriores a propositura da ação.

Nesse sentido, o entendimento sumulado pelo Eg. Superior Tribunal de Justiça (Súmula nº 85):

"***Nas relações jurídicas de trato sucessivo em que a Fazenda Pública figure como devedora, quando não tiver sido negado o próprio direito reclamado, a prescrição atinge apenas as prestações vencidas antes do quinquênio anterior à propositura da ação.***"

No mais, o pedido deveria mesmo ter sido julgado procedente.

Pretende a autora obter a revisão de sua aposentadoria por invalidez para que o valor dos seus proventos corresponda à integralidade do valor que recebia no cargo em que se aposentou (Assessor Técnico Procurador).

Os réus não questionam o direito da autora à aposentadoria com proventos integrais. Todavia, sustentam que ela faria jus somente aos proventos referentes ao cargo no qual ingressou no serviço público, somados aos valores já incorporados do cargo em comissão ocupado, que correspondem a seis décimos da diferença.

Mas não têm razão.

Com efeito, a autora ingressou no funcionalismo na função de Agente de Fiscalização Financeira no Tribunal do Estado de São Paulo. Entretanto, foi designada para exercer por quatro períodos o cargo de Assessor Técnico Procurador, totalizando ao todo mais de 6 (seis) anos nesse cargo, no qual se aposentou.

Por outro lado, quando estava na ativa, a requerente contribuía sobre a ***totalidade*** dos vencimentos recebidos no cargo de Assessor Técnico Procurador e não apenas sobre a parcela que já estava incorporada, razão pela qual, não há como negar que sua aposentadoria deve corresponder à totalidade dos vencimentos e não apenas à parcela já incorporada.

Assim, como bem julgou a i. magistrada de 1º grau:

"***Outrossim, o artigo 40, § 1º, I c.c. § 3º, da Constituição Federal, com redação dada pela EC 20/98, dispõe que os proventos de aposentadoria serão calculados com base na remuneração do servidor no cargo efetivo em que se der a aposentadoria, devendo tal aposentadoria ser integral.***

Nessa seara, ao ver deste juízo, a expressão 'cargo efetivo' representa não apenas o cargo no qual o servidor ingressou no serviço público, mas também representa os demais cargos que efetivamente tenha exercido no decorrer de sua atuação frente ao serviço público, sendo essa a interpretação do texto constitucional mais adequada ao caso apresentado.

Acesso ao Sumário

Desse modo, tendo sido aposentada enquanto exercia o cago de 'Assessor Técnico Procurador', não há outra solução a não ser o acolhimento do pedido para que os proventos de aposentadoria levem em consideração o valor integral da remuneração do cargo efetivamente exercido quando do momento de sua concessão. *(fl. 539)*

Ademais, embora seu pedido tenha sido indeferido administrativamente, não se pode olvidar que há diversos pareceres das Comissões do Tribunal de Contas do Estado de São Paulo favoráveis à sua pretensão.

Parecer da Assessoria Técnico Jurídica:

"***Então pergunto: se a ex-funcionária contribuía para a previdência pelo total de seus vencimentos, se os proventos devem ser calculados com base nas remunerações que serviram de referência para as contribuições, então, por que devemos calcular os proventos proporcionais a 6/10 incorporados se ela contribuiu sobre a totalidade dos vencimentos do cargo de Assessor Técnico Procurador?***

(...)

Portanto, creio se os proventos da interessada forem deferidos com base no vencimento do cargo de Assessor Técnico Procurador, não apenas com base nas parcelas incorporadas e sim em sua totalidade, devemos consolidar nosso posicionamento, nas contribuições previdenciárias recolhidas, que foi pelo total de seus vencimentos no cargo em comissão, e não pelo caro efetivo acrescido das vantagens incorporadas" ***(fls. 112/113).***

Parecer da Diretoria de Despesa de Pessoal:

"***Se o entendimento naqueles autos é de não excluir dos cálculos os 'décimos' não incorporados, para que não ocorra prejuízo ao ex-servidor, quando pagamos as indenizações, da mesma forma, deveríamos proceder quanto aos cálculos dos proventos dos servidores inativos que tiveram sua carreira profissional interrompida por motivos de saúde. A este, infelizmente já penalizados com o caro e penoso tratamento médico, nós permitimos o prejuízo.***

Talvez estejamos sendo mais rigorosos que a própria lei, pois esta só determina que os proventos sejam INTEGRAIS e isto significa, no meu entender, que o ex-servidor tem direito a perceber os proventos equivalentes à sua remuneração quando ainda na condição de ativo." ***(fls. 118/119)***

Parecer da Diretoria Técnica de Departamento:

"***Assim, acompanhando o concluído pelo ilustre Diretor Técnico Substituto da Diretoria de Despesa de Pessoal – DDP, às fls. 90/92, por se tratar aposentadoria declarada devido à moléstia grave, que ensejou a isenção do Imposto de Renda, conforme fl. 65,***

Acesso ao Sumário

entendo que a situação funcional, a ser retratada para o cálculo dos proventos, deva ser a mesma que determinava a remuneração mensal da interessada, à época da declaração da aposentadoria. ***(fl. 124)***

Parecer da Diretoria Geral:

"***No que se refere à integralidade de proventos nos casos de aposentadoria por invalidez, meu entendimento já é conhecido: nessas hipóteses, creio que a integralidade independe dos vencimentos já se encontrarem incorporados ao patrimônio do servidor; dessa forma, tenho para mim que servidor cuja situação enquadra-se nas disposições do artigo 133 da Constituição Estadual, caso acometido de doença grave que implique na sua aposentação por invalidez permanente, fará jus a título de aposentadoria a proventos iguais ao que recebia na ativa, por entender que, nesse caso, a integralidade se estende às vantagens ainda não incorporadas.***" ***(fl. 128)***

Por tudo isso, e tendo em vista que o objetivo da Constituição Federal, ao determinar o pagamento de aposentadoria integral aos aposentados por invalidez permanente, foi o de justamente garantir a inocorrência de perda remuneratória à pessoa portadora de mal grave e incurável, é que o acolhimento do pedido era medida que se impunha.

Ante o exposto, pelo meu voto, ***rejeito a matéria preliminar e nego provimento à presente apelação, com solução extensiva ao reexame necessário***.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação/Reexame Necessário nº 0003893-69.2010.8.26.0415, da Comarca de Palmital, em que são apelantes FAZENDA DO ESTADO DE SÃO PAULO e JUÍZO *EX OFFICIO*, é apelado RODRIGUES FERREIRA DOMINGUES.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 12ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento parcial aos recursos, nos termos que constarão do acórdão. V.U.", de conformidade com o voto do relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 20907)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores EDSON FERREIRA (Presidente), OSVALDO DE OLIVEIRA e BURZA NETO.

São Paulo, 14 de novembro de 2014.

EDSON FERREIRA, Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: RESPONSABILIDADE CIVIL. Preso em flagrante por crime de tráfico de drogas, condenado em primeiro grau a quatro anos de reclusão, com desclassificação em grau de apelação, julgada mais de quatro anos depois da prisão, para simples porte para uso próprio, com sanção restrita a mera advertência judicial sobre os efeitos das drogas. Não atendida, em processo criminal de réu preso, a garantia do artigo 5º, LXXVIII, da Constituição Federal, introduzida pela EC 45/2004. Devida indenização, fixada pela sentença em R$ 10.170,00 a título de danos materiais, dado que a prisão impediu o autor de exercer trabalho remunerado, e de R$ 33.900,00 a título de danos morais. Honorários advocatícios, fixados em dez por cento do valor da condenação, sem motivo para redução. Correção monetária e juros de mora em consonância com a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, estabelecida pela sistemática dos recursos repetitivos do artigo 543-C do CPC. Recurso e reexame necessário parcialmente providos.

VOTO

A sentença, proferida pelo eminente juiz, Doutor Luciano Antônio de Andrade, julgou procedente demanda de indenização, sob fundamento de demora na finalização de processo criminal de réu preso, de R$ 33.900,00 por danos morais e R$ 10.170,00 por danos materiais, com correção monetária, a partir da sentença, pelos índices da tabela de atualização editada por esta Corte e juros de mora de um por cento ao mês desde a citação, tendo fixado honorários advocatícios em dez por cento sobre o valor total da condenação (fls. 262/v).

Apela o Estado pela inversão do resultado ou pela aplicação da Lei nº 11960/2009 e fixação dos honorários advocatícios de forma mais moderada.

O recurso foi respondido.

É o relatório.

Incide hipótese de reexame necessário por ser o valor da condenação superior a sessenta salários mínimos.

Consta que o autor foi preso, no dia 16 de dezembro de 2004, por crime de tráfico de drogas.

Foi condenado em primeiro grau a quatro anos de reclusão, em regime integralmente fechado, e ao pagamento de sessenta e seis dias-multa.

Julgado recurso de apelação, em 05 de março de 2009, depois de cumprida

Acesso ao Sumário

integralmente a pena imposta pela sentença, houve a desclassificação do crime para o do artigo 28 da Lei nº 11343/2006, com imposição de simples advertência judicial sobre os efeitos das drogas.

De fato, não é razoável que processo criminal de réu preso em flagrante demore mais de quatro anos até o julgamento da apelação, ou seja, que a pena de quatro anos de reclusão imposta pela sentença se esgote, com o réu preso, antes do julgamento da sua apelação, que considerou não poder responsabilizar o réu por tráfico, mas apenas por porte para uso próprio, de modo que a sanção ficou restrita a simples advertência quanto aos efeitos das drogas.

Considerando que o réu permaneceu à disposição do poder repressor do Estado desde a sua prisão em flagrante delito, que teve lugar no dia 16 de dezembro de 2004, que assim permaneceu por quatro anos, em razão da sentença que foi alterada em grau de apelação, julgada somente em 05 de março de 2009, mais de quatro anos depois da prisão, e que a pena de prisão foi afastada, tem cabimento a indenização porque o Estado-juiz não foi capaz de efetivar a razoável duração do processo, garantia fundamental do artigo 5º, LXXVIII, da Constituição Federal, introduzida pela EC 45, de 8 de dezembro de 2004, em processo de réu preso.

Evidentemente que não é nada razoável que o réu permaneça preso pelo processo por quatro anos sem que ao menos a sua apelação tenha sido julgada.

Tem cabimento, portanto, a indenização imposta pela sentença a título de danos materiais, dado que a prisão impediu o autor de exercer trabalho remunerado, da mesma forma a título de danos morais.

Quanto aos honorários advocatícios, fixados pela sentença em dez por cento do valor da condenação, estão em consonância com a regra e critérios do artigo 20, § 4º, do CPC e remuneram o trabalho profissional de forma compatível com a real expressão econômica da demanda.

Dada a declaração de inconstitucionalidade parcial do artigo 5º da Lei nº 11960/2009, pelo STF, em 14-03-2013, no julgamento da ADIN 4357, e a jurisprudência daquela Corte contrária ao uso da taxa referencial como fator de correção monetária, adota-se a orientação fixada pelo Superior Tribunal de Justiça, com os efeitos do artigo 543-C, do CPC, de correção monetária com base no IPCA, índice que melhor reflete a inflação acumulada do período, a partir dos correspondentes vencimentos, e juros de mora, a partir da citação, com base no índice oficial de remuneração básica e juros aplicados à caderneta de poupança, segundo a redação que a Lei nº 11960/2009 conferiu ao artigo 1º-F da Lei nº 9494/1997 (REsp nº 1.270.439-PR, Rel. Ministro Castro Meira, Primeira Seção do STJ, votação unânime, com os efeitos do artigo 543-C do CPC, sistemática dos recursos repetitivos, j. 26-06-2013, DJe 02-08-2013).

Apenas para esse efeito, **DÁ-SE** parcial provimento ao recurso e ao

Acesso ao Sumário

reexame necessário.

Conflitos de Competência

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Conflito de Competência nº 0071453-70.2014.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é suscitante 16ª CÂMARA DE DIREITO PÚBLICO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA, é suscitada 12ª 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 para declarar a competência da C. 12ª Câmara de Direito Público, V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto 33.902)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores TORRES DE CARVALHO (Presidente), ANTONIO CARLOS MALHEIROS, ERBETTA FILHO, ZÉLIA MARIA ANTUNES ALVES, 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.

RICARDO DIP, Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: DÚVIDA DE COMPETÊNCIA. MANDADO DE SEGURANÇA. RECUSA DE LIBERAÇÃO DE VALORES PECUNIÁRIOS EM DEPÓSITO.

– A origem dos títulos de levantamento monetário não repercute na competência para apreciar e decidir recurso em mandado de segurança impetrado contra o ato de recusa de liberar-se o depósito correspondente.

– Não se põem em discussão, no caso sob exame, as causas do levantamento objeto, senão que apenas – e restritamente – está em disputa a matéria dos poderes da procura judicial.

Competência solvida com assinação dos autos à colenda 12ª Câmara de Direito Público deste Tribunal de Justiça.

VOTO

RELATÓRIO:

1. O Advogado Wilson Miguel impetrou mandado de segurança contra ato do Gerente do Banco do Brasil S/A na agência do Fórum João Mendes Júnior, na Capital de São Paulo.

Alega, em resumo, falta de observância de mandados de levantamento pecuniário, emitidos em seu nome e na condição de Procurador em autos de demandas acidentárias, mediante a exigência, que tem por ilegal, deliberação direta ao próprio constituinte.

2. O M. Juízo da 1ª Vara da Fazenda Pública de São Paulo denegou, liminarmente, a segurança: *(i)* por falta de direito líquido e certo, e *(ii)* impropriedade da discussão, na via do *mandamus*, de questões suscetíveis de apreciação e decisão nos vários autos processuais de que provêm os mandados de levantamento (fls. 36-7).

3. Apelou o impetrante (fls. 51-63), e o recurso foi, de início, distribuído à egrégia 13ª Câmara de Direito Privado deste Tribunal de Justiça, que não conheceu do apelo (fls. 112-6 – Rel. Des. FRANCISCO GIAQUINTO , j. 17-10-2012).

Redistribuiu-se a impugnação à colenda 16ª Câmara de Direito Público (fl. 128), que, mediando retificação, decidiu por nova redistribuição dos autos no âmbito da Seção de Direito Público da Corte (fls. 145-9 – Rel. Des. ANTONIO TADEU OTTONI, j. 28-1-2014).

Com o sorteio sucessivo, foram os autos à egrégia 12ª Câmara de Direito Público (fl. 152), sobrevindo r. decisão monocrática ordenadora de outra redistribuição para a 16ª ou a 17ª Câmaras de Direito Público (fl. 152 – Rel. Des. EDSON FERREIRA , j. 26-3-2014).

Efetivando-se mais essa redistribuição (fls. 154 e 156), a colenda 16ª Câmara de Direito Público suscitou a vertente dúvida de competência (fls.159-65 – Rel. Des. ANTONIO TADEU OTTONI, j. 27-5-2014).

É o relatório do necessário, conclusos os autos recursais em 10 de outubro de 2014 (fl. 169).

VOTO:

4. Registre-se, à partida, que esta Turma Especial de Direito Público não se tem recusado – por manifesto benefício da economia processual – a conhecer de dúvidas de competência em que as decisões originárias provenham, por modo

Acesso ao Sumário

unilateral ou bilateral, de **juízos monocráticos**.

5. O processo de referência, na espécie, é um mandado de segurança contra ato, apontadamente praticado por gerente do Banco do Brasil S/A, ato esse de recusa de liberação monetária em favor do impetrante.

Os títulos exibidos para o levantamento pecuniário são mandados extraídos de autos de ações acidentárias.

Sem embargo disso, não se avista, na versada ação de segurança, matéria atrativa da "**competência preferencial para as ações relativas a acidente de trabalho fundada no direito especial**" (inc. III do art. 3º da Resolução nº 623, de 16-10-2013, editada pelo egrégio Órgão Especial deste Tribunal de Justiça).

A impetração autônoma da segurança – abdicando-se da discussão do tema de fundo nos autos mesmos acidentários de que oriundos os mandados de levantamento – parece indicar a eleição de um caminho que, mal ou bem, bem ou mal, foi uma via distinta da dos processos especializados.

Se isso se admitia ou não é exatamente a questão processual objeto do apelo. Muitas são, de toda a sorte, as situações que, no vasto ambiente do direito, propiciam um leque de possíveis remédios. Nada impediria, é certo, que o impetrante se valesse, para solver a recusa objeto, de provocação junto aos diversos processos. Não foi essa a trilha que escolheu e, ao fim, não há, na segurança em apreço, matéria própria do direito especial infortunístico.

Juntaram-se aos autos mandados de levantamento provenientes tanto de diversas Varas, quanto mesmo de várias Comarcas, e não seria demasiado – versando o *writ* o tema dos poderes de procuradores judiciais – que estivéssemos diante de outro possível *discrimen* nos mandados de liberação: nada impediria, com efeito, que alguns desses mandados adviessem de Juízo cível ou da família ou, hipótese extrema, do penal, sem que essa variedade genética alterasse a configuração jurídica da segurança tal como impetrada.

Isso põe à mostra que a origem dos títulos não afeta a matéria disputada no presente *mandamus*, pois o que nele se alveja é a recusa de liberação monetária, nada importante a proveniência da causa liberatória. *Nec plus ultra.*

Acesso ao Sumário

Se a matéria em discussão é de Direito público (e se aqui acaso não o seja, isso não pode ser disputado por nossa Turma Especial) e se essa matéria não está no domínio da competência recursória "das Câmaras Reservadas ao Meio Ambiente e das 14ª a 18ª Câmaras de Direito Público" (inc. I.11 do art. 3º da Resolução nº 623 – TJSP), compete, **residuariamente**, às Câmaras "gerais" da Seção o apreciá-la e decidi-la.

NOS TERMOS EXPOSTOS, meu voto, solvendo a vertente dúvida de competência, assina, para a apreciação e a decisão do recurso objeto, a competência da egrégia 12ª Câmara de Direito Público de nosso Tribunal de Justiça.

É como voto.

Reexames Necessários

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Reexame Necessário nº 0008251-53.2012.8.26.0271, da Comarca de Itapevi, em que é recorrente JUÍZO *EX OFFICIO*, são recorridos L.C.F. (MENOR REPRESENTADA), E.S.F. (E POR SEUS FILHOS) e M.R.C.F. (E POR SEUS FILHOS).

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 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 19.644)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores MOREIRA DE CARVALHO (Presidente sem voto), REBOUÇAS DE CARVALHO e OSWALDO LUIZ PALU.

São Paulo, 25 de novembro de 2014.

CARLOS EDUARDO PACHI, Relator

Ementa: MANDADO DE SEGURANÇA – Pretensão à efetivação da matrícula da Autora na 2ª série do Ensino Fundamental – Possibilidade – Observância à Constituição Federal que estabelece o direito fundamental de acesso à educação – Inaplicabilidade da Deliberação CEE nº 73/2008 – R. Sentença mantida. Recurso oficial improvido.

VOTO

Vistos, etc.

Trata-se de reexame necessário da r. sentença de fls. 147/152, cujo relatório é adotado, que concedeu a segurança, para garantir a matrícula da menor no 2º ano do ensino fundamental. Sem honorários advocatícios e custas pela impetrada.

Processado o reexame necessário, subiram os autos.

Acesso ao Sumário

A Procuradoria Geral de Justiça opinou pela remessa dos autos à Câmara Especial (fls. 172/173).

Instadas, as partes não se manifestaram quanto ao julgamento virtual, conforme certidão a fls. 174.

É o Relatório.

Trata-se de mandado de segurança visando à matrícula da menor L.C.F. na 2ª série do Ensino Fundamental no colégio Mackenzie.

Não é o caso de se encaminhar o feito à Câmara Especial já que esta Câmara de Direito Público já firmou entendimento no sentido de que a matéria é de sua competência.

Verifica-se dos autos que a menor teve sua matrícula indeferida com supedâneo na Deliberação CEE nº 73/2008 (fls. 14), já que completaria sete anos de idade após 30 de junho de 2012.

De fato, a Lei nº 11.274/2006 estabelece que o ensino fundamental, com duração de nove anos, se inicia aos seis anos de idade e a Deliberação do Conselho Estadual de Educação de São Paulo (CEE) nº 73/2008 determinou que o aluno deveria ter sete anos completos até o dia 30 de junho do ano do ingresso.

Todavia, prevê o Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei nº 8.069/90):

"*Art. 53. A criança e o adolescente têm direito à educação, visando ao pleno desenvolvimento de sua pessoa, preparo para o exercício da cidadania e qualificação para o trabalho, assegurando-se-lhes:*

I – igualdade de condições para o acesso e permanência na escola;"

Tal regra está em sintonia com o que estabelece a Constituição Federal:

"*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 tiveram acesso na idade própria;

[...]

IV – educação infantil, em creche e pré-escola, às crianças até 5 (cinco) anos de idade; (EC 53/2006)

V – acesso aos níveis mais elevados do ensino, da pesquisa e da criação artística, segundo a capacidade de cada um;"

Depreende-se do artigo transcrito que a educação infantil é assegurada à criança de até cinco anos e a partir de cinco anos e um dia e a Magna Carta garante o ingresso no Ensino Fundamental, caso os alunos estejam aptos à progressão.

Com efeito, conforme documento de fls. 13, a menor foi declarada habilitada ao ingresso na 2ª série do Ensino Fundamental.

Acesso ao Sumário

Cabe asseverar que indeferir a matrícula sob a alegação de que não teria completado sete anos até 30.06.2012, significaria desconsiderar sua dignidade enquanto pessoa em formação, além de afrontar o princípio da razoabilidade, ao compeli-lo a repetir o programa escolar.

Assim conclui-se que a Deliberação CEE n. 73/2008, que fixa a idade mínima de sete anos completos até o dia 30 de junho do ano para o ingresso na 2ª série do Ensino Fundamental afronta o art. 208, da CF, sendo, portanto, inaplicável *in casu*, prevalecendo a Magna Carta, respeitando-se ainda o princípio da hierarquia das normas.

Frise-se que o acesso à educação é direito fundamental da criança e adolescente, impassível de restrição, incumbindo ao Estado a implantação de programas para dar cumprimento ao mandamento constitucional.

Nesse sentido, são os julgados desta C. Corte:

"*APELAÇÃO CÍVEL. Mandado de Segurança. Alunos que pretendem ser matriculados na primeira série do ensino fundamental. Negativa da escola em efetuar a matrícula segundo Deliberação CEE 73/08 do Conselho Estadual de Educação em razão dos alunos terem nascido pouco tempo após a idade dita ideal para o nível pretendido, estabelecida pelo Conselho Estadual de Educação de São Paulo. Inadmissibilidade. Afronta a direito líquido e certo. Circunstância que impediria o avanço escolar e consequente conclusão do ensino fundamental, sem qualquer ganho pedagógico. Liminar e ordem concedidas para o fim de reconhecer o direito à matrícula. Sentença de procedência mantida. Recursos oficial e voluntários não providos.*" (Apelação nº 0007845-43.2011.8.26.0505, Rel. Des. Oswaldo Luiz Palu, j. 08.05.2013).

"*ENSINO FUNDAMENTAL – Mandado de Segurança – Rede Pública de Ensino do Estado de São Paulo – Indeferimento da matrícula, no primeiro ano do ensino fundamental no ano letivo de 2012, de criança nascida após 30 de junho de 2012 – Ato administrativo de restrição à matrícula que não deverá subsistir. Resolução Estadual dissonante dos direitos ordenados no artigo 208, incisos I, IV e V, da Constituição Federal. Garantia de acesso ao ensino fundamental a partir dos cinco anos de idade e possibilidade ao acesso a níveis mais apurados do ensino, segundo a capacidade de cada indivíduo. Concessão da segurança mantida. Recursos oficial e voluntário da Fazenda não providos.*" (Apelação nº 0016682-17.2011.8.26.0302, Rel. Des. Rebouças de Carvalho, j. 10.04.2013).

Dessa forma, por todos os ângulos que se analise a questão é de rigor a manutenção da r. sentença que assegurou a realização da matrícula da aluna.

Pelo exposto, **NEGO PROVIMENTO** ao recurso.

Acesso ao Sumário

SEÇÃO DE DIREITO CRIMINAL

Agravos em Execução Penal

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Execução Penal nº 7007020-70.2014.8.26.0344, da Comarca de Marília, em que é agravante MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO, é agravado FERNANDO BISPO DOS SANTOS.

ACORDAM, em 8ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao agravo em execução. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 19.137)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores LOURI BARBIERO (Presidente) e GRASSI NETO.

São Paulo, 4 de dezembro de 2014.

MOREIRA DA SILVA, Relator

Ementa: Agravo em Execução – Progressão ao regime semiaberto – Deferimento – Recurso ministerial objetivando o retorno ao regime fechado ou a realização de exame criminológico – Inadmissibilidade – Gravidade abstrata do crime e longa pena a cumprir não constituem óbices à progressão – Inexistência de falta grave – Conduta prisional indicativa de assimilação da terapêutica penal – Prescindibilidade da realização de exame criminológico – Requisitos preenchidos – Recurso improvido.

Acesso ao Sumário

VOTO

1. Trata-se de Agravo em Execução interposto pelo Ministério Público, nos autos do processo de Execução Penal nº 1.078.957, cujo polo passivo é integrado por **Fernando Bispo dos Santos**, em trâmite na Eg. Vara das Execuções Criminais da Comarca de Marília, contra a r. decisão – da lavra da MMa. Juíza de Direito Dra. Renata Biagioni Belam – que outorgou ao agravado o regime prisional semiaberto.

Recorre o Ministério Público alegando, em síntese, que o mérito não recomenda a progressão do agravado, seja porque se trata de pessoa extremamente perigosa e nociva à sociedade, seja pela natureza e gravidade do crime cometido (tráfico de drogas), seja porque possui longa pena a cumprir, devendo permanecer por mais tempo no regime semiaberto para que possa ser melhor observado. Se assim não se entender, tais peculiaridades estão a reclamar a realização de exame criminológico. Pugna, pois, pelo provimento do recurso para que seja indeferida a progressão ao regime semiaberto, com o retorno do agravado ao regime fechado, ou a realização do referido exame a fim de verificar o requisito subjetivo.

Processado e contra-arrazoado o recurso em que o agravado postula o improvimento, a MMa. Juíza de Direito manteve a r. decisão impugnada e a d. Procuradoria Geral da Justiça manifesta-se pelo desprovimento do recurso ministerial.

É o relatório.

2. O recurso não comporta provimento.

Cabe observar que o agravado cumpre pena total de 7 (sete) anos de reclusão, pela prática de tráfico de drogas, consoante se extrai do Boletim Informativo (fls. 09 vº/10), estando o respectivo término de cumprimento previsto para o dia 27.03.2018.

Pleiteou e viu deferida a progressão de regime prisional pela MMa. Juíza de Direito *a quo*, sob o fundamento de que preenchia os requisitos objetivo e subjetivo.

Antes do mais, fica registrado que não pesa controvérsia, na espécie, acerca do requisito objetivo, uma vez que a eminente Juíza *a quo* já o considerou satisfeito, sendo certo que o julgado, nessa parte, quedou-se a salvo de irresignação ministerial.

Importa anotar que a gravidade da conduta praticada pelo agravado já foi considerada pelo legislador ao estabelecer a pena cominada ao crime e pelo juiz da condenação ao fixar as penas adequadas ao caso concreto.

Portanto, adotar tal argumentação, como causa de decidir, constitui verdadeiro e inadmissível *bis in idem*, máxime por ostentar nova valoração de modelos de conduta para os quais o legislador já estabeleceu o controle social extremo consistente na criação da norma jurídico-penal e o juiz já fixou a dosagem adequada de penas em face do caso concreto.

E mais, abraçar o argumento da gravidade, é dizer, ainda que por outras palavras, que o agravado tão cedo não terá direito ao almejado benefício; é admitir que o juiz possa ter um critério próprio, subjetivo, apesar dos requisitos definidos, às expressas, pelo legislador no artigo 112 da Lei de Execução Penal; é aceder à possibilidade de o juiz, a pretexto de interpretar a lei, instituir requisitos

Acesso ao Sumário

outros como que a construir nova norma jurídico-legal, destituída da necessária validade – na exata concepção kelseniana[1] –, porque ao arrepio dos princípios da separação dos poderes e da legalidade e, pois, em desconformidade com a Constituição.

Ademais, ressalta-se que o fato de o agravado ter longa pena a cumprir é circunstância que, por si só, não constitui óbice à pretensão por ele manifestada, sob pena de afronta ao sistema progressivo estabelecido na Lei de Execução Penal e ao princípio constitucional da individualização da pena. Aliás, a questão da 'longa pena' resolve-se com a consideração da proporcionalidade. Sim, na medida em que a pena é longa, reclama o cumprimento de fração da pena igualmente longa. Isso mostra que o argumento obstativo afigura-se falacioso. Portanto, descontada a quantidade pena legalmente exigida, a satisfação do requisito objetivo é inconteste, não havendo por que confundi-lo com o subjetivo.

Nesse sentido, pronunciou-se sabiamente o Colendo Superior Tribunal de Justiça:

> "***... O simples fato de ter o paciente praticado falta grave durante o curso da execução, há mais de treze anos, bem como a longa duração de sua reprimenda, são argumentos inviáveis para indeferir seu pedido de progressão de regime, sob pena de afronta ao sistema progressivo estabelecido na Lei de Execução Penal. O pleito de progressão pode ser indeferido ante a constatação de que o apenado não se encontra apto a suportar as responsabilidades do regime menos severo, o que deve ser comprovado por meio de elementos concretos, mas não abstratos***".[2]

Impende verificar, então, se ocorre o preenchimento do requisito subjetivo.

A alteração proporcionada pela Lei nº 10.792/03 ao artigo 112 da Lei nº 7.210/84 (Lei de Execução Penal) traz a perspectiva fenomenológica de que, para a progressão de regime prisional, concessão de livramento condicional, indulto ou comutação, basta que o condenado exiba bom comportamento carcerário, atestado pelo Diretor do Estabelecimento Penal.

Nada mais equivocado, contudo. Pode parecer, *prima facie*, que se estaria inaugurando uma nova era. Sim, no sentido de que se tornou desnecessário o requisito de ordem subjetiva para a benesse.

Isto porque o legislador, certamente açodado em alterar a realidade e despreocupado com a sorte da sociedade, deliberou que bastaria o atestado fornecido pelo Diretor do Presídio para que o condenado, após ter alcançado certo lapso temporal no cárcere, pudesse, v.g., passar a cumprir a sua pena em

Acesso ao Sumário

1 – Hans Kelsen, Teoria Pura do Direito, Coimbra, Armênio Amado Editor, 4ª edição, 1976, p. 267 e segs.; Teoria Geral do Direito e do Estado, São Paulo, Editora Martins Fontes, 4ª edição, 2005, p. 161 e segs.

2 – HC 85286/SP – Ministra Jane Silva – Órgão Julgador: T5 – Quinta Turma – Data Julg.: 08/11/2007.

regime prisional mais brando.

Bem é de ver, entretanto, que o Direito Positivo ainda contempla a possibilidade da aferição do mérito do condenado para a obtenção de benefícios durante o cumprimento de sua pena privativa de liberdade, como se dessume do artigo 33, § 2º, do Código Penal, ao condicionar a pretensão "***segundo o mérito do condenado***".

Não se pode ter distante, no entanto, que o Colendo Superior Tribunal de Justiça, dando ênfase à questão a indicar a não abolição do exame criminológico, sabidamente de todo relevante no cotidiano das execuções criminais, editou a Súmula nº 439 cujo comando normativo apresenta o seguinte teor: "***Admite-se o exame criminológico pelas peculiaridades do caso, desde que em decisão motivada***".

Cumpre ressaltar que o caso dos autos, mercê de suas peculiaridades, não está a reclamar a submissão do agravado a exame criminológico.

Importante observar que o crime integrante da execução – tráfico de drogas –, apesar de altamente reprochável, não pode ser o único motivo determinante para a realização do mencionado exame.

Ora, não se pode olvidar que, para aferição da possibilidade de o reeducando alcançar algum benefício no âmbito da execução penal, há de ter-se sempre em mira a sua conduta prisional, o seu comportamento atual, máxime em se considerando que o seu passado já lhe valeu a condenação pelo crime praticado e, agora, objeto de execução.

Cabe enfatizar, nesse passo, que o agravado registra um quadro comportamental desejável, no âmbito do sistema prisional. Isto porque, embora recolhido no cárcere há mais de três anos, em ambiente no mais das vezes altamente criminógeno, ele ostenta boa conduta carcerária, atestada pelos diretores do estabelecimento prisional (fls. 09), sendo certo, de resto, que não registra anotação de falta disciplinar grave em seu prontuário (fls. 10), tudo a indicar que vem absorvendo e assimilando adequadamente a terapêutica penal, consoante se extrai do Boletim Informativo.

Vale lembrar, a propósito, pertinente pronunciamento desta Augusta Corte de Justiça:

> "***Agravo em Execução – Reeducando agraciado com a progressão ao regime semiaberto – Insurgência do Ministério Público contra a decisão judicial – Entendimento ministerial de que não preenchido o requisito subjetivo – Pretensão de que seja o reeducando submetido a exame criminológico, por se tratar de crime grave, revelador de personalidade violenta e distorcida – Inadmissibilidade – Reeducando que cumpre pena por único crime – Gravidade do crime e conduta violenta já consideradas para condenar o reeducando e impor a pena que está a cumprir – Importante sua***

Acesso ao Sumário

conduta atual – Inexistência de falta disciplinar – Boa conduta carcerária – Desnecessidade do exame reclamado – Decisão monocrática consentânea com o princípio da individualização da pena – Recurso ministerial improvido".[3]

De mais a mais, não obstante tenha sido agraciado com a progressão para o regime semiaberto há cinco meses, inexiste qualquer notícia de que tenha descumprido, em algum ponto, o sobredito benefício ou externado, de qualquer forma, conduta incompatível com sua atual situação jurídica.[4]

Desse modo, o caso dos autos não está a reclamar a submissão do agravado a exame criminológico, como pleiteou o d. representante ministerial, podendo-se assertar que ele reúne mérito para a progressão que lhe foi outorgada, não se revelando nada razoável, de resto, a esta altura e em face de tais peculiaridades, cassar-lhe o benefício e fazê-lo voltar para o cárcere, mesmo para submeter-se ao exame já explicitado, o que sem dúvida representaria uma ruptura nada recomendável para o bom resultado da terapêutica penal, ao que parece até aqui alcançado.

Escorreita, pois, a r. decisão objurgada, por mostrar-se como correta concretização do princípio constitucional da individualização da pena, exsurge imperioso o desprovimento do recurso.

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

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Execução Penal nº 7005200-87.2013.8.26.0073, da Comarca de Avaré, em que é agravante MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO, é agravado CHINEDU ANYOKU.

ACORDAM, em 12ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "por votação unânime, negaram provimento ao presente agravo.", de conformidade com o voto da Relatora, que integra este acórdão. **(Voto nº 26.790)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores VICO MAÑAS (Presidente) e AMABLE LOPEZ SOTO.

São Paulo, 3 de dezembro de 2014.

ANGÉLICA DE ALMEIDA, Relatora

Acesso ao Sumário

3 – TJSP – Agravo em Execução nº 990.09.094291-6, 3ª Câmara de Direito Criminal, Rel. Moreira da Silva, j. 01.09.2009, vu.

4 – Conforme informação prestada diretamente ao gabinete de trabalho deste Relator, em 26/11/2014, pelo escrevente Wilson Paes de Carvalho, mat/TJ 357.481, da 2ª VEC da Comarca de Bauru.

Ementa: Agravo em Execução – Progressão ao regime semiaberto – Estrangeiro sem vínculo com o país – Ausência de requisito subjetivo – Artigo 5º, *caput*, da Constituição Federal deve ser estendido a estrangeiros – Condição de estrangeiro, por si só, não constitui obstáculo à progressão de regime – Não cabe aforismo do *in dubio pro societate* – Agravo improvido.

VOTO

Trata-se de agravo em execução que se insurge contra decisão, exarada pela ilustre magistrada Roberta de Oliveira Ferreira Lima, que concedeu ao agravado *Chinedu Anyoku* a progressão ao regime semiaberto (fls. 15/17).

Postula a ilustre promotora de Justiça, a reforma da decisão, porquanto se trata de estrangeiro, sem vínculo com o país, não preenchido o requisito subjetivo (fls. 23/27).

Apresentadas as respectivas contrarrazões (fls. 30/33), a decisão foi mantida no juízo de retratação (fls. 28).

A d. Procuradoria Geral de Justiça manifesta-se pelo provimento parcial do agravo (fls. 37/41).

É o relatório.

O artigo 5º, *caput*, da Constituição da República, garante aos brasileiros e estrangeiros residentes no país a proteção dos direitos fundamentais – direito à vida, liberdade, igualdade, segurança e propriedade.

A interpretação da referida norma, que constitui garantia constitucional, deve se estender a estrangeiros não residentes no Brasil, uma vez que, ainda que em situação transitória no território nacional, estão sujeitos à jurisdição brasileira. Devem, de uma parte, observar os deveres impostos pelo ordenamento jurídico brasileiro. Da mesma forma, devem receber a proteção das leis brasileiras, notadamente as garantias constitucionais.

Não é por outra razão que, introduzido no ordenamento brasileiro, o Pacto de São José da Costa Rica, em seu artigo 1º, veda a discriminação de pessoa em razão de sua nacionalidade.

Assim, a condição de estrangeiro, por si só, não pode constituir obstáculo à concessão de eventual progressão de regime. Importante notar também que a Lei de Execução Penal não traz vedação à progressão de regime a estrangeiro. Hipótese ausente também no Decreto 86.715/81, que regulamenta a Lei 6.815/80.

O simples fato de ser estrangeiro, não domiciliado no Brasil, não gera a presunção de que o condenado irá evadir-se, se obtiver a progressão de regime.

Acesso ao Sumário

Nem mesmo a proibição de trabalho formal do estrangeiro, a teor do artigo 98, da Lei 6.815/80, constitui óbice à progressão ou ao livramento condicional.

Arranha de forma irreparável a garantia da isonomia o resgate da pena privativa de liberdade pelo estrangeiro, não domiciliado no país, sem que se lhe assegure o regime progressivo para o desconto da pena privativa de liberdade.

O mérito do condenado à pena privativa de liberdade deve ser valorado com base em dados objetivos – a observância dos deveres previstos nos artigos 38 e 39, da Lei de Execução Penal, inexistência de faltas disciplinares, atividade de trabalho (art. 31), participação em cursos, bom relacionamento com funcionários e outros detentos.

Cada pessoa deve ter a confiança e certeza de que, porventura condenada, terá assegurado pelo juiz o desconto da pena na exata medida da condenação e nos termos exigidos pela lei. Trata-se de função garantista que se liga umbilicalmente à segurança da comunidade.

Na individualização da pena, na fase da execução penal, interessa observar em que medida o recluso demonstra de forma gradativa a possibilidade de se reintegrar à comunidade.

No caso presente, com base nos elementos probatórios constantes dos autos, a sentença agravada reconheceu satisfeitos os requisitos legais.

Sem contar que, no campo penal, não tem lugar o aforismo *in dubio pro societate*. Por conseguinte, não tem aplicação na execução da pena.

Importa observar a lição de Sérgio Marcos de Moraes Pitombo: "*é fácil, na seqüência, perceber que a expressão* ***in dubio pro societate*** *não exibe o menor sentido técnico. Em tema de direito probatório, afirma-se:* '*na dúvida, em favor da sociedade*' *consiste em absurdo lógico-jurídico. Veja-se: em face da contingente dúvida, sem remédio, no tocante à prova – ou melhor, imaginada incerteza – decide-se em prol da sociedade. Dizendo de outro modo: se o acusador não conseguiu comprovar o fato, constitutivo do direito afirmado, posto que conflitante despontou a prova; então, se soluciona a seu favor, por absurdo. Ainda, porque não provou ele o alegado, em face do acusado, deve decidir-se contra o último. Ao talante, por mercê judicial o vencido vence, a pretexto de que se favorece a sociedade: in dubio contra reum*" (Pronúncia e o *In Dubio Pro Societate*, in Bol. Inst. Manoel Pedro Pimentel, n. 17, jul-set/2001 – p. 6).

Diante do exposto, por votação unânime, negaram provimento ao presente agravo.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Execução Penal nº 0070969-55.2014.8.26.0000, da Comarca de Sorocaba, em que é agravante CRISTIANO LUIS VIEIRA, é agravado MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em 4ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 24971)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores EDISON BRANDÃO (Presidente) e CAMILO LÉLLIS.

São Paulo, 27 de janeiro de 2015.

IVAN SARTORI, Relator

Ementa: Agravo em execução – Remição – Pedido de retificação do cálculo de penas – Indeferimento – Benesse que deve incidir sobre o total da reprimenda imposta e não sobre fração de pena a cumprir – Limitação prevista no art. 75 do CP que não interfere na concessão de benefícios – Exegese da Súmula 715 do STF – Precedentes – Agravo desprovido.

VOTO

Trata-se de agravo em execução interposto de decisão do MM. Juízo da Vara do Júri/Execuções Criminais da Comarca de Sorocaba, que indeferiu pedido de retificação e homologou o cálculo de penas do sentenciado, determinando que a remição de pena deve recair sobre a totalidade da condenação.

Busca o agravante a reforma, postulando alteração para que a atual e futuras remições sejam descontadas do término real das penas, observado o art. 75 do CP (fls. 11/6).

Processou-se o recurso regularmente, advindo contrariedade e sustentação (fls. 18/20 e fl. 21).

A Procuradoria de Justiça é pelo desprovimento (fls. 35/8).

É o relatório.

Inconsistente o reclamo.

Entende o sentenciado que a remição deve ser descontada de seu tempo de cumprimento de pena, ao revés do quanto consignado na decisão atacada, ou seja, sobre a totalidade da condenação (44 anos, 09 meses e 12 dias – fls. 02/3).

Acesso ao Sumário

Mas, o MM. Juízo das Execuções Criminais bem decidiu a questão: "*O sentenciado foi condenado a cumprir penas pela prática de diversas infrações, que excedem o limite de 30 anos de prisão, as quais, nos termos do artigo 75 e parágrafos do Código Penal, devem ser unificadas para que o sentenciado cumpra tempo não superior a 30 anos de pena. Assim, eventual remição de pena deve recair sobre a totalidade da condenação, uma vez que a limitação contida no artigo 75 do Código Penal, senão para estabelecer o tempo máximo de prisão, não se aplica para fins de concessão de outros benefícios.*" (fl. 08).

Realmente, dispõe o art. 126 da LEP:

"*Art. 126. O condenado que cumpre a pena em regime fechado ou semiaberto poderá remir, por trabalho ou por estudo, parte do tempo de execução da pena*".

Todavia, nos termos da Súmula 715 do Supremo Tribunal Federal: "*A pena unificada para atender ao limite de trinta anos de cumprimento, determinado pelo art. 75 do Código Penal, não é considerada para a concessão de outros benefícios, como o livramento condicional ou regime mais favorável de execução*".

Assim, a remição deve ser calculada sobre o total da reprimenda imposta ao sentenciado e não sobre fração de pena a cumprir, limitada consoante art. 75 do Diploma Repressivo, como quer a defesa.

No respeitante, colacione-se a jurisprudência desta Casa de Justiça:

"*Agravo em execução – Pedido de retificação do cálculo de penas – Condenado à pena de 58 anos, 02 meses e 18 dias de reclusão que, em razão do disposto no artigo 75, do Código Penal, se viu limitada a 30 anos – Efeito exclusivo de limitar a duração do cumprimento da pena privativa de liberdade em 30 anos – Impossibilidade de servir de parâmetro para outros benefícios da execução penal, inclusive o da remição – A base de cálculo para a concessão de benefícios é o total das penas impostas ao condenado – Inteligência da Súmula 715 do E. STF – Agravo improvido*" (Agravo em Execução nº 0046655-45.2014.8.26.0000, 16ª Câmara de Direito Criminal, Rel. Borges Pereira, j. 04.11.2014);

"*Agravo em execução. Remição. Cálculo que deve incidir sobre o total da pena imposta, e não sobre fração de pena a cumprir. Limitação imposta pelo art. 75 do Cód. Penal. Não incidência para efeito de concessão de benefícios. Precedentes na jurisprudência. Agravo improvido*" (Agravo em Execução nº 0046325-48.2014.8.26.0000, 4ª Câmara de Direito Criminal, Rel. Luis Soares de Mello, j. 23.09.2014).

Destarte, nega-se provimento.

Acesso ao Sumário

Apelações

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0001980-78.2012.8.26.0028, da Comarca de Aparecida, em que é apelante CLEMENTE EDUARDO GONÇALVES CARDOSO, é apelado MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em 9ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Por v.u., rejeitadas as preliminares, deram provimento parcial ao recurso para reduzir as penas do réu para dois anos, oito meses e vinte e quatro dias de reclusão, e pagamento de vinte e dois dias-multa mínimos, mantido o mais.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 31.674)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores SÉRGIO COELHO (Presidente) e ROBERTO SOLIMENE.

São Paulo, 13 de novembro de 2014.

OTÁVIO HENRIQUE, Relator

Ementa: APELAÇÃO. COAÇÃO NO CURSO DO PROCESSO. AUTORIA E MATERIALIDADE COMPROVADAS. PENAS RECALCULADAS. REGIME PRISIONAL MANTIDO NO FECHADO. PROVIMENTO PARCIAL DO APELO.

VOTO

Ao relatório da r. sentença de fls. 632/638, proferida pela Ilustre Magistrada DENISE VIEIRA MOREIRA, acrescenta-se que CLEMENTE EDUARDO GONÇALVES CARDOSO foi declarado incurso nas normas dos artigos 344, **"caput",** por duas vezes, na forma do 69, ambos do Código Penal, e condenado a cumprir, no regime fechado, as penas de **CINCO (05) ANOS E QUATRO (04) MESES DE RECLUSÃO** e pagamento de **CINQUENTA E DOIS (52) DIAS-MULTA** mínimos.

Inconformado, apelou arguindo preliminares de nulidade do feito por falta de reconhecimento de sua semi-imputabilidade, incompatibilidade do Promotor de Justiça e falta de intimação da Douta Defesa quanto à requisição de oitiva de testemunhas de acusação e do Juízo. Quanto ao mérito, aguardava, em síntese, ser absolvido por negativa de autoria, atipicidade de conduta ante a ausência de

Acesso ao Sumário

dolo especifico ou por insuficiência probatória. Em teses subsidiárias, pleiteou desclassificação da infração para o crime de ameaça e afastamento do concurso material de infrações (fls. 664/694).

O recurso foi bem processado, vindo para os autos a contrariedade de fls. 697/708, onde é demonstrada a necessidade da manutenção da r. sentença recorrida.

A Douta **PROCURADORIA GERAL DE JUSTIÇA**, no Parecer de fls. 712/717, opinou pelo provimento do recurso.

Em apenso, foi instaurado o incidente de insanidade mental, culminando na apresentação do laudo de fls. 66.

É o relatório.

As preliminares arguidas não prosperam.

Inicialmente, não há que se falar em reconhecimento da semi-imputabilidade do APELANTE.

No laudo pericial de fls. 48/49, os Drs. Peritos concluíram que o RECORRENTE apresentava quadro psicopatológico sugestivo de Transtorno de Instabilidade Emocional e afirmaram que "*sob o ponto de vista psiquiátrico forense, depreende-se que à época do fato, em relação ao artigo ao qual está incurso, sua capacidade de entendimento e determinação estavam preservadas, não havendo nexo causal entre o ilícito e o transtorno acima citado*." (fls. 49).

E consoante se verá ao exame do mérito do apelo, o APELANTE discorreu a respeito dos fatos e defendeu-se com clareza, nada indicando a necessidade de declaração de sua semi-imputabilidade.

Sobre a suspeição do Promotor de Justiça oficiante, nada há nestes autos que indique tal alegação.

Ademais, conforme consta dos autos, a Douta Defesa desistiu da exceção de suspeição proposta em face do Promotor de Justiça.

Por fim, nenhuma nulidade há no tocante à intimação da Douta Defesa para atos de arrolamento de defesa do Juízo tampouco da juntada de prova emprestada.

Quanto ao mérito, a r. sentença recorrida deve ser reformada em parte, em que pesem seus jurídicos fundamentos.

A vítima CLAUDIO, perante o Juízo, atestou que o RECORRENTE lhe pediu para que testemunhasse a seu favor num processo a que respondia por tentativa de homicídio em troca de pagamento do restante de uma dívida. Ante sua negativa, o APELANTE passou a ameaçá-lo de morte assim como seus filhos e netos, tendo inclusive, tentado atropelá-lo (mídia de fls. 211).

A testemunha ALCIDES, em fase idêntica, assegurou ter recebido uma carta feita pelo RECORRENTE com dez nomes de pessoas juradas de morte,

Acesso ao Sumário

dentre eles o seu. Acredita que a razão de tal fato seja por ser amigo do ofendido CLEMENTE. Certo dia, o RECORRENTE mostrou-lhe uma pistola e disse que iria matar o ofendido (mídia de fls. 211).

IVONETE, mãe da vítima do processo em que o RECORRENTE responde por tentativa de homicídio, esclareceu que CLAUDIO havia lhe dito que teria sido ameaçado de morte por CLEMENTE (mídia de fls. 246).

No interrogatório judicial, CLEMENTE negou o seu envolvimento nos fatos denunciados, dizendo que a vítima nunca fora testemunha em outro processo e que o acusou para se beneficiar e não pagar a dívida de um caminhão (mídia de fls. 246).

Diante deste quadro probatório, correta a condenação do APELANTE.

Restou demonstrado nos autos, especialmente pelos depoimentos da vítima e da testemunha ALCIDES que o APELANTE utilizou de grave ameaça com intuito de favorecer interesse próprio contra pessoa chamada a intervir em processo judicial, por pelo menos duas vezes.

A negativa apresentada por CLEMENTE, em Juízo, restou isolada do harmônico e seguro conjunto probatório razão pela qual, não pode ser crida como verdadeira.

A desclassificação delitiva pleiteada pela Douta Defesa não pode prosperar pois comprovado nos autos que as ameaças tinham como objetivo favorecimento do RECORRENTE no processo judicial onde era acusado de tentativa de homicídio.

No mesmo sentido, não há que se falar em atipicidade de conduta pois o dolo é evidente nos autos. A vontade de intimidar o ofendido com o intuito de se favorecer na Ação Penal estava presente nas condutas do APELANTE.

As penas devem ser recalculadas.

O primeiro aumento havido sobre as bases detém a devida fundamentação constitucional para tanto (fls. 636), mas seu percentual deve ser reduzido da metade (1/2) para um sexto (1/6), incidindo nova majoração aos produtos, de um sexto (1/6) face a reincidência específica certificada à fls. 76, totalizando aquelas um ano, quatro meses e doze dias de reclusão e quitação de onze diárias básicas, para cada crime.

Correta a aplicação da regra do concurso material de infrações, pois os crimes foram praticados com desígnios autônomos, em condutas diversas, num intervalo de tempo superior a um ano.

O regime prisional fechado mostra-se adequado ante a gravidade dos fatos denunciados e a reincidência do APELANTE.

Assim, rejeitadas as preliminares, dá-se provimento parcial ao recurso de **CLEMENTE EDUARDO GONÇALVES CARDOSO** para reduzir suas

Acesso ao Sumário

penas a **DOIS (02) ANOS, OITO (08) MESES E VINTE E QUATRO (24) DIAS DE RECLUSÃO** e quitação de **VINTE E DOIS (22) DIAS-MULTA** mínimos, confirmando-se a r. sentença recorrida em todos os seus demais termos.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0038861-90.2009.8.26.0050, da Comarca de São Paulo, em que é apelante M.H.F., é apelado MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em 15ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento parcial ao recurso, nos termos que constarão do acórdão. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão**. (Voto 19.524)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores POÇAS LEITÃO (Presidente) e RICARDO SALE JÚNIOR.

São Paulo, 27 de novembro de 2014.

ENCINAS MANFRÉ, Relator

Ementa: Apropriação de bem de idoso. Prescrição das condutas anteriormente verificada a 16 de setembro de 2006. Ré condenada a um (1) ano de reclusão (desconsiderado aumento decorrente de continuidade delitiva). Transcurso de lapso superior a quatro (4) anos entre esses fatos e o recebimento da denúncia (16 de setembro de 2010). Inteligência dos artigos 107, IV, e 109, VI, ambos do Código Penal.

Apropriação de bem de idoso. Artigo 102 do Estatuto do Idoso. Sólidas provas material e da autoria. Apelante que se apropriou de rendimentos, aluguéis e valores correspondentes a benefício pago pelo Instituto Nacional do Seguro Social em favor da mãe, pessoa com mais de sessenta (60) anos de idade. Continuidade delitiva reconhecida. Pena e regime corretamente dosados. Manutenção de substituição dessa sanção carcerária por restritivas de direito consistentes em prestação de serviços à comunidade e pecuniária. Recurso provido em parte, portanto.

Acesso ao Sumário

VOTO

Trata-se de apelação por *M.H.F.* (folhas 569 a 578) à respeitável sentença (folhas 542 a 550) pela qual condenada a cumprir um (1) ano e quatro (4) meses de reclusão, regime inicial aberto, substituída essa pena privativa de liberdade por restritivas de direito consistentes em prestação de serviços à comunidade e pecuniária, e a pagar multa a ser calculada em dez (10) dias, observados padrões mínimos, dado infringir o artigo 102 do Estatuto do Idoso (Lei 10.741/2003).

Essa apelante, com efeito, alegou, em suma, o seguinte: a) inexistência de dolo; b) a vítima confirmou estivesse ela, recorrente, autorizada a utilizar o dinheiro para o respectivo sustento; c) não ter havido pela genitora especificação no tocante a limite de valor a ser gasto; d) consubstanciar a má gestão de depósitos bancários apenas ilícito civil; e) ausência de comprovação de "abuso da situação de idoso"; f) fragilidade do conjunto probatório; g) logo, ser de caso de absolvição; h) subsidiariamente, reconhecimento de crime único e consideração à confissão espontânea havida.

Houve resposta pela digna Promotoria de Justiça (folhas 582 a 584), a qual sustentou, em resumo, não proceder o alegado por essa sentenciada.

Sobreveio parecer da douta Procuradoria de Justiça no sentido do improvimento da apelação (folhas 588 a 591).

É o **relatório**, preservado, no mais, o dessa sentença.

Impõe-se dar parcial provimento ao recurso ora sob exame tão somente para reconhecer-se prescritas algumas das condutas praticadas por essa acusada.

Por proêmio, é de registro estar prescrita a pretensão punitiva em relação às condutas praticadas em data anterior a 16 de setembro de 2006.

Com efeito, em conformidade ao artigo 119 do Código Penal e à Súmula 497 do Supremo Tribunal Federal, em caso de concurso de crimes (na hipótese ora sob exame atribui-se continuidade delitiva), a extinção da punibilidade deve incidir sobre a pena de cada um, ou seja, isoladamente.

Ademais, dado ter sido a ora apelante, pelo cometimento de cada um desses crimes, condenada à pena de um (1) ano de reclusão, o prazo prescricional é de quatro (4) anos, consoante o artigo 109, VI, do Código Penal.

Assim, e considerando-se que, entre as datas dos fatos descritos na denúncia ocorridos entre 3 de maio de 2005 e 16 de setembro de 2006 e o recebimento da denúncia (16 de setembro de 2010 – folhas 345), transcorreu lapso superior a quatro anos, é de rigor o reconhecimento da prescrição retroativa.

Logo, impõe-se julgar extinta a punibilidade dessa recorrente com referência às condutas praticadas anteriormente a 16 de setembro de 2006, e, com fundamento no artigo 107, IV, do Código Penal, portanto, reconhecer-se prejudicada a análise da matéria de fundo relativa a esses crimes.

Acesso ao Sumário

Com respeito ao mérito, sólidas as provas material (consubstanciadas em boletim de ocorrência, extratos bancários, relatório de depósito de aluguel, contrato de prestação de serviços, instrumento público de mandato e laudo decorrente de perícia, folhas 3/4, 30/33, 36/37, 38/40, 57/59, 60/61, 96/149 e 216/341) e da autoria acerca da prática pela ora recorrente de vários delitos previstos no artigo 102 do Estatuto do Idoso em continuidade delitiva, ou seja, consumados após 16 de setembro de 2006.

Deveras, a ofendida S.S. (folhas 458/465), que contava mais de sessenta anos à época desses fatos (folhas 3), fez claro haver se dirigido ao Japão para trabalhar, oportunidade na qual outorgara poderes à ré, filha, a fim de que esta lhe administrasse os respectivos bens.

Por sinal, afirmou enviar à filha, ora recorrente, valor mensal aproximado de seis mil reais (R$ 6.000,00), o qual deveria ser depositado em conta para efeito de aplicação financeira.

Revelou também que, antes da viagem, deixara em conta bancária quantia correspondente a cento e trinta e um mil reais (R$ 131.000,00). No entanto, ao retornar, "não tinha mais nada".

Informou, outrossim, não terem sido depositados os valores correspondentes ao benefício por ela recebido do Instituto Nacional do Seguro Social (INSS), assim como os relativos aos pagamentos de aluguéis referentes à locação do respectivo apartamento.

Assegurou, ainda, ter sido "expulsa" da casa dessa acusada, a qual retivera com ela "cartão do INSS" que apenas lhe fora restituído por oficial de Justiça em decorrência do cumprimento de decisão judicial.

Expôs, ao final, autorizasse essa ré a utilizar parte desse dinheiro enviado a fim de que pagasse faculdade. Contudo, a acusada não encaminhara recibo nesse sentido.

Ademais, a bancária M.L.N. (folhas 454/457) testemunhou ter essa vítima comparecido à agência do banco e solicitado extrato de movimentação relacionado à conta dela.

Acesso ao Sumário

Por sinal, essa ofendida teria dito houvesse encaminhado dinheiro para que fosse depositado como aplicação financeira. Todavia, constatou-se inexistisse esse investimento.

Acrescentou fossem esses valores desviados pela filha, a qual era a procuradora dessa ofendida.

Esclareceu, ainda, utilizasse essa recorrente "benefício do INSS" recebido pela mãe.

Também é de consideração o depoimento de K.S.T. (folhas 466/471) segundo o qual a vítima, ao viajar para o Japão, conferira poderes a essa acusada

para que esta movimentasse a respectiva conta bancária.

Asseverou estivesse na companhia dessa ofendida quando esta constatou não houvesse "mais nada" na conta.

Aduziu haver acompanhado essa vítima ao cartório para revogar procuração, bem ainda à agência bancária para informar a respeito.

Acrescentou que, mesmo após essa revogação de poderes, houvera, mediante movimentação pela *internet*, resgate de dinheiro depositado na conta de *S.*.

Também narrou ter a vítima encaminhado quantia para que a ré pudesse se sustentar. Todavia, essa acusada também se apropriara do "resto" do dinheiro aplicado na conta de *S.*, assim como dos valores correspondentes à locação do apartamento dessa ofendida.

Ainda é de relevo o testemunho de G.E.K. (folhas 472/476), a qual soubera pela vítima a respeito da apropriação do montante depositado em aplicação financeira e de aluguel relativo à locação do apartamento dela.

Informou também que, ao retornar de passeio com a tia (vítima), esta encontrara toalha e demais objetos "jogados", e começara a recolhê-los.

Acrescentou ter levado essa ofendida para a moradia dela, testemunha, e que *M.* dissera não querer a estadia de *S.* na casa dela.

Logo, dissociada está desse conjunto probatório a negativa de autoria por essa acusada (folhas 492/499).

De outra parte, as testemunhas arroladas pela ilustre defesa, M.F.A.S. (folhas 477/479) e D.B.M. (folhas 480/484), nada souberam afirmar acerca do cometimento desses crimes.

Também não pesa argumentação dessa defesa sobre ausência de dolo dado tratar-se a hipótese ora sob apreciação de mero ilícito civil, pois, consideradas as provas colhidas, essa sentenciada, conscientemente, se apossara e, por conseguinte, dispusera de numerário que não lhe pertencia.

Por sinal, e como bem observou a douta Procuradoria de Justiça (folhas 590), "*(...) ficou demonstrado que a apelante agiu de forma preordenada, deliberada e intencional ao se apropriar da totalidade dos valores devidos à sua mãe, utilizando-se, para tanto, dos poderes que lhes foram outorgados para que administrasse os bens da vítima existentes no Brasil, enquanto esta permanecia no Japão.*

Ao contrário do que afirmou a apelante, a vítima não tinha ciência das movimentações financeiras que eram realizadas por ela, a ofendida acreditando, inclusive, que parte dos valores enviados estava sendo aplicado, pois, havia autorizado apenas o uso parcial das quantias na manutenção dos bens e na educação da filha, como informou de forma clara em seu depoimento."

A bem ver, outrossim, não se acolhe a pretensão dessa recorrente acerca

Acesso ao Sumário

do reconhecimento de crime único.

É que diversas foram as condutas típicas perpetradas, as quais verificadas mediante múltiplas ações em idênticas condições de tempo, local e modo de execução.

Com efeito, essa ré, por alguns anos, procedera à transferência de dinheiro existente na conta bancária da mãe (vítima) para a dela, bem como se apossara de quantia enviada do Japão por essa ofendida (mãe), além do valor correspondente a aluguel do apartamento e o montante relativo a benefício recebido por ela (lesada) do INSS.

Nesse passo, ademais, destaca-se, *mutatis mutandis*, aresto desta Corte assim ementado:

"*Apelação – Crime previsto no Estatuto do Idoso (art. 102, 'caput', da Lei nº 10.741/03) – Apropriação indébita de proventos, pensão ou rendimentos do idoso – Recurso defensivo – Absolvição pretendida – Atipicidade da conduta – Inadmissibilidade – Acusado que, na condição de legítimo procurador da avó, apropriou-se dos rendimentos da ofendida para pagamento de dívidas pessoais – Materialidade e autoria delitiva demonstradas pelo farto acervo de provas orais e documentais acostado aos autos – Condenação de rigor. Afastamento da continuidade delitiva – Improcedência – Caracterização de condutas autônomas praticadas pelo réu sob o mesmo 'modus operandi' a cada provento percebido pela ofendida, nos exatos termos definidos pelo art. 71, 'caput', do Código Penal – Redução do valor fixado para as penas pecuniárias principal e substitutiva – Cabimento – Ausência de elementos para aferir a situação econômica do agente – Apelo parcialmente provido para esse fim.*"[1]

Logo, mantém-se a condenação dessa ré por infringência ao delito previsto no artigo 102 do Estatuto do Idoso.

No tocante à dosimetria da pena, a respeitável sentença também não comporta reparo.

A propósito, por considerar serem favoráveis as circunstâncias judiciais, a digna juíza da causa fixou a pena-base no mínimo cominado.

Outrossim, não pesa argumentação de que essa ré houvesse confessado a prática desse crime a fim de que incidente a circunstância atenuante genérica prevista no artigo 65, III, *d*, do Código Penal.

É que ela, sentenciada, não admitira tivesse se apropriado dos rendimentos e mais valores pertencentes à vítima. Revelara, ela ainda que tão somente realizara má administração.

Ainda que se reconhecesse essa confissão (*ad argumentandum tantum*) seria inviável a diminuição correspondente, dado não se poder reduzir essa

Acesso ao Sumário

1 Apelação 0000183-20.2007.8.26.0650, relator o desembargador Salles Abreu, 4ª Câmara de Direito Criminal, julgamento em 19 de fevereiro de 2013. Sem esses grifos no texto original copiado.

sanção aquém do mínimo legal (nesse sentido, também, está a Súmula 231 do Superior Tribunal de Justiça).

Além disso, conquanto reconhecida a prescrição em relação às condutas havidas entre 3 de maio de 2005 e 16 de setembro de 2006, diversas foram as ações cometidas após esse período até 2009. Logo, justificado está o acréscimo a essa pena de terça parte (1/3) dado o reconhecimento de continuidade delitiva.

Ausentes outras causas ou circunstâncias modificadoras, ora mantém-se essa sanção em um (1) ano e quatro (4) meses de reclusão e pagamento de multa a ser calculada em dez (10) dias, observados padrões mínimos.

Registra-se, ainda, que, conquanto na fundamentação dessa sentença constasse devesse essa multa ser calculada em treze (13) dias, na dispositiva desse *decisum* constou fosse essa sanção pecuniária de dez (10) dias.

Logo, e como inexistiu recurso da acusação, inviável modificação, sob pena de inaceitável *reformatio in pejus*.

Como favoráveis as circunstâncias judiciais, justificável a fixação do regime inicial aberto para cumprimento dessa pena.

Ainda, preenchidos os pressupostos previstos no artigo 44 do Código Penal, de rigor a substituição dessa sanção carcerária por restritiva de direito consistente em prestações de serviços à comunidade e pecuniária (no montante de um salário mínimo).

Enfim, excetuado o reconhecimento de prescrição da pretensão punitiva em relação às condutas praticadas anteriormente a 16 de setembro de 2006, desacolhe-se todo o sustentado pela ilustre defesa – descrito resumidamente no relatório deste voto – e, portanto, no mais, mantém-se a respeitável sentença.

Derradeiramente, é presente o parecer da douta Procuradoria de Justiça, o qual, porém, é acolhido em parte, dada a supradita fundamentação.

À vista do exposto, dá-se parcial provimento ao recurso.

É como voto.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0001963-87.2012.8.26.0595, da Comarca de Serra Negra, em que são apelantes FERNANDO LIMA SANTOS, DÊNIS PEREIRA DA SILVA, JEAN CAMPOS DE LIMA, FERNANDO DA SILVA e FABRÍCIO SOUSA DE ALMEIDA, é apelado MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em 7ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "REJEITARAM a preliminar e DERAM

Jurisprudência - Seção de Direito Criminal

PARCIAL PROVIMENTO aos apelos defensivos.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 20.883)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores ROBERTO MORTARI (Presidente sem voto), CAMILO LÉLLIS e AMARO THOMÉ.

São Paulo, 27 de novembro de 2014.

J. MARTINS, Relator

Ementa: APELAÇÃO – FURTO QUALIFICADO TENTADO E FORMAÇÃO DE QUADRILHA OU BANDO – PROVA SUFICIENTE – ABSOLVIÇÃO POR INSUFICIÊNCIA DE PROVAS – Impossibilidade: Flagrados quando tentavam nova ação criminosa contra estabelecimento comercial, como vinham fazendo havia algum tempo, têm os apelantes contra si, firme e segura prova da formação de quadrilha e da tentativa de furto, descabendo falar-se em absolvição.

APELAÇÃO – RECEPTAÇÃO – MODALIDADE CONDUZIR – ABSOLVIÇÃO DOS PASSAGEIROS – Necessidade: Não sendo possível aos passageiros a prática da conduta descrita na inicial, necessária a absolvição, mantendo-se apenas a condenação do condutor que, aliás, confessou a posse do veículo.

DOSIMETRIA – PROCESSOS EM ANDAMENTO, NÚMERO DE COMPARSAS, MAUS ANTECEDENTES E REINCIDÊNCIA – ELEVAÇÃO – Entendimento: Processos em andamento não permitem, em respeito à presunção de inocência, a exasperação das penas, mas a existência de maus antecedentes e reincidência sim, devendo-se observar o número de condenações anteriores para a escolha da fração adequada. Recursos parcialmente providos para absolvição dos passageiros pelo delito de receptação do veículo, revisão das penas e abrandamento do regime prisional do réu primário e menor.

Acesso ao Sumário

VOTO

FERNANDO LIMA SANTOS, DÊNIS PEREIRA DA SILVA, JEAN

CAMPOS DE LIMA, FERNANDO DA SILVA e FABRÍCIO SOUSA DE ALMEIDA foram denunciados, perante a 1ª Vara Judicial da Comarca de Serra Negra (Ação Penal nº 181/12), por fatos praticados antes e no dia 08 de junho de 2012, sobrevindo sentença que, por infração ao art. 288, ***caput***, em concurso material com os artigos 180, ***caput*** e 155, § 4º, I e IV, este último c.c. art. 14, II, todos do Código Penal, condenou:

FERNANDO LIMA a **05 (cinco) anos, 06 (seis) meses e 20 (vinte) dias de reclusão, em regime semiaberto, mais 32 (trinta e dois) dias-multa**;

DÊNIS a **06 (seis) anos, 09 (nove) meses e 10 (dez) dias de reclusão, em regime semiaberto, mais 40 (quarenta) dias-multa**;

JEAN a **08 (oito) anos e 04 (quatro) meses de reclusão, em regime fechado, mais 50 (cinquenta) dias-multa;**

FERNANDO SILVA a **09 (nove) anos e 02 (dois) meses de reclusão, em regime fechado, mais 55 (cinquenta e cinco) dias-multa** e

FABRÍCIO a **07 (sete) anos e 04 (quatro) meses de reclusão, em regime semiaberto, mais 45 (quarenta e cinco) dias-multa** (fls. 471/480v).

Inconformados todos recorreram.

JEAN busca absolvição por insuficiência de provas ou, alternativamente, pleitos já atendidos de reconhecimento do furto na modalidade tentada e redução das penas pela confissão acrescentando, aí, requerimento para abrandamento da reprimenda diante da menoridade (fls. 506/513).

DÊNIS quer a absolvição por entender provada a inexistência dos fatos ou, alternativamente, o reconhecimento da confissão e redução máxima pela tentativa (fls. 515/519).

FABRÍCIO argui, em preliminar, nulidade da sentença que não apreciou suas alegações finais e, no mérito, quer a absolvição por ausência de provas ou, no mínimo, o abrandamento das reprimendas (fls. 576/584).

FERNANDO SILVA repete os pleitos absolutórios e, subsidiariamente, quer a redução das reprimendas já que não era mais reincidente à época dos fatos (período depurador) e, ainda, aplicação do redutor máximo pela tentativa de furto (fls. 587/596).

FERNANDO LIMA, por fim, reclama absolvição "*dos inventivos e exagerados crimes instituídos nos artigos 288 CP e artigo 180 CP*" ***[sic]*** e abrandamento máximo da pena referente ao crime de furto com aplicação da detração penal prevista no art. 387, § 2º, do CPP em razão da menoridade, primariedade e confissão espontânea (fls. 599/610).

O Ministério Público ofereceu as contrarrazões (fls. 612/618) e a douta Procuradoria Geral de Justiça, em seu parecer, opinou pelo improvimento de todos os recursos (fls. 623/627).

Acesso ao Sumário

É O RELATÓRIO.

A preliminar arguida pela combativa defesa de FABRÍCIO não merece acolhimento.

Nas alegações finais percebe-se que o defensor buscou demonstrar a inocência de seu cliente, afirmando inexistirem provas suficientes de que tenha participado de qualquer conduta, já que apenas passava pelo local "na hora errada" e, alternativamente, a desclassificação do furto para a modalidade tentada ou privilegiada.

Da leitura da r. decisão, então, fica claro que o culto magistrado ***a quo***, ainda que não tenha se referido expressamente a todas as teses defensivas, deixou claro o entendimento sobre a ocorrência dos crimes, manifestando e justificando sua convicção.

O juiz, de qualquer modo, não está obrigado a combater ponto a ponto, todos os itens postos em discussão, bastando que na decisão, examine a matéria como um todo. ***Mutatis mutandi***: "*uma coisa é o acórdão deixar de se manifestar sobre determinada alegação como que produzindo um branco e outra é o acórdão ter deixado de se manifestar sobre questão exatamente como o interessado gostaria que fosse ou, de outra maneira, a discordância da parte com o tipo de abordagem feita ou com conclusão decorrente do julgamento*" (RTJMs 34/104).

Neste sentido já ficou assentado que:

> "*SENTENÇA CRIMINAL – Fundamentação – Abordando a decisão, as teses defensórias, refutando-as fundamentadamente, nos pontos necessários e essenciais, inexiste nulidade, pois não tem o Magistrado que rebater um a um os argumentos deduzidos pelas partes, sendo, o decisório, peça lógica, estabelecendo premissas e conclusões – Nulidade inexistente – Preliminar rejeitada.*" (TJ/SP, Apel. 1.097.731.3/3, 6ª C. Crim., Rel. Eduardo Pereira, j. 24/10/07).

Narra a inicial acusatória que, em data indeterminada, anterior a 08 de junho de 2012, os apelantes associaram-se em quadrilha ou bando para o fim de cometer crimes, sobretudo de furto e, no dia 08 de junho de 2012, por volta das 4h15min da madrugada, previamente ajustados e com unidade de desígnios, tentaram subtrair, mediante rompimento de obstáculo, mercadorias do estabelecimento comercial "Don Store", avaliadas em R$ 27.328,00 (vinte e sete mil, trezentos e vinte e oito reais), não alcançando a consumação porque durante o carregamento do veículo foram surpreendidos por uma guarnição da polícia militar que interceptou a empreitada criminosa. Na mesma ocasião conduziram em proveito deles, um furgão FIAT/Ducato, cientes de sua origem ilícita (fls. 01d/04d).

Autos de exibição e apreensão (fls. 47/48 e 55), de entrega (fls. 49/50) e avaliação (fls. 51), bem como laudo pericial atestando o rompimento de

obstáculo (fls. 174/176), comprovam a indiscutível materialidade do furto duplamente qualificado.

O boletim da ocorrência de roubo do furgão (fls. 120/122), de outro lado, atesta o crime anterior e, portanto, a materialidade da receptação.

Silentes na fase administrativa (fls. 09, 15, 21, 27 e 33), em juízo buscaram minimizar suas responsabilidades criminais.

FERNANDO LIMA afirmou ter conhecido DÊNIS e JEAN numa festa naquela noite, ocasião em que resolveram praticar o furto só eles, sem participação dos demais corréus, até então desconhecidos (fls. 258/259v).

DÊNIS, desmentindo o comparsa, relatou que ele, FERNANDO LIMA e JEAN eram amigos havia alguns anos e que, depois de beberem e consumirem drogas na festa, eles saíram para passear no furgão que havia adquirido dias antes, surgindo a ideia de furtar as roupas da loja. Alegou que assim que a vidraça foi estourada, a polícia apareceu e os prendeu, surgindo, na sequência, os dois desconhecidos que foram levados com eles à Delegacia (fls. 260/262).

JEAN confirmou que DÊNIS e FERNANDO LIMA eram seus amigos e que, juntos, tiveram a ideia de furtar a loja, repetindo que ao serem abordados surgiram os desconhecidos e, como um deles tinha "um alvará", os policiais os "jogaram juntos" (fls. 263/264v).

FERNANDO SILVA disse ter ido à cidade com FABRÍCIO para visitar um parente dele. Afirmou que saíram à noite e, quando subiam a rua, os meninos da Van estavam sendo abordados, tendo sido também enquadrados (fls. 265/266).

FABRÍCIO tentou confirmar a versão do comparsa, afirmando que desciam a rua quando viram uma Van parada na esquina e, pouco depois, chegar um carro de polícia que efetuou a abordagem e, na sequência, atravessou a esquina e os chamou (fls. 267/268v).

A alegação de que não estavam juntos, contudo, ficou no vazio.

José Donizetti Fortunato Filho foi avisado pela Polícia sobre o arrombamento de sua loja, constatando, ao chegar ao local, que o vidro da porta foi quebrado. Viu, ainda, os cinco assaltantes deitados no chão, mas preferiu ficar à distância. Percebeu, por fim, que quase todos os artigos de sua loja haviam sido transferidos para o furgão (fls. 256/257).

Dagoberto Tafner Mello fazia patrulhamento de rotina quando avistou a Van com a porta aberta ao lado de uma loja que tinha uma porta de vidro quebrada. Desconfiado ao ver dois indivíduos ao lado do veículo e outros dois saindo da loja, além de outro na direção, fez a abordagem. Constatou que do interior da loja tinha sido revirado várias roupas de couro e colocadas no veículo, que era conduzido por DÊNIS. Apontou FERNANDO SILVA e FERNANDO LIMA como os dois que saíam da loja carregando roupas e JEAN e FABRÍCIO como os dois que, ao lado do veículo, recebiam o produto do furto. Relatou,

Acesso ao Sumário

por fim, ter recebido notícias de que indivíduos, numa Van branca, estavam praticando furtos e roubos na região do circuito das águas e, por isso, perguntou aos réus sobre isso que, "*dando risada*" ***[sic],*** falaram que eram uma quadrilha (fls. 292/295).

Juliano de Souza Moraes confirmou o depoimento do colega de farda repetindo que foram abordados primeiro os dois indivíduos que estavam ao lado do carro – JEAN e FABRÍCIO, depois os dois que deixavam o interior da loja – FERNANDO SILVA e FERNANDO LIMA e, por último, o motorista DÊNIS (fls. 296/298).

Diante desse conjunto probatório não há dúvida alguma que os cinco acusados se conheciam, até porque todos estavam juntos, e que, com unidade de desígnio, participaram da tentativa de subtração do estabelecimento comercial.

O laudo pericial realizado nos quatro aparelhos celulares apreendidos com os réus relata troca de ligações entre eles e, ainda, que na agenda do aparelho de JEAN, estavam gravados os telefones dos dois FERNANDOS (fls. 301/306).

Não há, ainda, qualquer indício que justificasse uma falsa inculpação por parte dos policiais que desconheciam os réus até o momento da abordagem e, assim, não teriam razão para inculpá-los falsamente.

O relato dos militares, por fim, é uníssono e seguro, ao contrário das desencontradas negativas dos acusados que tentaram, em vão, fazer crer que não se conheciam até a noite do crime.

Há nos autos, ainda, relatórios e boletins de ocorrência de outras Delegacias informando a prática de condutas idênticas em Amparo (fls. 422/424 e 449/452), Itatiba (fls. 426/434), Campinas (fls. 436/439 e 445/448), Serra Negra (fls. 440/442) e Vinhedo (fls. 443/444), todos os crimes praticados pelos mesmos elementos.

Inafastável, assim, o crime previsto no art. 288, ***caput***, do Código Penal.

Em relação ao crime de receptação, contudo, descrito na inicial acusatória na modalidade de "conduzir" coisa que sabia ser produto de crime, não há como condenar os passageiros do furgão, até porque ficou claro em todo o conjunto probatório que o veículo, na verdade, pertencia ao apelante DÊNIS que, na ocasião, o conduzia ciente de sua origem criminosa.

É o caso, então, à exceção de DÊNIS, de absolver os demais do crime previsto no art. 180, ***caput***, do mesmo Estatuto Repressivo, com fulcro no art. 386, IV, do Código de Processo Penal.

Os pleitos alternativos de JEAN, buscando a desclassificação do furto para a modalidade tentada e o reconhecimento da confissão já foram observados no juízo ***a quo***, não cabendo falar-se em menoridade, pois à época dos fatos faltava pouco mais de um mês para completar 22 (vinte e dois) anos de idade, ou seja, já não era menor de 21 (vinte e um).

Acesso ao Sumário

Resta, ainda, rever as reprimendas que, ***data maxima venia***, foram dosadas com exagero.

Em respeito ao princípio da presunção de inocência, é sabido que processos em andamento, segundo entendimento, inclusive, sumulado no E. STJ sob o número 444, não servem para agravar a pena-base.

Correta, de outro lado, a exasperação das penas do furto e formação de quadrilha, já que os crimes foram praticados com elevado número de comparsas, circunstância que extrapola o dolo normal e, por isso, deve ser considerada.

Assim, as penas-base de FERNANDO LIMA, acrescidas somente em 1/6 (um sexto), alcançam 02 (dois) anos e 04 (quatro) meses de reclusão, mais 11 (onze) dias-multa pelo furto e 01 (um) ano e 02 (dois) meses de reclusão, mais 11 (onze) dias-multa e, considerando-se a menoridade e confissão, retornam aos patamares iniciais.

O furto por pouco não ultrapassou a esfera da tentativa e, por isso, merece a menor redução prevista no art. 14, II, do Código Penal, ou seja, 1/3 (um terço) que conduz as reprimendas de FERNANDO LIMA pelo furto a 01 (um) ano, 06 (seis) meses e 20 (vinte) dias de reclusão, mais 07 (sete) dias-multa que, considerando-se o concurso material, vão, em definitivo, a 02 (dois) anos, 06 (seis) meses e 20 (vinte) dias de reclusão, mais 17 (dezessete) dias-multa.

DÊNIS teve outros envolvimentos com a Justiça e, inclusive, já cumpriu pena e, por isso, merece elevação maior da pena-base, mostrando-se suficiente o patamar de 1/3 (um terço) que conduz suas reprimendas pelo furto qualificado tentado a 02 (dois) anos e 08 (oito) meses de reclusão, mais 13 (treze) dias-multa.

Mantida a redução em 1/6 (um sexto) pela confissão e aplicando a fração de 1/3 (um terço) pela tentativa, as penas do furto chegam a 01 (um) ano, 05 (cinco) meses e 23 (vinte e três) dias de reclusão, mais 06 (seis) dias-multa.

Seguindo os mesmos critérios, a pena pelo crime de receptação, negado pelo réu, chega a 01 (um) ano e 04 (quatro) meses de reclusão, mais 13 (treze) dias-multa, mesmo patamar alcançado pelo crime de formação de quadrilha ou bando.

Observado o concurso material de crimes, já que as condutas tiveram desígnios autônomos, as penas dos três crimes alcançam 04 (quatro) anos, 01 (um) mês e 23 (vinte e três) dias de reclusão, mais 32 (trinta e dois) dias-multa.

JEAN também teve envolvimentos anteriores com a Justiça e, assim como DENIS, merece elevação da pena-base em 1/3 (um terço), chegando a 02 (dois) anos e 08 (oito) meses de reclusão, mais 13 (treze) dias-multa pelo furto e a 01 (um) ano e 04 (quatro) meses de reclusão, mais 13 (treze) dias-multa pela formação de quadrilha ou bando.

Embora não concorde com a compensação entre a reincidência (fls.

Acesso ao Sumário

10/13) e a confissão, não tendo havido insurgência Ministerial, mantém-se o critério adotado no juízo ***a quo*** e, assim, com a redução mínima pela tentativa, a pena do furto chega a 01 (um) ano, 09 (nove) meses e 10 (dez) dias de reclusão, mais 08 (oito) dias-multa.

Portador de uma reincidência, suficiente a exasperação em 1/6 (um sexto) que conduz as penas do crime previsto no art. 288, ***caput***, do Código Penal a 01 (um) ano, 06 (seis) meses e 20 (vinte) dias de reclusão, mais 15 (quinze) dias-multa que, observado o concurso material, alcançam 03 (três) anos e 04 (quatro) meses de reclusão, mais 23 (vinte e três) dias-multa.

FERNANDO SILVA, como os demais que têm antecedentes, tem a pena-base elevada em 1/3 (um terço), indo para 02 (dois) anos e 08 (oito) meses de reclusão, mais 13 (treze) dias-multa e, pela reincidência (fls. 327), sofre nova exasperação mínima, passando a 03 (três) anos e 01 (um) mês de reclusão, mais 15 (quinze) dias-multa que, com a redução pela tentativa, chega a 02 (dois) anos e 26 (vinte e seis) dias de reclusão, mais 10 (dez) dias-multa.

Adotados os mesmos critérios em relação à formação de quadrilha ou bando, não confessada, as penas pela infração ao art. 288, ***caput***, alcançam 01 (um) ano, 06 (seis) meses e 20 (vinte) dias de reclusão, mais 15 (quinze) dias-multa que, observado o concurso material, vão a 03 (três) anos, 07 (sete) meses e 16 (dezesseis) dias de reclusão, mais 25 (vinte e cinco) dias-multa.

A alegação defensiva de que não poderia mais ser considerado como reincidente em função do escoamento do período depurador não pode ser acolhida, bastando ver que, tendo sido condenado a mais de 06 (seis) anos por crime cometido em janeiro de 2005, computando-se o prazo de 05 (cinco) anos, o período depurador somente seria alcançado em janeiro de 2016, isso se não houve qualquer contratempo durante a execução de sua reprimenda.

FABRÍCIO, por fim, sofreu 03 (três) execuções criminais, voltando a delinquir meses depois de egresso do sistema prisional e, por isso, além da exasperação da pena-base em 1/3 (um terço), mereceria nova elevação em razão da reincidência, circunstância, contudo, não observada no juízo ***a quo*** e, assim, depois da redução pela tentativa, as penas do furto chegam a 01 (um) ano, 09 (nove) meses e 10 (dez) dias de reclusão, mais 08 (oito) dias-multa pelo furto.

Pela formação de quadrilha ou bando a elevação da pena-base em 1/3 (um terço) conduz as reprimendas a 01 (um) ano e 04 (quatro) meses de reclusão, mais 13 (treze) dias-multa e, depois de observado o concurso material, a 03 (três) anos, 01 (um) mês e 10 (dez) dias de reclusão, mais 21 (vinte e um) dias-multa.

FERNANDO LIMA não ostenta antecedentes criminais e, sendo menor de idade, merece iniciar o cumprimento de sua expiação em regime aberto.

Aos demais, à exceção de FABRÍCIO que também mereceria o regime

Acesso ao Sumário

fechado, a escolha da modalidade prisional foi adequada e não merece modificação.

A pluralidade de crimes e o ***quantum*** a que condenados demonstra a insuficiência de regimes mais brandos que devem ser reservados a agentes primários, flagrados em sua primeira incursão no mundo do crime.

Não cabe, por fim, aplicar o art. 387, § 2º, do Código de Processo Penal.

Com a alteração legislativa prevendo a possibilidade de detração, surgiram duas interpretações principais.

A primeira entendendo caber ao juízo do conhecimento, quando da prolação da sentença condenatória, depois de efetuado o cálculo da pena, computar o tempo de prisão processual e, considerando a detração, determinar o regime inicial de cumprimento da pena.

A segunda entendendo que somente o juízo da execução tem condições de apurar, com segurança, o cumprimento de todos os requisitos legais para eventual progressão de regime.

Sem mencionar a discutível constitucionalidade do dispositivo, filio-me à segunda corrente, entendendo deva ser a detração analisada no juízo das execuções, a quem compete decidir, sob pena, inclusive, de supressão de instância, a presença de méritos objetivos e subjetivos para eventual progressão.

Diante do exposto, **REJEITADA** a preliminar, **DÁ-SE PARCIAL PROVIMENTO** aos apelos defensivos para absolvição de FERNANDO LIMA, JEAN, FERNANDO SILVA e FABRÍCIO do crime de receptação, com fulcro no art. 386, IV, do Código de Processo Penal; para redução das penas e para abrandamento do regime prisional de FERNANDO LIMA para a modalidade aberta.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0007104-86.2013.8.26.0196, da Comarca de Franca, em que é apelante RAFAEL BARSANULFO ALVES DE SOUSA, é apelado MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em 4ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 16462)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores EUVALDO CHAIB (Presidente) e LUIS SOARES DE MELLO.

Acesso ao Sumário

São Paulo, 2 de dezembro de 2014.
EDISON BRANDÃO, Relator

Ementa: APELAÇÃO – ROUBO MAJORADO PELO EMPREGO DE FACA – Materialidade e autoria delitivas nitidamente demonstradas nos autos – Reconhecimento da tentativa – Inviabilidade – Pena-base fixada acima do mínimo legal – Admissibilidade – Réu que ostenta maus antecedentes – Redução em face da confissão – Impossibilidade – Atenuante que foi compensada com a reincidência – Regime prisional fechado mantido – Recurso defensório improvido.

VOTO

Cuida-se de recurso de apelação interposto por **RAFAEL BARSANULFO ALVES DE SOUSA** contra r. sentença (fls. 106/110) que o condenou por incursão no crime do art. 157, parágrafo 2º, inciso I, do Código Penal, à pena de 06 anos, 02 meses e 20 dias de reclusão, em regime inicial fechado, com pagamento de 16 dias-multa.

Recorre a Defesa pugnando pelo reconhecimento da tentativa, bem como a redução da pena imposta, em face da confissão espontânea (fls. 121/131).

Contrarrazoado o recurso (fls. 133/140), manifestou-se a Douta Procuradoria Geral de Justiça pelo improvimento do apelo (fls. 150/152).

Relatei.

Consta dos autos que, em 01 de março de 2013, por volta das 20h20min, no cruzamento das Avenidas Presidente Vargas e Brasil, na cidade de Franca, o réu subtraiu, para si, mediante grave ameaça, exercida com emprego de uma faca contra a vítima Igor José Pinto Alvarenga, um celular, além de maços de cigarro e um isqueiro.

A materialidade e a autoria do crime são incontestes, conforme documentação juntada aos autos, a saber: auto de prisão em flagrante (fls. 02/03), boletim de ocorrência (fls. 10/12), auto de exibição e apreensão (fls. 13/14), auto de entrega (fls. 15/16), e principalmente, pelas declarações prestadas na delegacia e em Juízo.

O réu, tanto na Polícia como em Juízo, confessou a prática delitiva, aduzindo que, no dia dos fatos, caminhava pela via pública quando avistou a vítima, abordando-a, e utilizando-se de uma faca, subtraiu seus bens. Na sequência, fugiu do local, mas acabou sendo preso logo depois pela Polícia (fls. 08 e CD ROM de fls. 91).

Acesso ao Sumário

A confissão do acusado está em harmonia com as demais provas produzidas nos autos.

O ofendido Igor José Pinto Alvarenga, nas oportunidades em que foi ouvido, narrou com detalhes os fatos descritos na denúncia, afirmando que no dia do ocorrido caminhava pela rua quando se deparou com o acusado que veio em sua direção, tirando uma faca da cintura e anunciou o roubo. Disse que, temendo ser agredido, entregou seu celular, um maço de cigarro e seu isqueiro. Na sequência, ele determinou que atravessasse a avenida e fugiu do local. Contou que, nesse instante, avistou uma viatura policial e narrou o ocorrido aos milicianos que saíram em perseguição ao réu que foi detido logo depois e estava na posse dos bens subtraídos. Acrescentou que não perdeu o meliante de vista, o qual foi preso na outra esquina. Por fim, reconheceu o acusado como sendo o roubador (fls. 07 e CD ROM de fls. 91).

Desse modo, a vítima prestou depoimentos firmes e coerentes, narrando os fatos com riqueza de detalhes e apontou com segurança o meliante como sendo o autor da empreitada criminosa.

Note-se que as palavras das vítimas revestem-se de alto valor probante, principalmente nestes delitos patrimoniais, em que o sujeito ativo sempre procura agir às escondidas, sendo de extrema importância a narrativa do ofendido para revelar detalhes da ação delituosa.

Ademais, tal entendimento já se encontra cristalizado em nossos Tribunais:

> "A palavra da vítima, em caso de roubo, deve prevalecer à do réu, desde que serena, coerente, segura e afinada com os demais elementos de convicção existentes nos autos" (JUTACrimSP TACcrimSP, 94:341, Rel. Juiz Celso Limongi).

> "Prova – Palavra da vítima de roubo – Valor: Em sede de crime perpetrado na clandestinidade, como o roubo, a palavra da vítima deve ser aceita sem ressalvas quando indemonstrado nos autos qualquer interesse, gratuito, de imputar falsa acusação a pessoa inocente, que sequer conhecia anteriormente aos fatos. " (RJTACRIM 15/290).

O policial militar Antônio Carlos Soares Pereira, ouvido no Pretório, declarou que na data dos fatos foi acionado via COPOM de que o réu havia tentado praticar um roubo próximo a uma academia de ginástica, porém não obteve sucesso e, ao seguir para a Av. Presidente Vargas subtraiu o celular do ofendido. Disse que, na posse das características do meliante, conseguiu localizá-lo, sendo que ao indagá-lo sobre os fatos, o réu confessou que estava precisando de dinheiro, pois era viciado em drogas (CD ROM de fls. 91).

No mesmo sentido foram as declarações do outro policial militar Douglas Marques da Silva, ouvido na fase judicial (CD ROM de fls. 91).

Assim, os depoimentos dos policiais também foram harmônicos, firmes e

Acesso ao Sumário

coerentes, sendo, ainda, revestido de fidedignidade, pois é funcionário do Estado, vocacionado no importante dever de proteção da população e investigação de crimes.

No mais, não se pode desmerecer o depoimento da testemunha policial apenas por sua condição de agente da lei, sendo firme a jurisprudência neste sentido:

> "O valor do depoimento testemunhal de servidores policiais – especialmente quando prestado em juízo, sob a garantia do contraditório – reveste-se de inquestionável eficácia probatória, não se podendo desqualificá-lo pelo só fato de emanar de agentes estatais incumbidos, por dever de ofício, da repressão penal. O depoimento testemunhal do agente policial somente não terá valor, quando se evidenciar que esse servidor do Estado, por revelar interesse particular na investigação penal, age facciosamente ou quando se demonstrar – tal como ocorre com as demais testemunhas – que as suas declarações não encontram suporte e nem se harmonizam com outros elementos probatórios idôneos. Doutrina e jurisprudência." (HC 73518/SP, Rel. Min. CELSO DE MELLO, j. 26/03/1996, Primeira Turma, DJ 18-10-1996).

E consoante lição do mestre ARY BELFORT:

> "A tese da insuficiência testemunhal quando emane de agentes de Polícia, consiste em velharia em boa hora mandada ao bolor dos armários de reminiscências especiosas. Desde que verossímeis; desde que partidas de pessoas insuspeitas ou desinteressadas, desde que nada se lhes oponha de valia – há nenhuma razão, de ordem alguma, para que se repudie a palavra de, precisamente, pessoas a quem o Estado confere a missão importantíssima de, coibindo o crime, operar, e nada menos, a própria prisão." **(RJTJESP – 136/477)**.

Ao contrário: é testemunha que depõe compromissada, com presunção de veracidade por ser funcionário público, narrando sobre os atos que, de ofício, foram praticados no exercício das suas funções.

Em sendo assim, tal depoimento reveste-se de inquestionável eficácia probatória, principalmente quando prestado em juízo, sob a garantia do contraditório; não havendo provas de que teriam o único intuito de incriminar pessoa inocente (ônus da defesa).

Diante desse quadro, a materialidade e a autoria do crime são incontestes, eis que ficou demonstrada pela própria confissão do réu e das provas produzidas nos autos, que foram hábeis a ensejar a condenação, não tendo a defesa contra ela se insurgido.

Dessa maneira, também não há se falar em ocorrência de conatus no caso em tela, eis que roubo se consumou, pois o entendimento jurisprudencial dominante prega que o roubo se consuma com a inversão da posse, ou seja,

Acesso ao Sumário

quando o agente tira o bem da esfera de disponibilidade da vítima, sendo prescindível que a res saia da esfera de vigilância do ofendido ou que o agente exerça a posse mansa daquela.

Ainda que por um curto período de tempo, o hiato temporal foi o suficiente para a inversão da posse da res, tendo em vista que o réu foi detido em face da rápida atuação da polícia que foi acionada e conseguiu deter o meliante na posse dos bens subtraídos.

Nesse sentido:

> "Considera-se consumado o roubo quando o agente, mediante violência ou grave ameaça, retira a coisa da esfera de disponibilidade da vítima, ainda que não venha a ser tranqüila a posse" (STJ, REsp. 162.090/SP, 5ª T., rel. Min. Edson Vidigal, 24.11.1998, v.u., DJ 01.02.1999, p. 226).
>
> "PENAL. AGRAVO REGIMENTAL. ROUBO. CONSUMAÇÃO. POSSE TRANQÜILA DA RES. DESNECESSIDADE. PRECEDENTES DO STJ E DO STF. REEXAME DE FATOS E PROVAS. DESNECESSIDADE. INCIDÊNCIA DA SÚMULA 7/STJ. INOCORRÊNCIA. AGRAVO A QUE SE NEGA PROVIMENTO. (…). 2. Considerando que o art. 157 do CP traz como verbo-núcleo do tipo penal do delito de furto a ação de 'subtrair', podemos concluir que o direito brasileiro adotou a teoria da apprehensio ou amotio, em que os delitos de roubo/furto se consumam quando a coisa subtraída passa para o poder do agente, mesmo que num curto espaço de tempo, independente da res permanecer sob sua posse tranquila. Dessa forma, a posse tranquila é mero exaurimento do delito, não possuindo o condão de alterar a situação anterior. O entendimento que predomina no STJ é o de que não é exigível, para a consumação dos delitos de furto ou roubo, a posse tranquila da res. 3. Agravo regimental a que se nega provimento" (AgRg no REsp 859952/RS. Min. Jane Silva – 6ª Turma, 27/05/2008)

No caso em tela, o bem subtraído saiu da esfera de disponibilidade da vítima, considerando que o recorrente foi detido logo depois da subtração dos bens, encontrando-se em outro local diverso do roubo.

Além disso, atualmente os delitos de roubo e furto, segundo as duas cortes do país, seguem a teoria da Amotio, o que significa que o crime se consuma quando o bem é apossado pelo agressor, não importando se a vítima permanece com a vigilância ou se há posse tranquila.

Portanto, percebe-se que o crime de roubo restou consumado.

Quanto a dosimetria penal, a r. sentença não merece reparo.

O douto Magistrado atento às circunstâncias judiciais previstas no artigo 59 do Código Penal fixou as penas corretamente acima do mínimo legal, ou seja, em 04 anos e 08 meses de reclusão e 11 dias-multa, eis que o acusado ostenta maus antecedentes, conforme certidões de fls. 58 e 62.

Acesso ao Sumário

Na segunda fase, ao contrário do afirmado pela douta defesa, o MM. Juiz a quo reconheceu a confissão espontânea, bem como a compensou integralmente com a reincidência. Em razão disso, as sanções foram mantidas no mesmo patamar, ou seja, em 04 anos e 08 meses de reclusão e 11 dias-multa.

Anote-se que o acusado, nesse ponto, foi beneficiado, uma vez que, respeitado entendimento ao contrário, não há se falar em compensação total da reincidência com a confissão espontânea, eis que a agravante da reincidência é legalmente preponderante, todavia, sem recurso da acusação, nada pode ser feito.

Em razão do emprego de arma branca, a qual foi reconhecida, o castigo foi elevado em 1/3 (mínimo possível), totalizando o quantum definitivo para os meliantes em 06 anos, 02 meses e 20 dias de reclusão, além do pagamento de 16 dias-multa, no piso, o qual deve ser mantido.

O regime fixado para início do cumprimento da pena foi o **fechado.**

Com efeito, o réu demonstrou com sua conduta certa periculosidade, uma vez que agindo com emprego de uma faca ameaçou a vítima, subtraindo seus bens, o que demonstra pessoa inapta para retornar, em breve tempo, ao convívio social, sendo necessária a adoção de regime mais rigoroso, até porque ostenta maus antecedentes e, ainda, é reincidente.

Demais disso, o regime fechado é o único compatível com a natureza e o grau de lesividade do delito, não cabendo acolhida o pleito da Defesa de fixação de regime semiaberto.

Isto porque, o roubo é crime cuja gravidade não se discute, que vem nos dias que correm causando grande inquietação na sociedade em geral, hoje até mesmo em cidades de menor porte, desvelando, ademais, a periculosidade de seus agentes, tudo, enfim, a exigir regime prisional mais severo.

Nessa esteira:

> "A quantificação da pena-base no mínimo legal não impõe necessariamente o regime prisional mais brando, apesar da identidade de critérios legais de aplicação daquela e fixação deste (Código Penal, arts. 33, § 3º, 59 e 68). A gravidade do crime e a periculosidade do agente são circunstâncias aptas a autorizar a preterição de um regime mais brando (semi-aberto) para o mais rigoroso (fechado). Precedentes do STF – HC 75.508/SP" (STJ – Rel. Min. Fernando Gonçalves – HC 9.995).

Assim, a r. sentença é de ser mantida por seus próprios e jurídicos fundamentos, posto que examinou toda a matéria deduzida em juízo, e o fez bem, de forma técnica.

Ante o exposto, **NEGO PROVIMENTO** ao recurso, mantida a r. sentença tal qual foi lançada.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos nesses autos de Apelação nº 0001367-52.2011.8.26.0106, da Comarca de Franco da Rocha, em que são apelantes/querelados CELINA DE JORGE GRAZIANO PERES e ARÃO PERES, é apelado/querelante ROBERTO HAMAMOTO.

ACORDAM, em 4ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "DERAM PARCIAL provimento ao apelo, apenas para absolver Arão Peres, R.G. nº 15.587.922, da prática das infrações penais capituladas no art. 139, 'caput', e art. 140, 'caput', ambos c.c. o art. 141, II, na forma do art. 169, todos do Código Penal, com fulcro no art. 386, VII, do Código de Processo Penal. V.U.." de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. (**Voto nº 32.518)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores EUVALDO CHAIB (Presidente) e IVAN SARTORI.

São Paulo, 16 de dezembro de 2014.

LUIS SOARES DE MELLO, Relator

Ementa: Injúria e Difamação contra funcionário público, em razão de suas funções (art. 139, 'caput', e 140, 'caput', ambos c.c. art. 141, II, todos do Cód. Penal). Preliminares inconsistentes. Peça inaugural em plena consonância com o art. 41, do Código de Processo Penal. Condições da ação e pressupostos processuais presentes. Indícios de autoria e prova da materialidade. Justa causa para ação penal caracterizada. Prova de autoria. Questão de fundo meritório. Cerceamento à defesa inocorrente. Intimação para audiência. Ausência de recolhimento de guias de mandados de intimação. Testemunhas ausentes por desídia defensória. Nulidade da sentença inocorrente. Aplicação de pena corporal, em detrimento de multa, fundamentada. Fundo. Publicação, em jornal, de dizeres ofensivos à dignidade e difamatórios à pessoa de Prefeito Municipal. Matéria fundada em texto legal adulterado pelo periódico. Excesso ao dever de informar e ao direito de opinião. Deturpação da verdade. Difamação e injúria caracterizadas. Dolo evidente por parte da jornalista. Opinião prestada

Acesso ao Sumário

com ausência de investigação e de fatos jornalísticos. Condenação imperiosa da querelada. Absolvição do querelado de rigor. Ausência de provas de autoria. Diretor de jornal responsabilizável se ausentes redator e editor responsáveis. Querelada concentradora das atividades jornalísticas. Responsabilização inevitável desta. Apenamento adequado. Oportuna substituição da corporal. Apelo parcialmente provido, com absolvição do querelado.

VOTO

Visto.

Ao relatório da sentença douta, que se acolhe e adota, acrescenta-se que **Celina de Jorge Graziano Peres** e **Arão Peres** saíram **condenados** às penas de 4 meses e 20 dias de detenção (*regime aberto*), mais pagamento de 13 dias-multa, no valor unitário equivalente a 1/5 do salário mínimo – *substituída a corporal por restritiva de direitos, consistente em prestação pecuniária* –, ambos pela prática das infrações penais capituladas no art. 139, '*caput*', e art. 140, '*caput*', ambos c.c. art. 141, II, todos do Código Penal (*difamação e injúria contra funcionário público, em razão de suas funções*).

Interposto apelo pelos querelados – *f. 234/261* – que, preliminarmente, pretexta ***(i)*** nulidade da queixa-crime, por ***(a)*** inépcia, com reconhecimento, por conseguinte, da decadência e ***(b)*** ausência de justa causa, ***(ii)*** nulidade processual, por indeferimento de oitiva de testemunhas e ***(iii)*** nulidade da r. sentença, por aplicar a pena privativa de liberdade pela *difamação*, em detrimento da pena de multa, sem fundamentação.

No mérito, busca-se a inversão do resultado e consequente absolvição dos querelados, por alegada ***(i)*** atipicidade, consistente em ausência de dolo e mero cumprimento do dever de informar, ***(ii)*** inocorrência de fatos caracterizadores das condutas típicas, e ***(iii)*** falta de prática de ato criminoso por parte do querelado Arão.

Anotam-se contrarrazões do querelante – *f. 267/272* – e parecer do '*Parquet*' – *f. 275/281* –, que defendem a mantença do decisório.

Autos distribuídos *(f. 284)*, foram imediatamente encaminhados à douta Procuradoria de Justiça que, após vista regular, conclui, em parecer respeitável, pelo parcial provimento do inconformismo recursal, com absolvição da prática de injúria, por não haver prova da existência do fato – *f. 285/293* – , chegando o feito ao Gabinete do Relator, finalmente, aos ***21.out.2014*** – *f. 294.*

É o relatório.

Por primeiro, as questões **preliminares**.

Acesso ao Sumário

Que não prosperam.

Aventa-se nulidade da queixa-crime, por alegada ausência de menção ao fato criminoso.

Sem sucesso.

Isto porque, absolutamente **nenhum** vício desponta dos autos ou, mais precisamente, da peça inaugural.

Que contém ***todos*** os requisitos constantes do *art. 41, do Código de Processo Penal*.

Basta lê-la.

Aliás, a peça inicial, aqui, é **precisa** e dá a entender, aos *querelados*, perfeitamente, aquilo que se está a eles debitando.

A exordial acusatória traz todas as circunstâncias dos fatos, a destacar até mesmo a publicação dos dizeres difamatórios e injuriantes, com expressa narrativa do ocorrido, com as minúcias e circunstâncias relevantes.

E ainda a clara atenção e menção aos indícios de autoria e prova da materialidade, com tipificação condizente à narrativa dos fatos.

Situação bastante ao seu recebimento e ao prosseguimento processual.

Daí que inexistente vício ou nulidade qualquer da prefacial.

De outro turno, não há que se falar em nulidade do recebimento da queixa-crime, por falta de condição para o exercício da ação.

Afinal, ao mandato outorgado pelo querelante a seus patronos, bastava apenas que trouxesse de forma mais clara e segura a especialidade da procuração para a propositura de queixa-crime, como obedeceu o querelante, *f. 35* e *39*, com menção à capitulação dos fatos criminosos.

Tudo em perfeita harmonia ao ***narrado detalhadamente na peça inaugural***, em que é possível ***identificar com clareza quais os fatos criminosos imputados***.

Donde a adequada presença das condições para o exercício da ação penal, igualmente satisfeita em seus pressupostos.

Daí que não se verifica prejuízo algum aos querelados, quanto a tanto.

Rejeitada a preliminar, portanto, não há que se falar na tese subsidiária de reconhecimento da decadência para futura proposição de queixa-crime sobre os mesmos fatos.

Quanto à alegada **ausência de justa causa** para propositura de queixa-crime perante o querelado Arão, igualmente no vazio a preliminar, '*data venia*'.

Tudo porque, àquele momento inaugural do processo, a matéria suscitada, a tratar de qual o efetivo envolvimento do querelado com os fatos, coincidia com questão meritória, de análise mais aprofundada.

Acesso ao Sumário

Daí que inviável tratar-se de prova do envolvimento do querelado com os fatos, àquele momento, em que, contra ele, ***havia indícios de autoria e efetiva prova da materialidade.***

Circunstâncias, enfim, caracterizadoras da justa causa à ação penal, como bem entendeu a origem.

A questão abordada tanto se atine ao mérito profundo, que sua depuração efetiva, mesmo nesta via recursal, somente se esgota pela própria análise meritória, jamais em sede preliminar.

Alega-se, ainda, **cerceamento à defesa**, por indeferimento de oitiva de testemunhas.

Ora.

Necessário firmar que indeferimento de oitiva não ocorreu, *f. 111*, mas negativa à redesignação de audiência.

Sucede que a defesa dos querelados, **perfeitamente intimada da designação de audiência**, *f. 110 verso*, ***dois meses antes*** da realização do ato, ***não cuidou em recolher as guias de diligências para intimação das próprias testemunhas arroladas e tampouco cuidou em apresentá-las para a audiência.***

Verdadeira desídia, '*data venia*', da Defesa, que não pode ser imputada à origem.

Ademais, ao momento da audiência, *f. 111*, **não logrou demonstrar qual a efetiva relevância das testemunhas para a apuração da verdade real.**

Não basta invocar o princípio para que tal já se firme comprovado.

Necessário demonstrar – *especialmente após deixar de recolher as custas de intimação, a dar a entender a desnecessidade das oitivas* –, qual o efetivo prejuízo pela ausência de inquirição daquelas aludidas testemunhas.

Ao reverso, alega ***somente em suas razões recursais*** que as referidas testemunhas narrariam fatos que, '*data venia*', já estão perfeitamente claros nos autos – *como a ocorrência de denúncia contra o prefeito por parte de um vereador.*

Contrário fosse e – ***especialmente em casos como este, de breve prescrição da pretensão punitiva*** – à Defesa seria permitido pugnar por várias e várias redesignações de audiência, em evidente procrastinação do feito.

Mas não pode ser assim, verdadeiramente.

Donde não se verificar qualquer nulidade quanto a tanto.

Por fim – *e ainda em sede preliminar* –, busca-se a nulificação da r. sentença, por deixar, sem fundamentação, de aplicar a pena alternativa de multa pela difamação.

Sem sucesso.

Afinal, a origem bem fundamenta que, ***por entender a corporal mais***

adequada à reeducação dos querelados, deixou de aplicar a pena de multa.

E a leitura de todo o '*decisum*', **em especial do apenamento**, enfim, deixa evidente que a origem ressalta a aplicação de multas em valores mais rigorosos, em atenção à elevada capacidade financeira dos querelados.

Tudo, enfim, a sustentar seu acertado entendimento de que a aplicação da corporal cumprirá com mais adequação a finalidade social da pena.

Donde não haver que se falar em falta de fundamentação quanto a tanto.

Inocorrente, dessarte, qualquer nulidade da r. sentença condenatória.

Preliminares, portanto, ***absolutamente inconsistentes***.

Ao fundo.

Injúria e difamação contra funcionário público, em razão de suas funções (*art. 139,* '*caput*'*, e art. 140,* '*caput*'*, ambos c.c. art. 141, II, todos do Código Penal*).

Querelados, jornalista e empresário, possuem firma empresarial responsável pelo jornal "*Regional News*", que circula nas cidades de *Caieiras, Cajamar, Franco da Rocha, Francisco Morato* e *Embu,* todas no *Estado de São Paulo.*

Em exercício das atividades do referido periódico, ***os acusados publicam matéria*** com o ***enunciado*** "*Aliados do Prefeito Hamamoto podem ser beneficiados em concurso público*", e ***título*** "***Concurso pode ter direcionamento***", além de texto com imputações de favorecimento pessoal e fornecimento de privilégios, imputando ao querelante fatos ofensivos à sua reputação e agredindo sua dignidade.

Condenação necessária, mas ***apenas quanto à querelada***.

Elementos mais que seguros a garantir autoria, por parte da querelada, e materialidade delitivas.

Assim e de saída, pela **materialidade** caracterizada por documentos, *f. 16/33, que demonstram a veiculação do jornal, com menção distorcida à legislação e ofensas à reputação e à dignidade do querelante.*

E a **autoria da querelada** também é induvidosa.

De efeito.

Afinal, o teor da matéria veiculada ***faz clara menção ao querelante como interessado em facilitar o ingresso de amigos e parceiros na carreira pública***, através de legislação criadora de concurso público para provimento de cargos efetivos, mencionando quais os ***pretensos cargos que, de acordo com o jornal, beneficiariam*** '***correligionários***' ***de forma efetiva.***

Ocorre que os cargos referidos pela matéria jornalística, conforme a Lei Municipal nº 4.423/10, art. 3º, são de ***provimento em comissão*** e não efetivo, como o periódico publica.

Acesso ao Sumário

Isto porque os cargos criados para provimento em natureza efetiva estão mencionados no art. 1º da referida lei municipal e ***não coincidem com aqueles veiculados pelo jornal.***

Tudo, enfim, a ***demonstrar que a publicação da matéria elaborada pela querelada*** nitidamente ***trazia informações confusas, inverídicas e que, além de causarem clamor público, fazem-no indevidamente.***

A lesar a dignidade do querelante e difamá-lo indevidamente perante a comunidade.

A situação, enfim, caracteriza condição que ***extrapola os direitos constitucionais de expressão***, uma vez que, ***sendo falsos, não se coadunam com o dever de informar*** e ***tampouco com o direito de opinião***, já que ferem a veracidade e, portanto, ***difamam o autor de um ato de natureza pública***, como aqui.

Afinal, a matéria afirma que, com a criação dos cargos públicos, o querelante '***pretende arrumar a vida profissional de seus aliados***'*, f. 16.*

Ora.

Tratar-se-ia de uma verdadeira e grave denúncia, ***não houvesse a querelada adulterado os dispositivos legais***, como acima se viu.

A evidenciar a ***evidente intenção de difamar e injuriar o querelante, tudo com fatos adulterados, inverídicos.***

Tem-se, ainda, que foi publicado que '***a intenção do prefeito está centrada em favorecer correligionários, assessores e pessoas de sua confiança, hoje contratados em cargos comissionados, mas desprovidos de segurança empregatícia futura***'*, f. 17.*

Entrementes, como se viu, ***os cargos que a publicação cita, são de provimento efetivo, mediante concurso público***.

Donde não haver meios para qualquer nomeação indevida, como a matéria quer fazer crer.

Ademais, a publicação tampouco cita quais seriam os cargos já ocupados por supostos '*correligionários*' e muito menos aponta tais pessoas, deixando ***tudo ao vento***.

Com verdadeira ***irresponsabilidade, especialmente para quem carrega o registro de jornalista no Ministério do Trabalho***, como a querelada.

A evidenciar, enfim, um quadro que ***deixa clara a intenção de difamar o Prefeito***, além de ***injuriá-lo***, denegrindo-lhe a dignidade.

Donde plenamente ***caracterizados os fatos que constituem as infrações penais imputadas à querelada.***

Tudo, enfim, a comprovar também o ***dolo.***

Afinal, a própria querelada admite a prática do crime, muito embora traga

Acesso ao Sumário

estapafúrdias escusas.

Ora.

Jornalista atuante ***em periódico cujas atividades já somavam quase 20 anos***, alega que apenas queria '***fazer um alerta à população, de forma generalizada, sobre concursos públicos, com base em sessão pública realizada na Câmara Municipal***', *f. 111*.

Ora, jornalista que é, experiente, tinha o dever de conhecer – *e certamente o sabia* – da seriedade das informações que transmite.

Todavia, ***não cuidou em verificar se as denúncias ocorridas em sessão da Câmara Municipal eram verídicas ou se tinham fundamentos consistentes.***

Tampouco se pode dizer que ***fez mero alerta à população, de forma generalizada***, uma vez que ***deixou claro que o Prefeito queria favorecer pessoas do rol de seus*** '***correligionários***'.

Não se trata de alerta generalizado.

E, ademais, ***houve adulteração de texto legal***.

A situação, como se vê, vai além de um ***mero alerta público***.

E ***vai muito além do dever de informação***, pois ***quem tem o dever de reportar não o faz de forma vexatória a terceiros e nem com adulteração fática***, como aqui.

Estava, por certo, ciente da irregularidade da situação, ratificando-a especialmente com o remanejamento de um texto legal, como se a publicação tivesse ***fundo de verdade***.

A ciência de tal fato e ainda, como se disse, a ausência de especificação e consistência das denúncias, faz com que se tenha plenamente caracterizada a infração, porque **sabia a querelada da ilegitimidade e leviandade de sua conduta**.

Essa a certeza de conclusão.

Reprise-se: ***não é possível, verossímil ou crível*** que alguém do ramo, tal a querelada, desconheça tal questão comezinha.

Desconhecer esta regra ***mais que*** comezinha, repita-se, será, "*data venia*", viver em mundo irreal, como nos tempos das cavernas.

O que faz concluir da ***plena ciência*** da acusada quanto à ***burla*** da legislação publicada, bem como do ***tom ofensivo e verdadeiramente difamatório de pessoa com funções públicas***, com evidente intenção de prejudicá-la indevidamente, tudo ***às vésperas de ano eleitoral***.

Donde impossível justificar-se seus atos.

Se não há dolo aí, não se entende como, onde ou em que situações tal tipificação ocorreria.

Acesso ao Sumário

Enfim.

Se a prática foi adotada e a querelada ***sabia que não podia ser***, acaba por admitir, sem rebuços, o cometimento do crime.

Como aqui.

Daí que não se pode, portanto, falar em ausência de dolo, quando se o tem demonstrado categoricamente.

Por fim, quanto à responsabilidade do ***querelado Arão***, tem-se, '*in casu*', que é nenhuma, '*data venia*' do r. entendimento da origem.

Tudo porque a ***querelada admitiu que concentrava todas as funções jornalísticas do periódico***, enquanto o ***querelado***, pelo que se tem dos autos, exerce a função de diretor administrativo.

Assim, apesar de suas levianas escusas, ***de que sabia dos fatos e da publicação como se fosse mero leitor***, *f. 111*, a questão é que sua versão não se vê confrontada por elementos probatórios outros.

Donde a necessidade de tê-la por, ao menos, verossímil.

De outro turno, a menção a seu nome, no jornal, como "***Diretor Responsável***", *f. 16*, não é bastante, '*data venia*', para caracterizar o liame subjetivo exigível em natureza penal.

Afinal, se o Direito Penal é pessoal e, '*in casu*', há pessoa que ***assume a responsabilidade pela publicação e edição da matéria***, não há como responsabilizar, também, terceira pessoa que alega não ter envolvimento com as publicações e a respeito da qual não há provas de que tenha efetivamente praticado os fatos imputados.

Esse, aliás, o entendimento do e. Supremo Tribunal Federal, quanto a acusados diretores de jornais:

> "'*Habeas Corpus*'. *Crime de imprensa. Autoria presumida. A matéria jornalística não assinada presume-se redigida pelo redator de seção e, na sua falta, por aquele que a lei denomina* '*diretor ou redator-chefe*' *– linguagem que alcança a pessoa efetivamente responsável pela redação do jornal como um todo, a quem se subordinam os redatores de seção. Na hipótese, havendo um redator-chefe, não cabe responsabilizar por crime contra a honra, de pronto, o diretor-presidente do jornal.*" *(RHC 64505/PR. Segunda Turma. Rel. Min. Celso Borja, v.u. DJ 20.fev.1987).*
>
> "'*Habeas Corpus*'. *Crime de imprensa. Se o direito de representação foi exercido tempestivamente e a denúncia oferecida no prazo, não há cuidar de decadência, em razão da demora do juiz em recebê-la. Configurada a ofensa a honra subjetiva do representante, não é inepta a denúncia. De outra parte, a responsabilidade penal recai no diretor responsável do jornal, se o autor do artigo injurioso não é identificado.*". *(RHC 63676/SP. Segunda Turma. Rel. Min. Carlos*

Acesso ao Sumário

Madeira, v.u., DJ 11.abr.1986).

Como se vê, apresenta-se punível o diretor – *quando não participa da edição da matéria* –, apenas quando não se identifica o autor, o editor e até mesmo o revisor da publicação.

Donde não haver elementos caracterizadores da autoria quanto ao querelado.

Dês que não se demonstrou, '*data venia*', que dentre suas funções estava a de ***verificar as publicações antes de impressas no jornal***.

Afinal, essa modalidade de dolo abstrato, em que se pune o agente por uma omissão, **exige previsão legal**, que impute uma norma que demande o dever de agir.

E tal situação, por aqui, não se verifica.

Especialmente porque a querelada é, repita-se, enfática em afirmar que era a única responsável pela publicação e edição da matéria.

E a provar o contrário, '*in casu*', não há demais elementos probatórios.

A caracterizar a insuficiência probatória para demonstrar a autoria dos fatos por parte do querelado.

O que não se pode confundir, por outro lado, com a responsabilidade que eventualmente possua, como diretor administrativo do jornal, na seara cível.

Donde ser de medida de rigor, nesta sede criminal, a absolvição do querelado Arão.

Quanto à querelada, de outra banda, como acima se viu, resta induvidosa a prática da ***difamação e da injúria*** contra o querelante, Prefeito, em razão de suas funções públicas.

Condenação, portanto, inevitável.

"*Quantum satis*".

Apenamento.

Bases fixadas no mínimo legal, para ambas as infrações, assim mantidas à segunda fase, com majoração de ***1/3***, pela causa de aumento prevista no art. 141, II, do Código Penal, alcançando-se os patamares finais de ***4 meses de detenção***, mais ***13 dias-multa***, pela prática da difamação, e ***1 mês e 10 dias de detenção*** pela injúria.

Com acerto a origem, pela não aplicação da multa pela prática de injúria.

Afinal, como acertadamente asseverou, a mera aplicação de multa não se demonstra como a pena mais adequada ao caso.

Tudo porque se trata de fatos praticados em jornal, com grande circulação, a acarretar em uma injúria que excede a ofensa restrita à pessoa e acaba por expô-la a um verdadeiro *sem número* de leitores e terceiros, com nítido prejuízo

Acesso ao Sumário

à dignidade do querelante.

Ademais, o poder econômico da querelante deve ser levado em conta por ocasião da aplicação da pena, já que não pode adquirir, com a pena, a sensação de que o mero pagamento de uma multa a exime dos fatos praticados.

O caso, enfim, é mais sério que o normalmente previsto ao tipo.

Donde o rigor proporcional no tratamento ser medida adequadamente apresentada pela origem.

E quanto à diária da multa, pelo crime de difamação, patamar plenamente ajustado ao caso concreto, com observância da capacidade econômica da querelada, a ensejar ***aplicação de valor compatível aos dias-multa***, como bem fixou a origem, em ***1/5 do salário mínimo***.

Oportuna substituição da privativa de liberdade por restritiva de direitos – *prestação pecuniária* – uma vez satisfeitos os pressupostos legais (*art. 44, do Código Penal*).

Regime aberto, o mais benevolente possível, em eventual necessidade de cumprimento da privativa de liberdade.

POSTO, mantido o mais decidido, ***dá-se parcial provimento ao apelo***, apenas para **absolver Arão Peres**, R.G. nº 15.587.922, da prática das infrações penais capituladas no ***art. 139,*** '***caput***'***, e art. 140,*** '***caput***'***, ambos c.c. o art. 141, II, na forma do art. 169, todos do Código Penal,*** com fulcro no ***art. 386, VII, do Código de Processo Penal***.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos nesses autos de Apelação nº 0001650-67.2008.8.26.0272, da Comarca de Itapira, em que é apelante WILLIAN DONIZETE PINHEIRO LEME e Apelante/Apelado GUILHERME FERNANDO ANTUNES, é apelado/apelante MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO.

Acesso ao Sumário

ACORDAM, em 4ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Por maioria de votos, deram provimento ao recurso ministerial, para redimensionar as penas impostas ao acusado Guilherme para 8 anos e 10 meses de reclusão, mais pagamento de 1.283 dias-multa, mínimo valor unitário, e negaram provimento aos apelos defensivos, expedindo-se mandados de prisão; vencido em parte o E. 3º Juiz, Des. Ivan Sartori, nos termos da declaração de voto que apresentará." de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 32.568)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores

EUVALDO CHAIB (Presidente) e IVAN SARTORI.

São Paulo, 16 de dezembro de 2014.

LUIS SOARES DE MELLO, Relator

Ementa: Lei de Drogas (nº 11.343/2006). Preliminares inconsistentes. Falta de fundamentação da sentença não caracterizada. Cerceamento de defesa inocorrente. Desnecessidade de nova diligência para aferição de distâncias. Mérito. Tráfico de entorpecentes majorado e associação para o tráfico em concurso material (art. 33, "caput", c.c. art. 40, III, e art. 35, da L. 11.343/2006, na forma do art. 69 do Cód. Penal). Crimes caracterizados. Flagrante inquestionável. Acondicionamento e quantidade da droga que revelam comércio. Palavras coerentes e incriminatórias de Guardas Municipais. Versões exculpatórias inverossímeis. Responsabilização inevitável. Causa de aumento prevista pelo art. 40, III, da Lei de Drogas caracterizada. Necessidade condenatória imperiosa. Apenamento redimensionado. Acusado que não faz jus à causa especial de redução prevista pelo art. 33, § 4º, da L. de Drogas. Regime inicial fechado único possível (L. 11.464/07). Substituição da pena privativa de liberdade por penas restritivas de direitos. Impossibilidade. Apelo ministerial provido e improvidos os recursos das defesas, rejeitadas as matérias preliminares, com expedição de mandados de prisão.

VOTO

Visto.

Ao relatório da sentença douta, que se acolhe e adota, acrescenta-se que **Willian Donizete Pinheiro Leme** saiu condenado às penas de 11 anos, 9 meses e 10 dias de reclusão (*regime fechado*), mais pagamento de 1.710 dias-multa, mínimo valor unitário, e **Guilherme Fernando Antunes** saiu condenado às penas de 4 anos, 11 meses e 10 dias de reclusão (*regime fechado*), mais pagamento de 894 dias-multa, mínimo valor unitário, ambos pela prática das infrações penais capituladas no art. 33, "caput", c.c. art. 40, III, e art. 35 da L. 11.343/06, na forma do art. 69 do Cód. Penal (*tráfico de entorpecentes majorado e associação para o tráfico, em concurso material*).

Acesso ao Sumário

Apelam o **Ministério Público** e os **acusados.**

O apelo ministerial – *f. 349/355* – busca afastar a incidência da causa especial de redução de penas prevista pelo art. 33, § 4º da Lei 11.343/2006, reconhecida em benefício do acusado ***Guilherme.***

O apelo do acusado ***Guilherme*** – *f. 378/391* – combate a r. sentença com matéria preliminar e meritória.

Preliminarmente, busca ***(i)*** a nulidade do feito, por alegado cerceamento de defesa, e ***(ii)*** a nulidade da sentença, por sustentada falta de fundamentação para a condenação pelo crime de associação para o tráfico.

No mérito, assim como o acusado ***Willian*** – *f. 478/487* – pretende, essencialmente, a modificação do julgado em sua parte meritória e conclusiva, buscando a inversão do resultado, com absolvição, por defendida insuficiência probatória.

Subsidiariamente, buscam ***(i)*** afastar a incidência da causa de aumento de penas prevista pelo art. 40, III, da L. 11.343/2006, ***(ii)*** a redução das penas aplicadas, ***(iii)*** fixação de regime prisional aberto, e ***(iv)*** a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos.

Anotam-se contrarrazões de lado a lado – *f. 361/367, 394/398 e 489/491* – que defendem o improvimento dos apelos adversos.

Autos distribuídos (*f. 527*), foram imediatamente encaminhados à douta Procuradoria de Justiça que, após vista regular, conclui, em parecer respeitável, pelo improvimento dos recursos defensivos e pelo provimento do inconformismo ministerial – *f. 528/536* –, chegando o feito ao Gabinete do Relator aos ***17.nov.2014*** (*f. 537*).

É o relatório.

Por primeiro, as **matérias prejudiciais**.

Que não prosperam, *data venia*.

Assim e de início, anote-se que a matéria apresentada em sede de preliminar pela defesa do acusado ***Willian***, acerca da "*criminalização do pobre*", não tem condições de sequer ser conhecida por esta Corte, dês que desprovida de qualquer argumento jurídico.

A completa impertinência de tal libelo político-sociológico é patente, considerando que a "*preliminar*" não aponta nenhuma mácula processual apta a invalidar o processo.

As demais preliminares, arguidas pela defesa do acusado ***Guilherme***, pretextam a nulidade do feito, por ***(i)*** cerceamento de defesa, consistente no indeferimento de novas diligências para aferir a distância entre o local dos fatos e algumas das instituições a que se refere o art. 40, III, da L. 11.343/06, e ***(ii)*** falta de fundamentação da sentença, no que se refere à condenação do acusado

Acesso ao Sumário

pelo crime de associação para o tráfico.

Entretanto, não se verificam as eivas suscitadas.

De cerceamento de defesa não há que se falar, dês que absolutamente desnecessária a diligência reclamada pela defesa, consistente na aferição da distância exata entre o local dos fatos e entidades religiosas ou sociais existentes na região.

Isto porque já há, nos autos, elementos suficientes – *inclusive laudos periciais*, *f. 246/248 e 269/271* – que permitem ao julgador a adequada avaliação acerca da incidência da causa de aumento de penas prevista pelo art. 40, III, da L. 11.343/2006.

Ademais, embora a própria defesa do acusado informe qual seria a distância exata entre tais locais, a lei sabiamente não impõe, arbitrariamente, uma distância exata para a incidência, ou não, daquela causa de aumento.

Ainda em sede preliminar, pretexta a defesa do acusado ***Guilherme*** a nulidade do feito por *falta de fundamentação da sentença*, quanto à condenação pelo crime de associação para o tráfico.

Mais uma vez **sem qualquer razão**.

Não se entrevê ***onde***, ***como*** ou ***porque*** da acenada nulidade por ofensa à legislação de regência ou, muito menos, a tema constitucional.

O decisório – *fruto de trabalho completo e bem desenvolvido* – aprecia absolutamente **todos os temas** colocados em discussão.

O que se verifica é que, ao final da análise dos fatos, o Magistrado de origem externou sua convicção de que a prova produzida é suficiente para a condenação dos acusados **também** pelo crime de associação para o tráfico.

Sem que, para tanto, houvesse a necessidade de se repetir pormenorizadamente toda a análise do conjunto probatório que conduziu a tal conclusão.

De forma que, direta ou indiretamente, seja lá como se queira, verdade única é que todos os pontos combatidos foram bem e devidamente avaliados.

Se o apelante entende que, sob fundamentos diversos, deveriam ser examinadas outras ponderações, isso não se entretém em temática de nulidade eventual.

Basta o exame das situações, como foram feitas.

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 omissão do julgado, vai distância imensa.

Inconformismo de resultado não significa ausência de fundamento.

Acesso ao Sumário

Fundamento não entendido ou não querido pela parte, de igual e obviamente, também não significa vício ou assemelhado.

Assente-se bem: a parte não gostou foi do resultado e dos fundamentos usados.

Dizer-se, daí, que eles são falhos, é coisa inaceitável.

"*O Juiz, em suma, não está obrigado a responder a todas as alegações das partes, quando já tenha encontrado motivo suficiente para fundar a decisão (Lopes da Costa, in RF, 126/127), pois não há nem pode haver modelo para a fundamentação da sentença*".

"*Basta que diga o suficiente para eliminar da decisão as marcas e aparências do arbítrio, desvelando ao mesmo tempo, ponto de referência para o recurso que as partes queiram manifestar (Orozimbo Nonato, in RF, 133/417)*".

Digno de ser trazido a colação o ensinamento do ***Desembargador Benini Cabral***, nos embargos de declaração nº 131.289-1:

"*Os julgados devem dar os fundamentos que levaram o julgador a se convencer em favor de uma das partes. Não podem os fundamentos ser ao gosto do vencido, que o faça resignar-se, pois a parte tachada de renitente, pode continuar a sê-lo, e sempre, infindavelmente, sobrariam questões e perguntas sobre o direito, que é campo vasto. Ora, já pontuou o Excelso Pretório que não pode a parte fazer questionários ou lavrar perguntas, à guisa de satisfazer-se, ou construir, paralelamente, caminho para recurso eventual e futuro, que poderia remanescer*".

O E. Superior Tribunal de Justiça já decidiu que:

"*O órgão judicial para expressar a sua convicção não precisa aduzir comentários sobre todos os argumentos levantados pelas partes. Embora sucinta ou deficiente, a motivação, pronunciando-se sobre as questões de fato e de direito para fundamentar o resultado, exprimindo o sentido geral do julgamento, não se emoldura negativa de vigência aos artigos 458, II, e 535, II, CPC, nem se entremostra confronto com o art. 282, do mesmo Código.*" *(REsp. nº 40.897-0-SP, Rel. Min. Milton Luiz Pereira, in DJU de 19.6.95, pág. 18.640).*

Em suma, nenhum esforço lógico é preciso para concluir nesses termos relações tais que o menor esteja contido no maior e o médio na totalidade do maior, até encontrar os extremos do silogismo completo e o formalismo lógico que a lei repete.

Resta, ainda, a preliminar arguida em sede de contrarrazões pela defesa do acusado ***Guilherme***, pelo não conhecimento do recurso ministerial.

Porém, a incidência ou não da causa especial de redução de penas prevista pelo art. 33, § 4º da L. 11.343/06 será analisada por esta Instância, como se verá mais adiante, sob o aspecto do mérito do acusado para fazer jus ao benefício,

Acesso ao Sumário

sem adentrar na questão de sua constitucionalidade.

O que afasta a incidência da cláusula de reserva de plenário, que fundamenta a preliminar da defesa.

Repele-se, assim, toda a matéria preliminar.

Ao fundo.

Trata-se de tráfico de entorpecentes majorado e associação para o tráfico, em concurso material (*art. 33, c.c. art. 40, III, e art. 35, da L. 11.343/2006, na forma do art. 69, Cód. Penal*).

Guardas Municipais, investigando denúncias anônimas de tráfico, diligenciam pelo local dos fatos e surpreendem os acusados, que empreendem fuga ante a aproximação da viatura.

Após breve perseguição, os acusados são abordados e os Guardas Municipais recuperam, próximo ao local em que foram surpreendidos, um invólucro plástico contendo ***57 gramas de crack***, divididos em ***124 porções individuais***.

Na sequência, os Guardas dirigem-se a um imóvel abandonado, apontado como ponto de venda de entorpecentes dos acusados, onde encontram ***3 gramas de cocaína, fracionadas em 4 porções individuais.***

Os acusados são detidos em flagrante.

Estes os fatos, em suma.

Pois bem.

Condenação justa e necessária.

Elementos mais que suficientes a garantir autoria e materialidade delitiva.

Assim, e de saída, pela materialidade constatada no ***(i)*** boletim de ocorrência, *f. 9/10*, ***(ii)*** laudo de constatação, *f. 11 e 12*, ***(iii)*** exames químico-toxicológicos, *f. 100/101*, positivo para a substância entorpecente – ***cocaína*** –, ***(iv)*** laudos periciais do local dos fatos, f. *246/248 e 269/271*.

A **autoria**, por seu turno, é incontestável.

A começar pelo **estado flagrancial**, antes descrito.

De efeito.

Esse fato, só por si, caracteriza por sem dúvidas e de pronto a autoria – *e o próprio tráfico e associação* – uma vez que não há lógica capaz de fugir a essa interpretação.

Quem é apanhado em pleno "*iter criminis*", trazendo consigo ou mantendo em depósito **grande quantidade de droga – *124 porções de crack e 4 invólucros de cocaína*** –, não tem como justificar a situação.

Não há explicação razoável ou verossímil para tal porte de entorpecentes, senão aquela que a entenda destinada ao comércio.

Acesso ao Sumário

Fugir desta realidade é fechar os olhos ao óbvio e desprezar o bom-senso.

Só por aí e já seria – *e é verdadeiramente* – indisputável, nada obstante mais, e forte, também haver contra os acusados.

Assim as narrativas dos diligentes e competentes **Guardas Municipais *(i) Luís***, *f. 3 e 176,* e ***(ii) Celso***, *f. 5 e 177*.

Estoriam exatamente a ação, em correspondência de detalhes, unicidade de entendimento e ação.

Descrevem minuciosamente – *unissonamente, reprise-se* –que, em diligências para apurar a veracidade de denúncias anônimas de tráfico de entorpecentes, surpreenderam os acusados no local informado nas delações, e estes imediatamente tentaram empreender fuga.

Afirmam que, após breve perseguição, conseguiram abordar os acusados e que, em revista pelo local dos fatos, recuperaram um invólucro contendo ***124 pedras de crack.***

Informam ainda que, na sequência, dirigiram-se a um imóvel abandonado, usado pelos acusados como ponto de venda de entorpecentes, onde encontraram outras ***4 porções de cocaína***.

Evidentemente autênticos os relatos.

Tudo a revelar iniludível **traficância.**

Já se disse: fugir de realidade tamanha é querer não enxergar o que os autos mostram com cristalinidade pura.

E nada se alegue contra as palavras daqueles 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.

Acesso ao Sumário

No vazio, portanto, as ***versões exculpatórias dos acusados***, verdadeiramente fantasiosas e perdidas em si mesmas, quando confrontadas, não só face sua posição inverossímil, como e principalmente porque improvadas.

Willian nega a prática delitiva, afirmando que estava na casa de familiares quando foi informado acerca da prisão do acusado ***Guilherme***, seu irmão, e dirigiu-se para o local dos fatos, onde também acabou detido sob falsas acusações dos Guardas Municipais – *f. 174*.

Guilherme também nega os fatos, afirmando que a droga apreendida seria destinada ao seu consumo pessoal – *f. 175*.

Nesses termos, aceitar-se as versões dos acusados, *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.

Dar-se crédito àqueles que são detidos em plena e objetiva ação delituosa, trazendo consigo e guardando grande quantidade de substâncias entorpecentes – *mais de uma centena de porções de crack, além de algumas porções de cocaína* –, em detrimento das palavras dos agentes da lei, que cumpriam seu papel de proteger a sociedade, seria inverter de tal forma os valores que se deixaria em descrédito a própria Justiça.

Tanto não é possível, na verdade, exatamente porque as escusas são para livrá-los da responsabilização, que é imperiosa, todavia.

Ou valem as palavras dos Guardas Municipais ou se estará dando crédito maior a quem traz consigo e guarda grande quantidade de droga, em plena ação delituosa.

Também restou bem caracterizada, na prova acima explicitada, a ***associação para o tráfico*** entre os acusados.

Não há dúvida interpretativa mínima quanto a isto.

Afinal, todo o quadro relatado mostra que a situação de traficância não pode ser considerada isoladamente em relação a um todo, mas sim associada, até e para que pudesse aquela atividade ilícita ser desenvolvida.

Por certo isolada ou não associada fosse a ação, não se teria tamanho quadro de traficância.

Afinal, os acusados traziam consigo ***grande quantidade de droga*** – **124 porções de crack** –, além de utilizarem um imóvel abandonado como ponto de comercialização de entorpecentes.

Pois bem.

Situações tais as relatadas e provadas nos autos, não se concebem que sejam desenvolvidas, senão em associação, se disse, tendo em conta o tipo de ação dos malfeitores.

Quem pratica crime deste porte – *mormente em casos de* ***grande quantidade de entorpecente***, *como aqui* – age, seguramente, em vínculo de permanência.

Daí que consequência natural o reconhecimento dos delitos irrogados e reconhecidos.

Acesso ao Sumário

E a causa de aumento de penas prevista pelo art. 40, III, da L. 11.343/06 restou bem caracterizada.

Afinal, os laudos periciais de *f. 246/248 e 269/271* demonstram que os acusados desenvolviam suas atividades criminosas nas proximidades de escolas e locais de culto religioso.

Inimporta, para o reconhecimento da incidência da majorante, a distância exata do local em que os acusados praticavam o tráfico e aqueles referidos pelo art. 40, III, da L. 11.343/2006.

Pois, repita-se: a lei não prevê, arbitrariamente, a distância exata para definir o conceito de proximidade, por ela adotado, deixando a análise de cada situação ao prudente juízo do Magistrado.

Assim, e valendo-se até mesmo de informações trazidas pela defesa, é possível verificar que os acusados desenvolviam a traficância a cerca de ***180 metros de distância*** de escolas e locais de culto religioso, com fácil acesso através de vias asfaltadas – *f. 298/299*.

O que, inegavelmente, amolda-se perfeitamente ao conceito do termo "*imediações*", tal como concebido pelo legislador.

Assim, o reconhecimento da causa de aumento de penas é medida que se impõe.

Condenação, portanto, inevitável.

"*Quantum satis*", enfim.

Apenamento.

E aqui, já se passa ao exame do mérito do **reclamo ministerial.**

Há reparos a fazer na dosimetria das penas impostas ao acusado **Guilherme**, *data venia* do entendimento do d. Juízo de origem.

Afinal, da forma como se fez e alguns fazem, o apenamento fica mais leve do que anteriormente existia na legislação revogada, olvidando-se que a novel legislação veio em verdade recrudescer a situação dos traficantes.

Aos novos cálculos, então.

Ao réu Willian.

Mantidos os critérios adotados pelo d. Juízo sentenciante, pena-base fixada em ***1/3*** acima do mínimo legal, para cada um dos delitos, considerando seus péssimos antecedentes criminais, com posterior majoração, **apenas para o crime de tráfico**, em ***1/6***, pela incidência da causa de aumento prevista pelo art. 40, III, da L. 11.343/06.

Ausentes outras circunstâncias modificadoras, suas penas finalizam em *7 anos*, *9 meses e 10 dias de reclusão*, *mais 777 dias-multa*, para o crime de tráfico de entorpecentes; e em *4 anos de reclusão*, *mais 933 dias-multa*, para o crime de associação para o tráfico.

Acesso ao Sumário

Finalmente, reconhecido o concurso material entre todos os delitos, as penas impostas ao acusado ***Willian*** finalizam em ***11 anos, 9 meses e 10 dias de reclusão***, mais ***pagamento de 1.710 dias-multa***, mínimo valor unitário.

A defesa do acusado ***Willian*** busca, derradeiramente, a redução das penas aplicadas, com a incidência de menor fração de aumento para a pena-base e para a causa de aumento de penas.

Novamente, sem razão.

Isto porque seus péssimos antecedentes criminais, devidamente documentados nos autos, justificam plenamente a adoção da fração de aumento adotada pelo d. Juízo sentenciante, demonstrando que este não se afastou de um prudente critério de proporcionalidade na fixação da pena-base.

Por sua vez, a fração de ***1/6*** imposta pelo reconhecimento da causa de aumento de penas prevista pelo art. 40, III, da L. 11.343/2006 é a mínima prevista, de modo que não se pode, em hipótese alguma, ser considerada exagerada.

Quanto ao réu Guilherme.

Pena-base fixada no mínimo legal, para ambos os delitos.

Após – *contrariamente à conclusão adotada pela origem, mais uma vez* "*data venia*" – não há como aplicar-se aqui a causa de diminuição prevista no ***art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/2006.***

Isto porque, nada obstante tenha a novel legislação antidrogas (*Lei nº 11.343, 23.ago.2006*) criado **aparente** situação mais favorável aos traficantes primários (*art. 33, § 4º*), ***não é o caso*** de aqui considerá-la mais benéfica e em favor do acusado ("*lex mitior*"), porque meramente ***facultativa*** a situação ("*...as penas* ***poderão*** *ser reduzidas...*" *g. do a*.), o que desabilita sua aplicabilidade para o caso concreto, **muito mais aqui**, **evidentemente**, face à **grande** quantidade de entorpecentes de grande potencial lesivo encontrados em poder do acusado – ***124 porções individuais de crack e 4 porções de cocaína.***

O que denota **habitualidade** constante e reiterada, a demonstrar que os réus não podem ser tratados igualmente a outros.

Demais disso, atente-se ao fato de que o acusado também saiu condenado pelo delito de **associação para o tráfico**, o que, só por si, já é suficiente a impedir a incidência do redutor – *que não deve beneficiar àqueles que se dedicam às* ***atividades de associações criminosas***.

A seguir, majoração – *também apenas para o crime de tráfico* – em ***1/6***, pela incidência da qualificadora prevista pelo art. 40, III, da L. de Drogas e, ausentes outras circunstâncias modificadoras, assim tornado definitivo o apenamento, em 5 anos e 10 meses, mais 583 dias-multa, pelo crime de tráfico, e em 3 anos de reclusão, mais 700 dias-multa, pela associação para o tráfico.

Reconhecido o concurso material entre os delitos, as penas, somadas,

Acesso ao Sumário

finalizam em ***8 anos e 10 meses de reclusão***, mais ***pagamento de 1.283 dias-multa***, mínimo valor unitário.

Quanto ao **regime**, o ***inicial fechado*** é o único possível (Lei nº 11.464/2007), **para ambos os acusados.**

Afinal, saíram eles condenados pela prática de crimes ***hediondos***, por disposição expressa de lei (*L. 8.072/90*).

E não cabe ao julgador, *data venia*, a fixação de regime prisional diverso daquele imposto pela norma, sob pena de verdadeira decisão "*contra legem*".

Daí que impossível falar-se em imposição de regime mais brando aos acusados, face à **gravidade do delito** praticado.

Some-se a isso, ainda, o ***quantum*** **da pena imposta**, o que só por si, impede a fixação de regime diverso do fechado (*art. 33*, *§ 2º*, '*a*', *Cód. Penal*).

Impossível, de outro modo, a concessão de **penas alternativas** em casos de crimes considerados ou equiparados a hediondos, como aqui.

Primeiro que seria contrassenso supor que crimes de tão elevada gravidade e relevância pudessem ser abrangidos por esta figuração.

Depois que a lei que criou os benefícios não pode atingir legislação especial, mas tão apenas a ordinária.

É como, com constância e segurança, tem entendido a jurisprudência:

> "As regras estipuladas pela lei 9714/98 não são aplicáveis na hipótese de condenação por crimes equiparados a hediondo, já que as regras da lei 8072/90 são consideradas lei especial e 'lex specialis derrogat legi generalli'" (TJSP HC 277.458-3, 22/03/99).

> "*AGRAVO – Aplicação da Lei nº 9.714/98 ao tráfico ilícito de entorpecentes – Inadmissibilidade – A Lei nº 8.072/90, que equipara o tráfico ilícito de entorpecentes a crime hediondo, na esteira do disposto na Constituição da República, e determina a fixação de regime integralmente fechado para o autor, é especial em relação à Lei das Penas Alternativas, que se insere no domínio do Código Penal, não sendo, pois, alcançada por esta, ainda que diploma mais benéfico – Ademais, em face do caráter extremamente nefasto do tráfico, flagelo social da atualidade, de inteira justificação que o autor seja apenado com prisão, afastado transitoriamente do convívio social, e não com pena restritiva de direito, reservada para aquele que delinqüiu de forma mais branda, não necessitando, por isso, ser encarcerado – A própria filosofia penal que ditou a promulgação da Lei nº 9.714/98 age em prol da afirmação de não se ajustar ela ao tráfico ilícito de entorpecentes – Recurso desprovido*". *(Agravo nº 276.936-3 – Pirassununga – 3ª Câmara Criminal – Relator: Desembargador Walter Guilherme – 21.09.99 – V.U.).*

> "*Substituição da pena privativa de liberdade por punição alternativa – Tráfico de entorpecente – Inadmissibilidade – Inaplicabilidade da Lei*

Acesso ao Sumário

9.714/98 aos chamados crimes hediondos – Pena mais branda ademais, seria insuficiente para reprimir a tão grave delito que atenta contra a humanidade – As regras estipuladas da lei 9.714/98 não são aplicáveis na hipótese de condenação por crimes equiparados, já que as regras da lei 8.072/90 são consideradas lei especial e 'Lex specialis derrogat legi generalli'". (TJSP, "Habeas Corpus" 7.458-3, 1ª C. Relator Fortes Barbosa, 22.03.1999, V.U., AP 260.537-3, 2ª C. 21.12.1998, V.U.); TJSP, AG 288.665-3, TUPÃ, 2ª C, rel. Desembargador Egydio de Carvalho.

De mais a mais – *e isso verdadeiramente importa* –, os réus traziam consigo **grande quantidade** de um dos mais nocivos entorpecentes de que se tem notícia – ***nada menos do que 124 porções de crack, capazes de entorpecer um sem-número de usuários***.

A demonstrar a inviabilidade do pleito, pois.

Ademais, a já referida **quantidade de pena imposta**, só por si, inviabiliza a substituição de penas pretendida (*art. 44, I, do Cód. Penal*).

Daí se vê que, por qualquer ângulo que se enxergue a coisa, a aplicação de penas alternativas não se mostra jamais recomendável, a qualquer dos réus (*art. 44, III, do Cód. Penal*).

POSTO, ***rejeitadas as matérias preliminares***,

I. dá-se provimento ao recurso ministerial, para redimensionar as penas impostas ao acusado ***Guilherme*** para ***8 anos e 10 meses de reclusão***, mais ***pagamento de 1.283 dias-multa***, mínimo valor unitário; e

II. nega-se provimento aos apelos defensivos.

III. Expeçam-se mandados de prisão.

DECLARAÇÃO DE VOTO PARCIALMENTE VENCIDO

(Voto nº 25055)

Adotam-se os relatórios lançados nos autos e, no essencial, a motivação do v. voto líder.

Diverge-se, porém, quanto à condenação dos réus pelo art. 35 da Lei 11.343/06, respeitado o entendimento dos ilustres Desembargadores Luis Soares de Mello e Euvaldo Chaib.

Consta da denúncia que os acusados se associaram para o fim de praticar o crime de tráfico de entorpecentes. Para tanto, traziam consigo, tinham em depósito e guardavam 124 pedras de "crack" (57g) e 04 porções de cocaína (3g).

Guardas municipais receberam informação anônima dando conta de que os denunciados praticavam o comércio de entorpecentes próximo a um poste de iluminação onde estaria um cavalo. Para lá se dirigiram e visualizaram os

Acesso ao Sumário

increpados. Estes, ao perceberem a aproximação dos policiais, evadiram-se, mas foram detidos nas imediações. Durante a busca no local, foi encontrado um embrulho plástico contendo as pedras de "crack". Constatou-se, ainda, que os denunciados utilizavam uma casa abandonada como ponto de venda de entorpecentes e, ali, foram achadas as porções de cocaína.

Esses os fatos.

Incabível, realmente, a condenação dos acusados pelo crime de associação ao tráfico, em não havendo prova inequívoca da existência da associação entre eles.

É assente na doutrina e jurisprudência que, para a configuração do crime em comento, necessário inconcusso ânimo subjetivo, estabilidade e propósito convergente com o fim de praticar o comércio ilícito.

Esses elementos não estão presentes, na espécie, porquanto não há informações no sentido de que Willian e Guilherme vinham, há muito, traficando, não se vislumbrando qualquer elemento a indicar a permanência dessa comparsaria.

O crime de associação para o tráfico não pode ser confundido com o mero concurso de agentes.

Deve haver, sim, vínculo associativo, em que a vontade de associar esteja, necessariamente, dirigida à prática do crime de tráfico, de modo a configurar o delito autônomo.

Nesse sentir, o entendimento da Instância Especial:

"*(...) 2. A jurisprudência desta Corte é firme no sentido de que, para* '*a caracterização do crime de associação para o tráfico, é imprescindível o dolo de se associar com estabilidade e permanência, sendo que a reunião ocasional de duas ou mais pessoas não se subsume ao tipo do artigo 35 da Lei n.º 11.343/2006*' *(HC 166.979/SP, Quinta Turma, Rel. Ministro JORGE MUSSI, DJe 15/08/2012). Precedentes.*" (HC 248090/SP, Min. Maria Thereza de Assis Moura, Sexta Turma, j. em 13.05.2014);

"*(...) 2. Para a caracterização do crime de associação para o tráfico de drogas – art. 35 da Lei n. 11.343/2006 – é imprescindível a demonstração da associação estável, permanente e duradoura de duas ou mais pessoas para o fim de reiteradamente praticar os crimes previstos nos arts. 33 e 34 da referida lei. No caso, tal mister não restou demonstrado à luz dos fatos narrados na denúncia, o que impõe, por certo, o reconhecimento da absolvição do réu. Precedentes. 3. Habeas corpus não conhecido. Concessão da ordem de ofício para absolver o paciente do crime previsto no art. 35 da Lei n. 11.343/2006, mantendo a condenação pelo crime de tráfico de drogas; estender ao corréu Thiago Cardoso Botelho os efeitos dessa decisão, em razão da similitude fática, nos termos do art. 580 do Código de Processo Penal.*" (HC 271723/MG, Min. Jorge Mussi, Quinta

Turma, j. em 08.04.2014).

E esse liame subjetivo não existe na espécie, a par de não admitir a forma presumida, notadamente em se tratando de matéria penal.

Tudo, pois, a determinar a absolvição parcial.

Assim, de rigor o decreto absolutório no tocante ao crime previsto no art. 35 da Lei 11.343/06, na forma do art. 386, VII, do CPP.

Dá-se provimento parcial aos recursos dos réus, afastadas as condenações pela associação para o tráfico, e integral ao do Ministério Público.

IVAN SARTORI, Desembargador

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0025446-35.2012.8.26.0050, da Comarca de São Paulo, em que são apelantes C.G.V. e W.O.G., é apelado MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em 13ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram parcial provimento aos recursos nos termos do v. acórdão. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 5.772)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores DE PAULA SANTOS (Presidente), FRANÇA CARVALHO e RENÊ RICUPERO.

São Paulo, 29 de janeiro de 2015.

DE PAULA SANTOS, Relator

Ementa: APELAÇÃO CRIMINAL – Recursos dos réus contra sentença que os condenou por roubo majorado (art. 157, § 2º, I, II e V do Código Penal), extorsão qualificada (art. 158, § 3º) e associação criminosa armada (art. 288, parágrafo único) – Ausência de cerceamento por não requisição de imagens gravadas, que, nas investigações, já se verificou não existirem – Reconhecimentos pela vítima nas fases policial e judicial que merecem credibilidade – Provas firmes e seguras de autoria – Relato da ofendida coerente com o acervo probatório – Álibis não conclusivos – Extorsão que não pode ser absorvida pelo roubo, por existirem desígnios autônomos – Exclusão, contudo, da qualificadora do

Acesso ao Sumário

inciso V do parágrafo 2º do art. 157, pois a privação da liberdade se deu depois de já consumado o roubo e teve por fim a extorsão – Ausência, porém, de reflexo na pena final do roubo, pois, apesar de haver mais de uma majorante, o Juízo aplicou a elevação mínima de 1/3 (um terço) – Emprego de arma de fogo corretamente reconhecido, pois provado, embora não apreendida esta – Possibilidade de condenação cumulativa por associação criminosa armada e roubo majorado por uso de arma e concurso de pessoas – Não caracterização de *bis in idem* por serem distintos os bens jurídicos tutelados e autônomos os delitos – Precedentes jurisprudenciais, inclusive do C. STJ – Concurso material de crimes (art. 69 do Código Penal) – Dosimetria penal fundamentada – Regime prisional inicial fechado ante o montante das reprimendas e as peculiaridades do caso concreto – Parcial provimento aos recursos, tão somente para afastar a majorante do inciso V do parágrafo 2º do art. 157 do Código Penal, mas sem redução da pena do roubo, conforme já explanado, e para, por força da nova redação do parágrafo único do art. 288 do Código Penal (dada pela Lei nº 12.850/2013), mais favorável aos acusados, diminuir as respectivas sanções, com manutenção, no mais, da sentença condenatória.

VOTO

Cuida-se de apelações interpostas por **C.G.V.** e **W.O.G.** contra a sentença de fls. 621/651, que condenou **C.** a 15 (quinze) anos, 06 (seis) meses e 20 (vinte) dias de reclusão, em regime inicial fechado, além do pagamento de 25 (vinte e cinco) dias-multa, no valor unitário mínimo; e **W.** a 19 (dezenove) anos, 05 (cinco) meses e 10 (dez) dias, em regime inicial fechado, além do pagamento de 32 (trinta e dois) dias-multa, no valor unitário mínimo; **ambos** como incursos no art. 157, § 2º, I, II e V, no art. 158, § 3º, e no art. 288, parágrafo único, todos do Código Penal, em concurso material.

Acesso ao Sumário

Alega o apelante W. (fls. 687/715), em síntese, que não há provas suficientes para sua condenação. Quanto ao delito de roubo, ele assumiu, em juízo, ter participado de diversos crimes, mas deste, especificamente, não participou. Afirma que, na data dos fatos, estava em casa com sua mulher e filhos, que o reconhecimento fotográfico realizado pela vítima foi feito somente 02 (dois) meses depois do ocorrido, sendo que o reconhecimento pessoal posteriormente

realizado por esta em juízo se deu quase 01 (um) ano após o evento, o que revela fragilidade probatória. Sustenta que a ofendida descreveu o autor do delito com características diversas das do apelante. Destaca o fato da ofendida estar, no momento, fortemente abalada, de modo que suas declarações devem ser vistas com cautela. Acrescenta que o policial D. disse em juízo que não se lembrava como chegaram à conclusão de que W. é um dos parceiros da corré C. e que não foi encontrado nenhum bem da vítima em posse do réu. Quanto ao crime de quadrilha (associação criminosa), alega que é inocente, que não há provas suficientes para a condenação e que, "*em juízo, a acusada C. informou que não teria conhecimento de tal quadrilha, dizendo somente que sabia que sua irmã V. e W. se conheciam, mas disse que não forneceu informações sobre nome de pessoas, locais em que tais pessoas teriam conhecido, dentre outras informações*" (fls. 695). Subsidiariamente, requer o afastamento da majorante pelo uso de arma, em virtude desta não ter sido apreendida, não podendo ser constatado o seu potencial lesivo. Pleiteia, também, o reconhecimento da absorção do delito de quadrilha armada pelo de roubo, sob pena de se configurar *bis in idem*. E, ainda, ressalta que não houve concurso material de crimes, devendo o crime de roubo ser absorvido pelo de extorsão, pois a subtração do celular e do dinheiro da vítima constitui mero exaurimento do delito de extorsão qualificada. Quanto à pena imposta, assevera que a fixação da pena-base acima do mínimo legal teve justificativa genérica, que foram consideradas como maus antecedentes condenações do réu verificadas há mais de 05 (cinco) anos (o que entende inviável por decorrido o quinquênio que considera depurador), e que não foram levadas em consideração as circunstâncias positivas da personalidade do apelante. Postula provimento, para a absolvição ou, se assim não for, para acolhimento das teses subsidiárias.

Sustenta, por seu turno, a apelante C. (fls. 738/771), em síntese, que é inocente e que não há provas suficientes de autoria para a condenação, mesmo porque é primária, possui residência fixa e ocupação lícita, tendo sido, provavelmente, confundida com sua irmã ou outra pessoa. Aponta como precária a investigação realizada pela Polícia Civil e alega que a vítima foi influenciada por reportagens televisivas, referentes à existência da chamada "Gangue das Loiras", para reconhecer a ré como autora do delito. Argúi a nulidade do reconhecimento fotográfico realizado, visto que "*é precário e induz a opinião da vítima, já que se vê apenas a foto daquele que se quer reconhecer, distorcendo sua real percepção sobre aquele que realmente se quer identificar*" (fls. 742). Ressalta que o investigador de polícia D. assumiu ter ocorrido a identificação da apelante somente após a apresentação de vídeo oriundo de reportagem do "Jornal da Record". Acrescenta que tal vídeo mostra uma pessoa do sexo feminino com características diversas das da ré, sendo que, inclusive, percebe-se que a autora daquele delito não possui uma tatuagem que C. tem na perna. Salienta que foi

Acesso ao Sumário

requerido que o Juízo requisitasse as imagens de "*câmeras de monitoramento, nos locais dos fatos e em seu entorno*" e que o pedido foi negado pelo Juízo *a quo*, sob o argumento de que não foram localizadas gravações nestes locais, tendo ocorrido cerceamento de defesa. Aduz que a apelante estava na cidade de Curitiba/PR no momento dos fatos, sendo que foi trabalhar naquela manhã na gráfica de um parente de seu companheiro e, depois, foi a uma festa familiar na companhia, inclusive, de sua filha. Alega que não restou comprovado nos autos o delito de quadrilha (associação criminosa), visto que não foi demonstrado o conluio prévio, a estabilidade e nem o número mínimo de integrantes exigido pelo art. 288 do Código Penal (mais de três pessoas). Subsidiariamente, requer o afastamento da majorante pelo uso de arma, em virtude desta não ter sido apreendida, não podendo ser constatado o seu potencial lesivo. Afirma que não pode prevalecer a causa de aumento de pena do roubo em razão da privação de liberdade, pois a vítima não mencionou por quanto tempo "*permaneceu sub julgada pelos criminosos*" (sic) e não se pode entender que foi por "*tempo juridicamente relevante*" (fls. 767). Almeja, também, o "*reconhecimento de crime único, em virtude do princípio da consunção*". Noticia que foi absolvida, em situação idêntica, em processo que tramitou perante a 26ª Vara Criminal da Capital. Pugna, enfim, por provimento, para sua absolvição, com expedição de alvará de soltura, ou, para o caso de entendimento diverso, "*requer a declaração de nulidade processual por cerceamento de defesa (indeferimento de requisição de imagens de monitoramento de circuito de segurança), assim como ilegalidade do reconhecimento fotográfico realizado ao arrepio do art. 226 do Codex Processual Penal; subsidiariamente, requer o afastamento das causas de aumento de pena do emprego de arma de fogo (armamento não periciado, sem comprovação de potencialidade), assim como da privação da liberdade (não ocorreu por tempo juridicamente relevante); requer finalmente o reconhecimento de crime único, em virtude do princípio da consunção*" (fls. 770/771).

O Promotor de Justiça apresentou contrarrazões, pleiteando a manutenção da sentença (fls. 718/728 e 778/789).

O douto Procurador de Justiça opinou pelo não provimento do recurso (fls. 791/809).

É o relatório.

Ab initio, afasta-se a alegação de cerceamento de defesa referente ao requerimento de requisição das imagens de câmeras de monitoramento, visto que, segundo consta, na verdade, conforme esclarecido nos autos, tentou-se conseguir tais imagens na investigação, as quais, entretanto, não foram encontradas ao tempo em que a polícia diligenciou para obtê-las.

Conforme consignou o MM. Juiz ao apreciar tal pleito em audiência,

Acesso ao Sumário

"*com relação às filmagens, conforme já mencionado pelas testemunhas não foram encontradas gravações nos sistemas dos estabelecimentos onde se deram os fatos. Assim, resta prejudicado este pedido*" (fls. 424).

Na sequência, durante a instrução, reiterou o Juízo a inviabilidade da providência, reportando-se àquela deliberação anterior, "*em especial porque* '*não foram encontradas gravações nos sistemas dos estabelecimentos*'. *Há que se ter claro que o tão só fato de existirem sistemas de vigilância no local, não quer dizer que as imagens sejam gravadas ou as gravações mantidas por tempo indeterminado*" (fls. 470).

Como se não bastasse, a questão foi expressa e acertadamente enfrentada na sentença: "*A preliminar aventada pela Defesa da ré C. não merece subsistir. As investigações policiais demonstram que não havia gravações nos locais onde se deram os fatos, apesar da existência de câmeras de vigilância. Como já bem salientado na decisão de fls. 470, o simples fato de haver câmeras de vigilância não significa que haja gravação perene e que as imagens sejam mantidas por tempo indeterminado. Durante a fase inquisitiva, a autoridade policial buscou tais gravações, sem, contudo, êxito. Assim, não há como se reconhecer qualquer nulidade no feito. Não houve indeferimento de diligência pretendida pela defesa, mas simples reconhecimento de inexistência e impossibilidade do quanto pretendido. Ainda que assim não o fosse, a vítima narrou que C. não teria saído do carro no posto de gasolina para o saque e que ambos os criminosos a liberaram em uma rua lateral do supermercado, de forma que eventuais filmagens, ainda que existissem, nada acrescentariam, vez que jamais haveria filmagens da ré. Data vênia, não se pode cogitar em nulidade processual porquanto um pedido faticamente inviável foi indeferido*" (fls. 470).

Com efeito, a respeito do tema, a testemunha J.P., investigador de polícia, esclareceu, em juízo, que se tentou buscar eventuais filmagens no supermercado e no posto onde foi realizado o saque, mas tais estabelecimentos não dispunham de imagens gravadas (mídia digital juntada às fls. 436).

Em suma, quanto à arguição de nulidade ora examinada, tem-se que não comporta acolhida, pois: a) tais gravações chegaram a ser buscadas durante a investigação policial, constatando-se sua inexistência e a consequente inviabilidade de sua obtenção; b) *ad argumentandum*, conforme exposto na sentença, a dinâmica dos fatos, descrita pela vítima, demonstra que, ainda que existissem, não seriam conclusivas quanto à atuação da ré C. (que formulou tal arguição em suas razões recursais). Vale acrescentar, outrossim, que, no tocante a esta acusada, já existem provas inequívocas de autoria, propiciadas pelas contundentes declarações da ofendida, em cotejo com outros elementos constantes dos autos, como se verá.

Acesso ao Sumário

Quanto à pretendida irregularidade do reconhecimento fotográfico,

também alegada pela apelante C., além de não haver nenhum elemento nos autos que possa levar à conclusão de que este tenha sido viciado, cumpre sublinhar que o reconhecimento conseguido pela ofendida não foi apenas por fotografia, mas pessoal, peremptoriamente reiterado por ela em juízo, sob o crivo do contraditório.

Ademais, independentemente da preponderância e firmeza do reconhecimento pessoal externado pela vítima, observa-se que mesmo o reconhecimento fotográfico inicialmente manifestado por esta resiste às críticas formuladas nas razões de apelação.

Quanto à alegação da apelante C. referente às imagens de fls. 244 (de que ela possui uma tatuagem na perna esquerda e a moça presente nas imagens não possui), verifica-se que é matéria que não influi no deslinde do presente feito, pois tais imagens não se referem aos fatos descritos na denúncia que capeia a presente demanda, mas, sim, a um outro delito que aqui não está em discussão.

Impende destacar que, embora tenha visto reportagem do "Jornal da Record" a respeito de uma mulher que praticava crimes (com filmagem de uma outra ocorrência, distinta da ora analisada, cf. fls. 10), a ofendida, quando esteve na repartição policial, não efetuou o formal reconhecimento fotográfico com base em imagens de tal vídeo, mas, sim, por meio de fotografias específicas de ambos os réus que lhe foram apresentadas: "*Nesta especializada, através de fotografia veio a reconhecer o casal que a sequestrou, tomando conhecimento neste ato de que se trata de C.G.V. e seu companheiro W.O.G.*" (fls. 08).

Tanto assim, que foi lavrado "Auto de Reconhecimento Fotográfico – Positivo", regularmente firmado pela vítima, do qual constou que, "*depois de observar atenta e demoradamente*", afirmou "*RECONHECER sem qualquer sombra ou vestígio de dúvidas, a fotografia de C.G.V. RG. (...) e W.O.G. RG. (...) como sendo os criminosos que a mantiveram em seu veículo enquanto faziam saques com seus cartões bancários. Nada mais havendo, determinou a autoridade que se encerrasse o presente auto que assina com o reconhecedor, testemunhas e comigo, Escrivã de Polícia, ao final assinado*" (fls. 09). Ou seja, trata-se de auto formalmente assinado pela autoridade policial, pela vítima, por duas testemunhas e pela escrivã que o lavrou.

Ademais, quanto ao procedimento adotado na oportunidade, segundo consta dos depoimentos da vítima e dos policiais (mídia digital juntada a fls. 436), tudo foi feito com os devidos cuidados, inclusive com a colocação das fotos dos acusados juntamente com as de outras pessoas.

No que tange, não só ao reconhecimento fotográfico da acusada C., mas também ao conseguido em relação ao corréu W., a ofendida explicitou, perante o magistrado: "*no dia em que eu fui reconhecer a foto, ele, primeiro... eles me deixaram à vontade, porque quando eu fui pra lá, eu fui determinada a não ser*

Acesso ao Sumário

induzida, eu pensei: '*não adianta mostrarem pra mim, querer induzir que é aquela pessoa, se não for, eu não vou reconhecer*'. *Falei para o meu irmão [...]. Então eles me mostraram duzentas fotos.*" Resta evidente que o reconhecimento fotográfico, tanto de W., como de C., realizado no curso da investigação, foi levado a efeito de forma plenamente regular.

E, como dito, ainda na fase policial, a ofendida, depois, veio a reconhecer pessoalmente a aludida ré C., em situação de manifesta espontaneidade. Com efeito, conforme relatado pela vítima e pelos dois policiais em juízo (mídia digital juntada às fls. 436), esta última, ao ouvir a voz da ré, identificou-a e, espontaneamente, adentrou a sala dos investigadores, deparando-se com ela. Destarte, é insofismável que houve o efetivo reconhecimento da acusada, com credibilidade ainda maior, porquanto não apenas visual, mas também auditivo, em situação de espontaneidade patente, gerada pelas circunstâncias de momento já descritas.

Note-se que, tanto esse episódio assim ocorreu, que, segundo admitido em suas razões de apelação, a própria apelante C. o descreveu ao ser interrogada em juízo: "*encontrava-se em uma sala na Delegacia, momento em que uma mulher adentrou*". Tratava-se da vítima: "*Declarou que a vítima ficou ouvindo a conversa dela com os policiais e permaneceu observando*" (fls. 753).

Nessa esteira, cumpre salientar que o procedimento previsto no artigo 226 do Código de Processo Penal configura recomendação, sem natureza de imposição absoluta. Com efeito, o inciso II do referido artigo dispõe que "*a pessoa, cujo reconhecimento se pretender, será colocada, se possível, ao lado de outras que com ela tiverem qualquer semelhança, convidando-se quem tiver de fazer o reconhecimento a apontá-la*" (grifei). Deveras, a expressa ressalva ("*se possível*") revela claro abrandamento albergado pelo legislador, com o intuito de não permitir que um formalismo exacerbado impeça a concretização de providência tão relevante, como o é a de apresentar o ofensor à pessoa vitimada para que esta confirme, ou não, se tratar, realmente, de quem praticou o ato focalizado (reafirmando-se que, além de tudo, no caso presente, em juízo, a própria vítima, de pronto, externou sua certeza acerca de haver reconhecido os acusados, reiterando, ademais, pessoalmente, dito reconhecimento).

Em tal rumo já se pronunciou o C. Superior Tribunal de Justiça:

> "*Não se reconhece ilegalidade no posicionamento do réu sozinho para o reconhecimento, pois o art. 226, II, do Código de Processo Penal, determina que o agente será colocado ao lado de outras pessoas que com ele tiverem semelhança* '*se possível*'*, sendo tal determinação, portanto, recomendável mas não essencial*" (H.C. nº 7.802/RJ, Rel. Min. Gilson Dipp, j. 20/05/1999, v.u.).

> "*HABEAS CORPUS. WRIT SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. IMPOSSIBILIDADE. NÃO CONHECIMENTO.*

Acesso ao Sumário

FLEXIBILIZAÇÃO EM CASOS EXCEPCIONAIS DE MANIFESTO CONSTRANGIMENTO ILEGAL QUE AFETE A LIBERDADE DE LOCOMOÇÃO. ROUBO QUALIFICADO. ART. 212 DO CPP. INVERSÃO NA ORDEM DE FORMULAÇÃO DE PERGUNTAS. RECONHECIMENTO PESSOAL DO ACUSADO. INOBSERVÂNCIA DO PRECEITO INSCULPIDO NO ART. 226 DO CPP. INEXISTÊNCIA DE NULIDADE

[...]

"*5. A jurisprudência desta Corte é remansosa no sentido de que a inobservância das formalidades do reconhecimento pessoal não configura nulidade, notadamente quando realizado com segurança pelas vítimas em juízo, sob o crivo do contraditório, e a sentença vem amparada em outros elementos de prova.*

"*6. Ademais, segundo a mesma orientação jurisprudencial, as disposições insculpidas no art. 226, do CPP, caracterizam recomendação legal, e não exigência. 7. Habeas corpus não conhecido.*" (STJ, HC nº 182.344/PR, Rel. Min. Og Fernandes, j. 28/05/2013).

Confira-se, também, o entendimento alcançado no âmbito deste Tribunal de Justiça, ao se decidir questão semelhante:

"Roubo mediante concurso de pessoas. Absolvição por insuficiência de provas. Inadmissibilidade. Sólidos os demonstrativos de caráter material e relativos à autoria. Reconhecimento pessoal pela vítima que é de consideração. Critérios estabelecidos no artigo 226 do Código de Processo Penal que, se possível, devem ser observados. Convergentes os depoimentos dos policiais militares. Negativa de autoria do réu isolada em relação ao conjunto probatório. Comprovada a causa especial de aumento de pena prevista no artigo 157, parágrafo 2º, II, do Código Penal. Correta a dosimetria da pena. Ajustado o regime inicial semiaberto aplicado a esse recorrente. Manutenção da respeitável sentença. Recurso improvido, portanto.

"[...]

"Considera-se, outrossim, não ter peso alegação da ilustre defesa tendente à desconsideração do reconhecimento pessoal feito na Delegacia de Polícia, mormente porquanto o disposto no inciso I do artigo 226 do Código de Processo Penal não consubstancie imposição, mas sim, recomendação ao julgador" (Apelação nº 0036616-04.2012.8.26.0050, Rel. Des. Encinas Manfré, j. 13/06/2013).

Da mesma forma, no plano doutrinário, preleciona Damásio E. de Jesus (*in* Código de Processo Penal Anotado, 25ª edição, Editora Saraiva, p. 228):

"*Ausência de colocação do agente junto a outras pessoas (inciso II): Não anula o ato, uma vez que a disposição determina essa medida* '*quando possível*' *(RT 711/311). O mesmo se dá quando são colocadas ao lado do réu pessoas que não possuem compleição física assemelhada*

Acesso ao Sumário

à dele (RJTACrimSP 46/297)".

No caso vertente, como visto, as circunstâncias de momento fizeram com que o reconhecimento pessoal de C. pela ofendida, na fase policial, exsurgisse espontaneamente, a começar pela voz, num contexto em que, longe de merecer desprezo, se reveste, até mesmo, de maior credibilidade.

Além disso, agora no que diz respeito ao reconhecimento efetuado em juízo em relação a ambos os réus, por ocasião do depoimento da vítima, é sabido que, inclusive, dispensaria as formalidades do art. 226, pois realizado sob o crivo do contraditório.

Neste sentido:

"Apelação. Crimes de roubo majorado e crime de resistência. Preliminares. 1. A decisão que recebe a denúncia, na linha de sedimentada orientação jurisprudencial, prescinde de fundamentação. 2. O reconhecimento pessoal levado a efeito na fase policial, sem as formalidades estatuídas no artigo 226, do Código de Processo Penal, possui valor probatório, diante do princípio do livre convencimento do juiz adotado pelo Código de Processo Penal. 3. O reconhecimento pessoal em juízo prescinde das regras estabelecidas no artigo 226, do Código de Processo Penal. Preliminares rejeitadas. Mérito. 4. Quadro probatório a evidenciar a prática, pelo réu, dos delitos de roubo majorado, em continuidade delitiva, e resistência. Concurso material entre os crimes patrimoniais e este último. 5. Afastamento do concurso formal em relação às subtrações na cidade de Peruíbe, com reconhecimento de crime único. 6. Penas que comportam alterações. Recurso parcialmente provido" (Apelação nº 0001083-72.2012.8.26.0441, Rel. Des. Laerte Marrone de Castro Sampaio, j. 20/03/2014).

Uma vez que, como visto, a vítima não só reconheceu C. por fotografia e pessoalmente na fase policial, como ratificou e reiterou tal reconhecimento em juízo, durante a audiência de instrução, não há que se desprezar tão relevante elemento de convicção. E o mesmo vale quanto ao corréu W., também reconhecido fotograficamente desde o início da fase inquisitorial e, igualmente, em pessoa, durante a instrução processual, sob a égide do contraditório, pela mencionada ofendida.

Deveras, em audiência, a vítima foi categórica a respeito perante o MM. Juiz, evidenciando certeza, de modo que, assim, não paira dúvida alguma quanto à regularidade e espontaneidade de sua manifestação.

Mister se faz consignar que durante a referida audiência, o Douto Magistrado, além de tudo, mostrou as diversas fotos de mulheres loiras juntadas a fls. 243, com os nomes escondidos por uma fita preta, para que a ofendida verificasse se alguma delas era a autora do delito. Neste momento, a vítima apontou para a primeira foto, da direita, a qual corresponde à apelante C.,

Acesso ao Sumário

asseverando ter 100% (cem por cento) de certeza (mídia digital juntada às fls. 436).

Constou, ainda, do depoimento judicial da vítima, sempre sob o crivo do contraditório, que o MM. Juiz a conduziu a uma sala de reconhecimento onde havia três mulheres, para indicar se alguma delas havia sido a autora das ações criminosas. Ficou consignado o que a ofendida disse naquele momento: "*que a do meio era a pessoa*". Em seguida, conforme também ficou constando, as três mulheres foram substituídas por três homens. Questionada sobre eles, identificou o criminoso, respondendo "*que era o do lado esquerdo, o primeiro*" e que tinha certeza. O Douto Magistrado deixou, então, devidamente registrado o seguinte: "*para constar nos autos, a mulher do meio que foi reconhecida é a acusada C.G.V. e o rapaz que foi reconhecido, que era o primeiro do lado esquerdo de quem observa, é o acusado W.O.G.. Para constar ainda nos autos, na fotografia apresentada nas fls. 243 dos autos, a vítima também reconheceu, apontou a acusada C.G.V. como autora do crime*". Questionado pela Defesa se a mulher que ela reconheceu "*era a que mais se parecia*" com a autora do delito, a vítima respondeu, categoricamente, que tinha "*100% de certeza*" de que era ela. O MM. Juiz reiterou a pergunta, por segurança, a fim de que a resposta constasse dos autos: "*Pergunto de novo à Senhora, se a Senhora tiver 1%, 0,5% ou 0,1%, a Senhora pode falar agora. A senhora viu três mulheres, a Senhora apontou a do meio, a Senhora tem certeza?*". A ofendida respondeu com segurança: "*absoluta*" (mídia digital juntada às fls. 436).

Como se vê, embora isto não fosse obrigatório, máxime na fase judicial, o Juízo teve o especial cuidado de colocar cada um dos corréus ao lado de outras pessoas para que a vítima se manifestasse. E esta foi de uma firmeza ímpar ao reconhecê-los.

Nesse contexto, como uma das características principais do grupo criminoso é a utilização de estratagemas para confundir as autoridades no que concerne à identificação de seus integrantes (como melhor se verá mais adiante), tem-se que, no caso em tela, merece particular consideração o depoimento da ofendida, que esteve frente a frente com ambos os seus captores, pelo prazo aproximado de uma hora (mídia digital juntada às fls. 436).

Afastadas, pois, as alegações da douta Defesa com feição preliminar, quer (conforme inicialmente explanado) no que tange à questão referente à requisição de supostas imagens de monitoramento, quer em relação à regularidade dos reconhecimentos externados pela ofendida quanto aos réus, e já se adentrando a análise do **mérito**, conclui-se que, realmente, como se passa a demonstrar (de forma conjugada com o esmiuçado acima), as provas de materialidade e autoria são sólidas e impõem manter a condenação de ambos os acusados.

A materialidade delitiva está cabalmente comprovada por todo o acervo

produzido ao longo dos trabalhos realizados, a começar pelo boletim de ocorrência (fls. 03/05), destacando-se o extrato bancário comprovando o saque feito com o cartão da vítima em caixa eletrônico (fls. 444), no valor de R$ 500,00, bem como o demonstrativo de operação referente ao gasto, com seu cartão de débito, na loja de conveniência (fls. 444, 2ª coluna), tudo de acordo com a imputação, confirmando-se à saciedade a aludida materialidade, também, pela prova oral amealhada em juízo (mídia digital juntada a fls. 436).

A autoria, igualmente, restou provada nos presentes autos, com absoluta segurança, em que pese negada pelos acusados.

O réu W., em seu interrogatório judicial, assumiu ter participado de diversos crimes, mas sustentou que não tomou parte, especificamente, nos fatos descritos na denúncia. Alegou que, na data dos fatos, estava em casa com sua mulher e filhos. Acrescentou que conhecia C., por ser irmã da sua amiga V., mas não tinha qualquer relacionamento com a corré (mídia digital juntada às fls. 436).

A acusada C., também em juízo, afirmou que estava em Curitiba na data dos fatos. Que foi fazer faxina, no domingo pela manhã, recebendo a quantia simbólica de R$ 50,00 a R$ 100,00, bem como que, por volta das 11h00, seu marido foi buscá-la e seguiram direto para a festa de aniversário de uma parenta. Alegou que trabalha, de segunda a sábado, como atendente de Telemarketing, com salário de, aproximadamente, R$ 2.800,00 (dois mil e oitocentos reais), mais comissões, e que vive com seu marido e com sua filha em Curitiba, não tendo qualquer contado com criminosos. Sustentou que está sendo acusada em razão de sua semelhança com sua irmã, a qual teve um relacionamento com W., e que, em certa data, "tirou" sua irmã da Delegacia e lá deixou a cópia de sua carteira de habilitação. Desde então, passou a ser investigada pela prática de delitos. No que tange às diversas linhas de telefone celular em seu nome, na cidade de São Paulo, alegou que só teve ciência da existência destas na Delegacia. Negou que tinha conhecimento de como funcionava a quadrilha e sustentou que não disse à autoridade policial o que foi relatado em seu termo de interrogatório de fls. 20/22, afirmando que os policiais mentiram a respeito. Assumiu que possui uma tatuagem atrás da orelha, no formato de uma flor com galho, mostrando-a para o MM. Juiz. Em relação às testemunhas, disse que nada tinha contra elas, salvo o policial P., o qual a ofendeu, bem como aos seus pais. O magistrado que presidia o ato, durante o interrogatório, observou que o nariz da ré possui um pequeno desvio e que esta estava com as unhas feitas e esmaltadas (mídia digital juntada às fls. 436).

Vale notar que, durante o interrogatório de C., o MM. Juiz (em relação a álibi apresentado pela douta Defesa) indagou sobre o motivo de uma mãe, que ganha, no mínimo, R$ 2.800,00 (dois mil e oitocentos reais) por mês, ir fazer faxina, num domingo de manhã, em troca de R$ 50,00 (cinquenta reais) ou R$

Acesso ao Sumário

100,00 (cem reais), ao invés de aproveitar o momento que poderia passar com a família. Em face de tal pergunta, a acusada respondeu que trabalha de domingo a domingo, para sustentar a sua família (mídia digital juntada às fls. 436).

As testemunhas de defesa, familiares de C., relataram que esta estava em Curitiba no dia do ocorrido, no aniversário da tia do seu marido. Entretanto, não souberam precisar a roupa que ela usava na ocasião (mídia digital juntada às fls. 436).

A respeito de tais depoimentos salientou o Juiz sentenciante, na decisão apelada, "*que os declarantes recordavam-se apenas daquilo que os interessava, muitas vezes dizendo que o decurso do tempo dificultava a lembrança. Mesmo assim, todos insistiram em apontar que no exato momento do crime ora sentenciado, C. estaria em Curitiba*" (fls. 635).

A vítima, contudo, durante a audiência de instrução, debates e julgamento, relatou categoricamente: "*entrei na loja, estacionei o meu carro na primeira vaga depois da vaga dos idosos, sai do carro, subi, fiz a minha comprinha, desci. Coloquei as compras no banco de trás do meu carro, guardei o carrinho e voltei. Quando eu voltei, eu abri a porta, entrei e abri o vidro. Estava pondo o cinto de segurança, entrou um rapaz e já segurou na minha mão... do lado esquerdo, do lado do passageiro... entrou e segurou na minha mão, bateu a porta e eu ouvi, até então eu não tinha visto, eu ouvi a porta de trás bater. Eu falei para ele, eu... me dá meu remédio do coração, eu tomo Ancoron, ta aí atrás, dentro da minha bolsa, porque essa pessoa já tinha pego a minha bolsa... a pessoa que estava atrás, que até então eu não sabia quem era. Aí ele falou:* '*não finja que está passando mal, que eu não caio ness*'. *Eu tentei sair, porque eu ainda não tinha colocado totalmente o cinto de segurança. Quando eu tentei sair, me puxaram pelo cabelo... quando me puxou pelo cabelo, eu pensei:* '*é outro homem, né?*' *Aí eu pedi meu remédio. Veio uma mãozinha assim e me deu o remédio. Quando eu olhei e vi que era mão de mulher, eu olhei para trás. Ela falou para mim:* '*pensou que fosse outro homem, né?*' *Fiquei pasma, porque uma moça bonita, bem arrumadinha, loira...* '*Nós não vamos fazer nada contra a tua vida*', *mas ele falou para mim:* '*A senhora não faça nada, senão vou ter que atirar na senhora*'. *Pôs a arma aqui, embaixo da minha axila.* '*Não faça nada. Vamos sair daqui. Cadê o papelzinho do supermercado?*' *Falei:* '*não tem. Daqui eu não vou sair. Vocês vão me matar aqui*'. '*Então a senhora vai passar para o lado do passageiro, sem sair do carro*'. *Eu tive que pular para o banco.* '*Eu vou sair do carro e vou assumir a direção*'. *Ele saiu do carro e demorou um pouco para sair porque ele estava esperando eu me acalmar, segundo ele. Aí com o tempo saiu. Ela pegou a minha agenda, o meu celular ficou com ela [...] ela pegou um dinheiro que estava na minha agenda, o cartão do banco e a minha carta de motorista.* '*Cadê o cartão de crédito?*' '*Não tenho*', *porque eu escondi no meu corpo. Ela revistou tudo, ela falou* '*É, realmente, ela não tem*

cartão de crédito'. *Ele falou:* '*nossa, estou arrependido*'. *[...] Ele falou assim:* '*nossa, a senhora foi tão bacana com a gente, que eu to arrependido. A senhora quer ficar em algum lugar?*' *Ela falou:* '*não. Vamos sacar*'. *Quando ela falou, eu olhei para a cara dela, porque ela tava atrás dele, no banco de trás, atrás do banco do motorista. Aí fomos. Eles foram pela Ricardo Jafet, depois do Habib's, no primeiro posto de gasolina, eles deram a volta, parou na rua lateral. Ele falou para mim... ele passou a arma para ela. Guarda que eu não quero que a Dona K. fique vendo essa arma. [...] Aí ele deu a arma, ela colocou dentro da bolsa dela. Ficou sentada. Ele falou:* '*anota a senha pra mim num papel e não erra*' *[...] Eu falei para ele:* '*não tem dinheiro nessa conta. Essa conta aí nem sei porque que existe, não tem movimento nessa conta*'. *Ele foi numa loja de conveniência deste posto. Ele desceu do carro e ela ficou comigo. Conversei muito com ela... face a face... assim, porque eu me virei, ela se desculpou comigo por ter puxado meu cabelo muito forte, para me botar dentro do carro. Eu falei* '*tudo bem, já passou*'. *Eu podia até ter saído do carro, porque dava, a arma estava dentro da bolsa dela [...]. Ela tirou o celular para ligar para ele, pra saber se tinha acontecido alguma coisa. Eu ainda falei para ela:* '*calma, vai dar tudo certo*'. *Foi nesse tempo que eu comecei a conversar com ela, que ela falou que ela era mãe, ainda perguntei:* '*O que ele é seu? Ele é seu marido?*' *Ela falou não, meu namorado. Chamava ele de* '*mor*', *um com o outro, assim, amor pra cá e amor pra lá. Ele foi, fez o saque, gastou na loja de conveniência, umas coisinhas, trouxe um sacolinha com uma água e uma Coca-Cola pra mim, pra ela e pra ele. E dali a gente saiu e eles me deixaram no mesmo lugar, no mesmo supermercado, na porta de saída, entrada e saída. E falou pra mim:* '*Pode assumir a direção, sem olhar muito pra mim, pode assumir a direção, que vamo embora*'". Questionada sobre o que ele levou, respondeu*:* "*ele levou o celular e um dinheiro que tinha... sacou quinhentos reais em dinheiro, que era do banco e também você não consegue sacar mais [...] e gastou na conveniência R$68,00, foi em água, Coca-Cola e uns chocolates para ele*". Questionada sobre o tempo que permaneceu dominada e coagida pelos acusados, respondeu*:* "*eles me pegaram entre uma e uma e meia... não trouxe, não sei nem se precisaria... a notinha do supermercado, com dia e horário. Eles ficaram comigo até a hora que cheguei na delegacia, porque eu só saí dali... minha sogra mora na rua, na continuação dessa rua do mercado. Eu fui para minha sogra, meu marido veio... eu moro no mesmo bairro... e fomos direto para a Delegacia [...] quase uma hora.*" Perguntado se conseguiu visualizar a roupa da autora do delito, respondeu*:* "*ela estava de tênis claro, uma calça jeans clara, bem lavada, uma blusa de alcinha azul marinho e um agasalho, tipo de fazer ginástica, rosa, com duas listas brancas, de rabo de cavalo. As unhas curtinhas, que nem a dela, e pintada de rosa. [...] e quando ela abaixou para ligar para ele do celular, que ele estava demorando na loja de conveniência, eu vi a tatuagem dela aqui*". Solicitado que

Acesso ao Sumário

descrevesse a tatuagem, relatou: "*esta tatuagem é aqui, atrás da orelha... da orelha direita, porque ela estava sentada atrás do motorista e eu no banco do passageiro. Ela de rabo de cavalo, a franja bem cheiona... eu olhei assim... e ainda perguntei para ela: que corajosa, não sentiu dor? [...] a tatuagem é um galhinho assim, um raminho e uma rosa*". Indagado se a depoente se recordava de mais alguma característica da autora, respondeu: "*o tom de voz dela ficou assim... porque ela era a malzinha da história, ele era o bonzinho, ele queria até me deixar em algum lugar [...] ela falou para mim: a gente só vai em supermercado e em estacionamento de shopping e em estacionamento de supermercado fechado, tanto que até hoje, eu fiquei tão traumatizada que, até hoje, eu nunca mais entrei naquele supermercado e eu não consigo entrar direito em supermercado com estacionamento fechado*". Questionada sobre o que houve quando a acusada foi presa, respondeu que se dirigiu a Delegacia e esclareceu*:* "*eu fiquei esperando no andar de baixo, só eu e o investigador... e pensei assim:* '*nossa, eu gostaria muito de ver o rosto dela*' *[...] mas ela estava muito descaracterizada, eu estranhei [...] Eu cheguei e pedir para o Delegado para ver, ele disse:* '*não pode*'*, a senhora vai ter que reconhecer pelo vidro [...] quando eu cheguei na sala, que eu tinha que esperar sentada, eu ouvi uma gritaria era o Delegado, que tinha me chamado a primeira vez lá no DAS [...] o Delegado batia na mesa, falando assim:* '*a casa aqui é minha e fala baixo e tal*' *[...] fui na porta olhar, quando eu olhei, eu choquei assim, né... na hora eu fiquei muito nervosa... eu olhei assim, ela estava toda crescida, falando alto, com o Delegado e o advogado do lado. Eu olhei para ela e falei: lembra de mim?*" Questionada se reconheceu a acusada na hora, respondeu*:* "*na hora...* '*lembra de mim?*' *Só que ela estava descaracterizada, ela não estava loira... o cabelo tinha mudado, mas o rosto dela e o nariz dela também era inconfundível... o nariz dela não é certinho assim, tem um desvio miúdo assim. Aí ela falou assim:* '*não, não lembro da senhora*'*. Eu falei pra ela:* '*mas de você eu não vou esquecer nunca mais*' *[...] quando levou pra reconhecer pela foto, pela primeira vez, era uma foto em preto e branco, ela estava com o cabelo curtinho, ou preso, não sei. Eu falei:* '*foi essa daqui*'*... e o cara, porque o menino... falei:* '*nossa, você tem idade de ser meu filho caçula, você tem 22 anos*'". Questionada sobre as características do homem autor do delito, respondeu*:* "*ele tinha o cabelo bem curtinho, raspadinho, sem topete sem nada, uns dentes bonitos, claro, bem claro [...] baixo.*" Questionada pelo advogado da apelante C. se ela tinha mencionado ao Delegado a tatuagem de C. no momento em que foi registrar o Boletim de Ocorrência, respondeu: "*Não*". Questionada pelo mesmo patrono sobre o motivo dela ter falado sobre a tatuagem somente quando foi reconhecer pessoalmente a acusada, respondeu*:* "*Por que que eu não falei para o Delegado? Porque o estado psicológico da gente, o Senhor não imagina [...] eu não tive lembrança de tanta coisa [...] sabe quando eu lembrei? Três meses depois*". Questionada

Acesso ao Sumário

sobre o reconhecimento fotográfico realizado, respondeu: "*no dia em que eu fui reconhecer a foto, ele, primeiro... eles me deixaram à vontade, porque quando eu fui pra lá, eu fui determinada a não ser induzida, eu pensei: 'não adianta mostrarem pra mim, querer induzir que é aquela pessoa, se não for, eu não vou reconhecer'. Falei para o meu irmão, esta que está comigo. Então eles me mostraram duzentas fotos*". Explicou que o Delegado mostrou para ela a reportagem da TV Record sobre a "quadrilha das loiras", mas mostrou depois dela ter apontado a foto de C.. Questionada pela Defensora Pública sobre o reconhecimento fotográfico do réu W., respondeu que "*fez, o primeiro dia, na primeira vez*". Acrescentou que lhe foram mostradas diversas fotografias e que reconheceu o acusado pela parte superior do rosto (olhos e nariz), olhando com um pedaço de papel tampando o restante da face, e que não teve nenhuma dúvida (mídia digital juntada às fls. 436). É inequívoca, enfim, a certeza da ofendida quanto ao reconhecimento de seus captores. Percebe-se que o seu depoimento em juízo está em harmonia com o prestado durante a fase de persecução e que descreveu detalhadamente todo o ocorrido.

Ressaltou, acerca de C., que teve oportunidade de observá-la bem, pois ficou no carro com esta, enquanto seu comparsa foi sacar o dinheiro no caixa eletrônico do posto de gasolina. Inclusive, relatou estar sentada no banco ao lado do motorista, enquanto a mencionada autora dos fatos delitivos estava sentada atrás do motorista, posição que permitiu à vítima ver nitidamente a tatuagem da sua interlocutora, a qual usava um rabo de cavalo que deixava tal tatuagem à mostra. Deveras, conforme se verifica na mídia digital juntada a fls. 436, a tatuagem ostentada pela ré C. é, de fato, uma flor com caule e se situa atrás de sua orelha direita, o que coonesta o afirmado pela ofendida K.

Em audiência, o investigador de polícia P. corroborou tal informação, ao garantir que, ainda na fase policial, quando a vítima adentrou a sala dos investigadores, após ouvir a voz de C., como esta não estava com a tatuagem à mostra e sua existência foi desde logo mencionada pela vítima, "*foi necessário que a ré ficasse de pé e removesse o cabelo*" (mídia digital juntada às fls. 436).

A ofendida mencionou ao MM. Juiz, ainda, a conformação peculiaríssima do nariz da acusada: "*o nariz dela também era inconfundível... o nariz dela não é certinho assim, tem um desvio miúdo assim*". E vale notar que, ao interrogar a acusada, o magistrado deixou registrada a efetiva existência desta particularidade fisionômica (mídia digital juntada às fls. 436).

No que toca ao reconhecimento de W., também não se verifica qualquer hesitação da vítima em afirmar ser ele o autor do delito. Ela o reconheceu por meio de fotografias e, posteriormente, em juízo (com particulares cautelas do magistrado, que o colocou entre outros indivíduos, como já detalhado). Esclareceu que reparou com atenção nas suas características físicas quando dos fatos, que se prolongaram no tempo, permitindo-lhe um período de contato

Acesso ao Sumário

direto que lhe deu todas as condições de gravar a fisionomia do citado indivíduo. Não obstante nas razões recursais do réu se busque levantar alguma dúvida a respeito, mostra-se plenamente plausível que a vítima tenha afirmado se tratar de um indivíduo "*bem claro*" de pele quando a própria Defesa menciona não ser ele "*pardo ou negro*" (fls. 691). No mosaico étnico da população brasileira, a descrição de uma pessoa como bem clara serve para distingui-la de quem "*seja pardo ou negro*" (fls. 691), até porque, como é notório, há pardos claros. Já o fato de W. haver ultrapassado trinta anos de idade evidentemente não significa que não possa ter aparência jovem. E a perspicácia da vítima se revelou mais uma vez ao relatar que ele tinha "*ele tinha o cabelo bem curtinho, raspadinho, sem topete sem nada, uns dentes bonitos*", características jamais negadas na apelação.

Quis, outrossim, destacar a douta Defesa de W. que "*nenhum bem da vítima foi encontrado na posse do apelante*" (fls. 694). Mas nem era de se esperar que o fosse, pois a subtração envolveu basicamente dinheiro (que é fungível), além de um telefone celular, espécie de bem da qual os roubadores usualmente se desfazem na primeira oportunidade.

Tudo, enfim, está a conferir plena credibilidade e confiabilidade ao firme reconhecimento manifestado pela ofendida em relação a ambos os acusados, tanto na fase policial, quanto em juízo, cumprindo relembrar, acerca desta última oportunidade, o cuidado com que se houve o magistrado, não só ao colher seu depoimento, no qual descritas minúcias, como, também, ao lhe exibir os réus para serem reconhecidos. Confira-se o já consignado, em detalhes, mais acima, ao se tratar especificamente deste tema.

A respeito da relevância do depoimento da vítima, sobretudo quando coerente com os demais elementos de prova, vale conferir os julgados desta Corte:

> "ROUBO MAJORADO. Concurso de pessoas. Pretensão à absolvição por falta de provas. Inadmissibilidade. Sólidas provas de caráter material e da autoria. Declaração da vítima que é de relevo e prevalece sobre a negativa apresentada pelos réus em Juízo. Por sinal, revelação essa que faz claro acerca de grave ameaça e concurso de pessoas. Condenações mantidas. Reajuste à pena imposta a um desses acusados, porém, que se faz necessário. Recurso provido apenas para esse fim" (Apelação nº 0035726-81.2012.8.26.0562, Rel. Des. Encinas Manfré, j. 15/08/2013).
>
> "APELAÇÃO – ROUBO QUALIFICADO TENTADO – AUTORIA E MATERIALIDADE COMPROVADAS – ABSOLVIÇÃO – Impossibilidade: Reconhecido pela vítima, há prova suficiente a embasar, não só a edição, como a manutenção do decreto de rigor que fica mantido. APELAÇÃO – PALAVRA DA VÍTIMA – VALOR: A palavra da vítima representa viga mestra da estrutura probatória e sua acusação firme e segura com

Acesso ao Sumário

apoio em outros elementos de convicção autoriza o édito condenatório. Recurso improvido" (Apelação nº 0028488-29.2011.8.26.0050, Rel. Des. J. Martins, j. 01/08/2013).

In casu, o relato da ofendida guarda nítida compatibilidade com as demais provas amealhadas.

D.G., Investigador Chefe, relatou que estavam investigando um caso anterior e passaram a levantar boletins de ocorrência referentes a delitos semelhantes, com o mesmo *modus operandi*, qual seja o de um homem e uma mulher, agindo como namorados, que praticavam "sequestros relâmpagos". Durante esta análise, encontraram o boletim de ocorrência correspondente ao presente processo e mais um outro. Sobre este caso concreto, narrou que a ofendida K. foi chamada para reconhecimento e, quando a apelante C. estava na Delegacia, a vítima ouviu a voz desta, entrou abruptamente na sala e "*já começou a dizer para ela: 'você lembra de mim?' [...] Começou a falar, eu pedi que mantivesse a calma. Ela começou a confrontá-la. Começou a gritar apavorada: 'a tatuagem dela'. E começou a falar. Pedi que mantivesse a calma, eu tentei... e aí eu percebi, sem sombra de dúvida, que a Dona K. tava defronte a sua algoz*". Acrescentou que o apelante W. também foi reconhecido e que tinha antecedentes criminais, nos quais já possuía ligação com as pessoas da quadrilha. Sobre a irmã de C., afirmou que ela estava envolvida em furtos a condomínios, que também participava da quadrilha e não era muito parecida com a mencionada corré. Questionado pelo representante do *Parquet* sobre a quadrilha (associação criminosa), respondeu: "*o que eu perguntei para os policiais, é que a gente tomasse um cuidado para a verificação dos aliados, dos comparsas nas fichas e o que eles me traziam era que todos tinham alguns comparsas em comum. Todos tinham a mesma ligação, moravam no mesmo bairro... e a própria C. falou... foi entregando um a um... das pessoas... e os policiais me traziam do mesmo jeito. Aí eu concluir que aquilo era uma quadrilha, do mesmo bairro, cresceram junto e atuavam juntos*". Em seguida, reconheceu os dois acusados presentes na audiência (mídia digital juntada às fls. 436).

No mesmo sentido foi o testemunho do investigador de polícia J.P.P., o qual acrescentou que "*o início de nossa investigação, Excelência, se deu com um outro caso, análogo a este, praticado pela mesma quadrilha... e o primeiro fato que nos chamou a atenção foi o tipo físico dos autores, uma das autoras, principalmente, loira, e um outro autor do sexo masculino. Isso é que nós sabíamos inicialmente. Partindo desse princípio, nós realizamos uma busca em todos os boletins de ocorrência, do tipo do crime sequestro relâmpago, extorsão qualificada, no Município, procurando crimes deste tipo... e foi encontrado especificamente este caso. Chamada a vítima para prestar declarações, foram exibidas a ela fotografias... as fotografias obtidas do banco de dados da Polícia Civil. Uma das rés, C., já havia sido presa, e uma suspeita*". Explicou que estas

Acesso ao Sumário

fotos foram originadas do Sistema Penitenciário, ou seja, C. já havia sido presa por outro delito, mas, neste momento, ainda estava em liberdade. Afirmou: "*com base nisso, Excelência, a vítima foi chamada e ela reconheceu, sem dúvida, dois autores, a ré de nome C. e o réu de nome W.*". Neste momento do depoimento, o Policial reconheceu os réus presentes na audiência. "*No caso da ré C., como Vossa Excelência já sabe, não houve um reconhecimento formal, porque a vítima, quando ouviu a voz dela, dentro da sala dos investigadores, a vítima, numa atitude compreensível, por ter passado o que ela passou, acabou por interpelar ela pessoalmente... isso eu presenciei. Ela apontou o dedo indicador e disse: '*você se lembra de mim?*' e ela disse: '*não*'. Ela falou: '*eu me lembro de você, você puxou o meu cabelo*'. Ela falou: '*eu não me esqueço de você e da sua tatuagem atrás da orelha*'*". Descreveu também que, no instante em que a vítima falou da tatuagem, a ré não estava com tal tatuagem à mostra: "*inclusive foi necessário que a ré ficasse de pé e removesse o cabelo, levantasse o cabelo, para que a vítima pudesse ver*". Declarou também que C. alegou ser inocente e que não possuía nenhum contato com criminosos, mas, enquanto ela esteve presa, recebeu um rapaz, com ficha criminal, como visita íntima. Inclusive quando mostraram a foto deste rapaz para a ré, ela negou, dizendo que não o conhecia, mas havia documentos comprovando o contrário. Assim "*foi que ela admitiu por conhecer o rapaz*". Quanto ao réu W., afirmou que "*ele assumiu que praticava crimes de furto, furto qualificado, a condomínios, disse que colaboraria com a investigação, assumindo esses crimes de furto, porém se recusou a dizer a quem eles eram repassados, então nós não temos ideia nem dos receptadores dos crimes de furto. [...] O acusado W., ele já era coautor da acusada C., no primeiro crime pelo qual ela ficou presa, então, esta foi a pesquisa básica*". Sobre a semelhança de C. com sua irmã V. (apontada como integrante da associação criminosa, mas que não atuou diretamente neste caso), afirmou: "*digamos que o tipo físico é semelhante, só que, em nenhum caso, não somente neste caso, em nenhum caso desta quadrilha, chamada de '*quadrilha das loiras*' pela mídia, houve confusão, as vítimas que apontaram C., sempre apontaram C., e as que apontaram V., sempre apontaram V.. V., acho que no caso de furto qualificado, mas as vítimas nunca se confundiram*". Sustentou que realizaram pesquisa de linhas telefônicas em relação à acusada C., em virtude dela ter afirmado viver em Curitiba e não possuir contato com a cidade de São Paulo, constatando que há linhas de telefones pré-pagos no nome da ré, ativas (uma há mais de quatro anos e outra há dois anos e meio). Foi observado que, se ela não usasse as linhas e não as abastecesse com créditos, tais linhas já teriam sido canceladas pelas operadoras. A família da ré trouxe a informação de que os documentos desta estariam sendo usados, indevidamente, para a abertura destas contas telefônicas, entretanto, não se localizou nenhum boletim de ocorrência sobre furto, perda ou uso de documento falso, em São Paulo ou Curitiba, em que

Acesso ao Sumário

C. figurasse como suposta vítima (mídia digital juntada às fls. 436).

Registre-se que não há nos autos quaisquer indícios de que os policiais tenham agido com motivação espúria ou que tivessem algum interesse em prejudicar os acusados. Nada há que enfraqueça o valor probatório dos seus detalhados testemunhos.

Assim, seus depoimentos devem ser considerados com a mesma eficácia probante das declarações de quaisquer outras testemunhas. Neste sentido o entendimento do C. STJ: "*Os policiais não se encontram legalmente impedidos de depor sobre atos de ofício nos processos de cuja fase investigatória tenham participado, no exercício de suas funções, revestindo-se tais depoimentos de inquestionável eficácia probatória, sobretudo quando prestados em juízo, sob a garantia do contraditório. Precedentes desta Corte e do Supremo Tribunal Federal*" (STJ, *Habeas Corpus* nº 149.540/SP, rel. Min. LAURITA VAZ, DJe 04.05.2011).

Note-se que, a partir dos depoimentos dos agentes públicos acima mencionados, já se vislumbra, também, a efetiva formação de quadrilha (hoje denominada associação criminosa), porquanto delineada a existência de grupo criminoso organizado, com estruturação estável para a prática de crimes e notícia da efetiva reiteração de delitos com características semelhantes, grupo este notoriamente conhecido como "quadrilha das loiras", conforme destacado pelo investigador de polícia J.. Com efeito, os aludidos depoimentos testemunhais produzidos em juízo, sob o crivo do contraditório, vem se somar a declarações da própria apelante C. na fase inquisitiva, na qual esta não só reconheceu a existência do referido grupamento, como detalhou seu *modus operandi*.

Embora ela tenha buscado alterar sua versão em juízo e fazer crer que tal relato foi produzido artificialmente pela polícia, esta nova postura não merece credibilidade alguma, bastando verificar que, durante todo o desenrolar do referido interrogatório (fls. 20/22), C., confirmando a existência do grupo criminoso e relatando a forma cuidadosamente planejada pela qual este agia, sempre buscou se isentar de qualquer participação, sustentando que apenas estava sendo confundida, por equívoco, com outras integrantes. Destarte, se acaso houvesse o inverossímil desejo de policiais de produzirem uma versão incriminatória falsa, não seria lógico que tivessem feito isto de modo a, insistentemente, livrar a ré de qualquer responsabilidade.

Note-se, outrossim, que essas declarações, firmadas pela acusada, foram colhidas por Delegado de Polícia, reduzidas a termo por escrivã e assinadas, também, por duas testemunhas de leitura (fls. 22).

Além disso, a acusada C. foi ouvida pela autoridade policial em 16/03/2012 e, em seguida, por petição datada de 19/04/2012 (fls. 165/182), dirigida ao Juízo, seu advogado constituído (o mesmo douto defensor que subscreve as razões

Acesso ao Sumário

de apelação de fls. 738/771), ao requerer a "*revogação da prisão preventiva*", em nenhum momento mencionou, na longa fundamentação então exposta, que as declarações da acusada em seu interrogatório policial (onde descreveu o funcionamento da associação criminosa, mas negou sua participação) houvessem sido deturpadas. Ao contrário, o douto patrono destacou, na oportunidade, a **colaboração** da ré para as investigações policiais: "*a acusada jamais se recusou a atender qualquer intimação e colaborou nas investigações*" (fls. 168).

Portanto, a Defesa Técnica não apontou a existência de qualquer inverdade no teor das declarações prestadas por C. a fls. 20/22 e, ao revés, destacou a colaboração da acusada (que nelas descreveu o *modus operandi* do grupo criminoso). Em adição, a douta Defesa, na referida oportunidade, insistiu na mesma tese sustentada pela ré naquele interrogatório policial, no sentido de que ela estava sendo confundida ("*em que pese nosso profundo respeito pelo nobre Delegado de Polícia*") com outras mulheres que mencionou ao ser interrogada, integrantes do grupo, dada a semelhança de "*biótipo físico com V. ou P. ou L. ou outra*" (fls. 169).

Sob o crivo do contraditório, o douto defensor constituído continuou seguindo a mesma linha, insistindo na tese exposta por C. ao ser ouvida na delegacia. Assim fez na Resposta à Acusação, apresentada "*nos termos dos artigos 396 e 396-A do Código de Processo Penal*" (fls. 336/359), sustentando que a acusação contida na denúncia não poderia prosperar, por não ter a referida ré qualquer participação nos atos delitivos em tela e "*por não integrar uma **associação criminosa conhecida como Gangue das Loiras, conforme já destacado em petitório anterior, pois emerge-se que sua irmã seria uma das participantes ou uma das amigas desta, tudo conforme já relatado e demonstrado anteriormente nestes autos***" (fls. 341/342). Grifei.

Evidentemente, o douto advogado constituído, que revelou nos autos sua formação técnica, além de empenho e combatividade, e sempre trouxe manifestações minuciosas, não deixaria de se insurgir enfaticamente, desde logo, caso houvesse inserção indevida, pelo Delegado de Polícia, de versão falsa no termo de interrogatório policial de C..

Nem mesmo em suas razões de apelação existe questionamento expresso a esse respeito.

Desse modo, fica de todo esvaziada a tentativa da ré C., em seu posterior interrogatório judicial, de desprestigiar o teor das declarações que prestou na fase investigatória, sendo certo, outrossim, que jamais se produziu qualquer indicação que permitisse duvidar da lisura da autoridade policial que as colheu e das demais pessoas que também assinaram o termo.

Mas não é só. Já se viu que a efetiva existência da associação criminosa em tela, inclusive com envolvimento da referida acusada, veio a ser confirmada

pela prova oral produzida durante o contraditório judicial. Foram neste sentido não só os já mencionados depoimentos dos investigadores de polícia em juízo, como, também, as declarações da ofendida, que relatou ter sido vítima de atos delitivos revestidos das características daqueles reiteradamente praticados pelo grupo criminoso e reconheceu como seus autores, não só a acusada C., como, também, o corréu W., o qual, desde o início, foi apontado pela própria C. (quando esta buscava se exculpar em seu interrogatório policial) como organizador das ações da quadrilha.

Enfim, quanto à acusação referente à existência de quadrilha (associação criminosa), tem-se que exsurgiu confirmado pela prova oral produzida no contraditório judicial e pelas próprias manifestações da douta Defesa Técnica em juízo, que C. realmente prestou as declarações constantes de fls. 20/22, nas quais reconhecida a efetiva existência do grupo criminoso em tela e descritos os detalhes de como funciona, quem são seus integrantes e como se conheceram, entre outras particularidades. *In verbis* (fls. 20/22):

> "*Sua irmã V. é amiga de infância de outra garota identificada como M.. Por volta do ano de 2006/2007, M. estava em uma festa de samba na Escola Vai-Vai, acabou por conhecer um rapaz de nome W., apelido 'F.'. Que W. já era um criminoso à época. A partir deste contato e do relacionamento entre M. e W., este começou a introduzir V. e M. no mundo do crime que à época era prática de roubo/furto de condomínios em regiões nobres de São Paulo. Que W. organizava os assaltos usando meninas de boa aparência para entrar nos condomínios, que W. não possuía informações privilegiadas apenas, entrava no condomínio acompanhado de uma ou duas meninas e batia de porta em porta para saber se o apartamento estava ocupado ou não, caso ninguém respondesse invadiam o apartamento para roubar valores e objetos que pudessem carregar. Quando ao entrar no apartamento através do uso de 'mixa' e encontrava alguém, W. se encarregava de render a pessoa para a prática de roubo, não sabendo a interrogada dizer se W. já matou alguma vítima. Que W. sempre levou uma boa vida sempre frequentando bons lugares, trocando de carros etc., fato que o levou a ampliar o grupo de criminosos chamando novas meninas de boa aparência do círculo de amigas de V. e M.. Que* ***W. procura meninas que possuam semelhança entre si, sendo que tais meninas muitas vezes se valem de dados e identificação de outras meninas do círculo de amigos para desnortear possíveis investigações. Que W., inclusive, pede para que as meninas se utilizem de disfarce, como óculos, bonés, roupas, para que assim a confusão ocorra entre as vítimas, não sabendo estas até em investigações futuras identificar quem é quem. Que tudo isso é planejado e realizado com uma habitualidade semanal****. Pelo que se lembra do grupo de amigas com quem conviveu devido a V. sua irmã, fizeram parte do grupo de W. uma amiga conhecida*

Acesso ao Sumário

como P., pessoa que identifica nas imagens exibidas no interior do FAST SHOPPING e realizando saques no Banco Itaú, sem sombra de dúvidas, F., garota que identifica nas imagens gravadas no interior de um elevador, sendo ela amiga de M. e W., além de outras meninas do mesmo grupo de amigas identificadas como S. e L., sendo estas duas últimas muito semelhantes a ela interrogada. Com relação à participação dos crimes informa que tudo gira em torno de W. e M., sendo W. o mentor e executor homem dos arrebatamentos, as meninas permanecem como executoras dos crimes realizando atividades como compras em lojas, saques em determinados locais e entradas em condomínio, pois tais atividades exigem a boa aparência física e de vestimenta que compõe o disfarce das meninas, pelo que sabe, além das regiões nobres de São Paulo atacadas semanalmente pela quadrilha, eles também agem no Rio de Janeiro em regiões nobres como Copacabana. Relata a interrogada que já presenciou viagens de M. para o cometimento de crimes no Rio e pelo que sabe as garotas podem se valer de documentos de outras meninas para realizarem as viagens que em regra são viagens de carro ou ponte aérea. Relata que M. além de executora dos crimes também tem uma outra função que é a de conhecer e aprovar a participação de outras garotas que são convidadas a fazer parte da quadrilha, nos crimes junto com W.. Nenhuma garota pratica crimes com W. sem o conhecimento de M. e o seu consentimento. Relata a interrogada que não é a primeira vez que é detida pela polícia por suposta participação nesta quadrilha, relatando que tal fato se dá em boa parte por culpa de sua irmã V. que traz essas meninas para dentro de sua casa e passa a elas seus dados de identificação, já soube até que foram habilitadas linhas telefônicas em seu nome e que não lhe pertencem. Informa este fato em sua defesa, pois, não aguenta mais ser usada por essas garotas que continuam cada vez mais a cometer crimes, inclusive, neste ato informa que a quadrilha tem por hábito se encontrar na região do Bairro da Bela Vista, mais precisamente na Rua Manoel Dutra com a Rua Dr. Barreto, local onde existe uma doceria. Informa, ainda, que após os crimes, o contato com o receptador é feito por W., não sabendo aqui precisar quem são os comerciantes dos objetos roubados. Relata que a divisão é feita em cada caso específico, assim, conforme o crime W. faz a divisão em partes iguais com duas meninas que participam do crime, pois uma menina fica afastada vigiando enquanto ele W. entra com outra menina e comete o crime. Pelo que conhece da quadrilha, entende que em regra os crimes são cometidos por três pessoas sempre, pois este é o costume de W., só que a terceira pessoa não se apresenta na cena do crime, ficando sempre mais afastada, sendo que W. tem por costume fazer um rodízio das meninas. Que além das meninas acima indicadas, não sabe dizer se W. e M. se valem de outras novas integrantes, pois há muito tempo se afastou de sua irmã e respectivo grupo de amigas, levando hoje uma vida normal de casada em Curitiba. Relata ser inocente

Acesso ao Sumário

dos fatos sendo incriminada exatamente por esse grupo de meninas que ajudadas por sua irmã se valem de suas características e semelhanças e da facilidade que a interrogada é encontrada, por levar uma vida normal atualmente, para que com a detenção da interrogada elas possam fugir, fato que aconteceu neste presente caso, logo que sua irmã V. tomou conhecimento de sua prisão esta se inteirou dos fatos comunicou outras meninas que imediatamente tiraram suas páginas de rede social do ar e fugiram, que não é a primeira vez que sua irmã V. permite que isso lhe aconteça, acrescentando que ela não se importa muito com tal ato, pois soube enquanto presa nesta última vez que V. comentou que nada tinham descoberto sobre ela V. antes de fugir, mas em nenhum momento prestou esclarecimentos que ajudassem a interrogada a esclarecer os fatos. Que V. conhece todas as outras meninas que praticam crime. Relata que em seu primeiro interrogatório não informou toda essa riqueza de detalhes, pois não foi perguntada sobre tais fatos. Informa que as pessoas acima citadas são criminosos perigosos e que ela interrogada só se sente confiante a falar tudo que sabe neste momento, pois os mesmos encontram-se agora foragidos e na época tanto ela, seu companheiro, sua mãe e sua filha corriam risco de vida, pois caso estes criminosos tomassem conhecimento de sua delação sua família poderia sofrer represálias". Grifei.

O investigador de polícia P. afirmou, em juízo, que presenciou a declaração de C., a qual forneceu esses dados, que permitiram desvendar a atuação do grupo criminoso. Disse ter presenciado quando a referida ré foi interrogada "*na Delegacia, na presença do Defensor dela e já orientada... ela houve por bem, entregar a quadrilha. Ela explicou quem era os membros da quadrilha, como se dava a seleção da quadrilha e, segundo palavras dela, o réu aqui, W., era o líder da quadrilha e, um outro componente da quadrilha de nome M. ... que me parece que é amásia do réu, era responsável por selecionar as mulheres, loiras, de boa aparência, razoavelmente parecidas entre elas*". Acrescentou que, segundo C. relatou, a quadrilha tinha um ponto de encontro no Bairro da Bela Vista e, quanto aos membros, que, em sua maioria, "*eles possuem um relacionamento interpessoal, ou eram amigos ou amigos de amigos*". Ressaltou a mesma testemunha que as informações obtidas pelas redes sociais confirmaram estas ligações. Ressaltou, ainda, que, quando a notícia da existência da quadrilha saiu na imprensa, os perfis das pessoas correspondentes na rede social "Facebook" foram apagados.

Percebe-se que, para alguém supostamente sem qualquer vínculo com criminosos, C. tinha muitas informações sobre a quadrilha (associação criminosa). Além disso, extrai-se do depoimento judicial da testemunha J.P. que tudo o que ela afirmou foi posteriormente confirmado pelos investigadores de polícia, através de fotos, imagens, entre outros elementos constantes da investigação (fls. 113/147 e 243/257). Como se não bastasse, ela própria foi reconhecida

Acesso ao Sumário

em juízo pela vítima K. como autora dos atos delitivos descritos na denúncia, inseridos nos padrões de atuação da quadrilha, juntamente com ninguém menos do que o próprio W., que ela mesma apontara como o organizador do grupo.

Diante disso, vê-se que as provas produzidas são robustas ao indicar que ambos os réus integravam uma associação criminosa armada (tanto que, conforme descrito pela vítima K., os atos delitivos praticados por eles foram cometidos com emprego de arma de fogo), para fim de cometer delitos. Verifica-se que os agentes agiram em conluio, que alguns se conheciam desde a infância, que a associação era estável e permanente, que praticavam delitos dentro de um mesmo padrão, especialmente crimes de sequestro relâmpago e de subtrações em condomínios, que tudo era detalhadamente organizado e planejado, que havia estratégias para evitar o reconhecimento pelas vítimas, bem como recrutamento de novas integrantes, preferencialmente moças de boa aparência, e que tudo era realizado com uma "habitualidade semanal".

Ademais, ficou muito claro, não só pelas declarações de C., mas pelas informações trazidas em juízo pelas testemunhas (como, por exemplo, sobre a constatação de que pessoas indicadas como participantes prontamente apagaram seus dados de redes sociais), que o número de integrantes do grupo era nitidamente superior a três pessoas (além dos réus W. e C., integravam-no, também, segundo informações desta última associadas ao apurado nas investigações, as mulheres de nomes M., V., P., F., S. e L., cf., v.g., fls. 21). Preenchidos, assim, todos os requisitos necessários para a tipificação da figura do art. 288, parágrafo único, do Código Penal.

E não há dúvida, como visto, de que, pelo cometimento desse crime, deve ser mantida a condenação de ambos os acusados, assim como também não resta dúvida de que ficaram configurados os crimes de roubo majorado e de extorsão mediante restrição da liberdade da vítima, conforme dimana do firmemente relatado por esta em juízo, em combinação com os demais elementos de convicção coligidos e já expostos.

Cumpre deixar consignado que, particularmente nas razões de apelação da acusada C., é alegado, com ênfase, que esta tem "álibis" comprobatórios de que estava em Curitiba na data e horário dos fatos descritos na denúncia. Como tais, são invocados: a) documentos com o timbre de Graffo Gráfica Editora Ltda. (fls. 204, 214 e 215), sendo duas declarações de seu proprietário e um recibo por ele firmado, no sentido de que, no dia dos fatos (11/12/2011), das 8h00 às 12h00, a acusada realizou serviços de limpeza no escritório da empresa; b) declarações de seus familiares (inclusive em depoimentos judiciais) no sentido de que, após, no período da tarde, participou do aniversário de sua parenta R; c) xerocópia da cédula de identidade de R. para demonstrar que nasceu em tal dia (fls. 185 e 217); d) fotografias da festa de aniversário (fls. 224/229).

Acesso ao Sumário

Contudo, não tem razão a douta Defesa quando assevera que o Juízo *a quo* deixou de rebater esses "álibis". Bem ao contrário, verifica-se que, na sentença, se discorreu, longa e detalhadamente, a respeito de tais aspectos (fls. 634/640).

Sem prejuízo do já asseverado na decisão apelada, que é despiciendo repetir agora, basta consignar, aqui, as considerações que seguem, demonstrativas de que os mencionados elementos trazidos pela Defesa não têm caráter absoluto e não servem para excluir peremptoriamente a autoria no que concerne a C..

Quanto aos documentos com o timbre de Graffo Gráfica Editora Ltda. (fls. 204, 214 e 215), tem-se, primeiramente, que não são "documentos oficiais", como chegou a ser mencionado. São, isto sim, singelos documentos particulares, de emissão unilateral, de modo que, evidentemente, não têm valor absoluto na esfera penal.

Portanto, devem ser focalizados com cautela.

Assim, tem-se, primeiramente, que deles consta que C. trabalhou num domingo (11/12/2011), o que, no mínimo, não é usual.

Em segundo lugar, os aludidos documentos particulares são no sentido de que ela realizou serviço de faxina naquele dia, quando se sabe que tinha vínculo empregatício com outra empresa, trabalhando como "auxiliar de telemarketing" (fls. 23), o que reiterou em seu interrogatório judicial, informando, nesta última oportunidade, receber salário de, aproximadamente, R$ 2.800,00 (dois mil e oitocentos reais), mais comissões. Ou seja, exercia atividade profissional assim remunerada e completamente diferente da de faxineira.

Em terceiro lugar, vale observar que a ré, ao ser interrogada em juízo, disse que foi fazer faxina, no domingo pela manhã, recebendo a quantia simbólica de R$ 50,00 a R$ 100,00. Ou seja, nem sequer soube precisar o valor que recebeu.

Como já destacado mais acima, tais peculiaridades não escaparam ao magistrado, que, durante o interrogatório de C., indagou sobre o motivo de uma mãe, que ganha, no mínimo, R$ 2.800,00 (dois mil e oitocentos reais) por mês, ir fazer faxina, num domingo de manhã, em troca de R$ 50,00 (cinquenta reais) ou R$ 100,00 (cem reais), ao invés de aproveitar o momento que poderia passar com a família. Em face de tal pergunta, a acusada respondeu, simplesmente, que trabalha de domingo a domingo, para sustentar a sua família (mídia digital juntada às fls. 436).

Em quarto lugar, *ad argumentandum*, mesmo que se quisesse cogitar da hipótese de ser totalmente veraz o conteúdo dos documentos focalizados, não se poderia esquecer que o traço marcante do grupo criminoso é a utilização de moças com características semelhantes para confundir as vítimas e os policiais. Logo, não seria de se descartar a possibilidade de outra mulher, parecida, ter se dirigido à empresa naquele dia para fazer a faxina, a fim de construir um álibi. Até porque o proprietário da empresa, que assinou o recibo e as duas declarações

Acesso ao Sumário

em papel timbrado, não foi arrolado pela douta Defesa para esclarecer se ele, pessoalmente, viu e reconheceu a ré no local e nos horários citados.

Em quinto lugar, o MM. Juiz de primeiro grau bem observou, outrossim, incompatibilidade entre os horários constantes dos citados documentos e as próprias declarações produzidas pela Defesa. Com efeito, nos documentos com o timbre da empresa Graffo, afirma-se que a ré ali trabalhou até as 12h00 daquele dia (meio-dia). Mas, conforme constou da sentença, "*o próprio marido de C. assegurou que pegou a ré no local por volta das onze horas da manhã*" (fls. 638). Trata-se de mais uma inconsistência que enfraquece a credibilidade de tais elementos.

Portanto, esses documentos não podem ser considerados conclusivos, nem conduzir à absolvição da acusada.

Quanto, por sua vez, às declarações de familiares de C., no sentido de que, naquele dia, no período da tarde, esta participou da festa de aniversário em Curitiba, evidentemente, pela sua proveniência, devem ser sopesadas com as devidas reservas, em razão dos vínculos entre os declarantes e a acusada. Não se pode descartar a possibilidade de que almejassem favorecê-la ou ajudá-la (talvez até por eventualmente acreditarem, equivocadamente, que ela seja inocente). Ademais, já se viu haver contradição entre horários declarados em depoimentos destas pessoas e os constantes de documentos juntados pela própria Defesa. O magistrado detalhou, ainda, na sentença, outras contradições, mostrando-se desnecessário repetir aqui o já exposto (fls. 634). Basta ressaltar que a própria aniversariante, R., "*não soube precisar a roupa da acusada e narrou que não tiraram fotografias*" (fls. 634).

Questionáveis, nessa esteira, as fotografias juntadas pela douta Defesa. Note-se que não é impossível, até mesmo, que algumas ou todas tenham sido tiradas em outra data. Ou em horários diferentes dos alegados. Enfim, também não configuram provas conclusivas, com o condão de impor a absolvição.

E, no que diz respeito à xerocópia da cédula de identidade de R. (fls. 217), apenas revela que esta realmente fazia aniversário naquele dia, mas não é isto que está em discussão nos presentes autos.

Acesso ao Sumário

De resto, não se pode deixar de aventar a possibilidade, até mesmo, de que o dia da ação criminosa tenha sido escolhido de antemão pela ré exatamente por se tratar do aniversário daquela parenta, para que isto também pudesse ser futuramente invocado a título de álibi, se necessário. Vale reiterar que, conforme descrito pela própria acusada C. a fls. 20/22, a quadrilha em tela (associação criminosa) primava pelo emprego de táticas e estratégias destinadas a dificultar a apuração de seus crimes pelas autoridades e o reconhecimento dos autores pelas vítimas: "*W. procura meninas que possuam semelhança entre si, sendo que tais meninas muitas vezes se valem de dados e identificação de outras*

meninas do círculo de amigos para desnortear possíveis investigações. Que W., inclusive, pede para que as meninas se utilizem de disfarce, como óculos, bonés, roupas, para que assim a confusão ocorra entre as vítimas, não sabendo estas até em investigações futuras identificar quem é quem. Que tudo isso é planejado e realizado com uma habitualidade semanal (fls. 21)".

Ao se constatar que o conjunto probatório produzido nos presentes autos propicia, na verdade, certeza de que C. realmente praticou, juntamente com W., os atos descritos na denúncia, conclui-se que, deveras, ela buscou se valer de expedientes diversionistas para lançar confusão sobre a apuração dos fatos.

De resto, em que pese o respeitável empenho da douta Defesa, não se reconhece prova indiscutível da presença de C. em Curitiba quando dos acontecimentos, mas é patente que existe, isto sim, prova segura que propicia a certeza de sua presença no local das ações criminosas expostas na peça vestibular acusatória, composta pelo conjunto dos já citados elementos amealhados nos autos, com destaque para o reconhecimento seguro e inequívoco enunciado reiteradamente pela vítima, inclusive em juízo, na presença dos acusados W. e C..

Embora tudo já tenha sido exaustivamente analisado acima, afigura-se oportuno transcrever, a esse respeito, trecho bastante elucidativo da sentença, que bem resume o desenrolar dos fatos, a fim de que os fundamentos expostos também fiquem constando aqui, expressamente, como razões de decidir:

> "*Pois bem. Percebe-se, claramente, que durante a fase inquisitiva, colheram-se diversas provas e indícios apontando os réus como autores do delito narrado na denúncia.*
>
> "*A vítima, desde a primeira oportunidade em que foi ouvida (fls. 09), reconheceu C. e W. indubitavelmente como autores do crime, ainda que através de fotografias.*
>
> "*Após a detenção de C. em Curitiba, tendo sido trazida a São Paulo pela Polícia Civil, a vítima novamente foi chamada à Delegacia, para tentativa de reconhecimento pessoal.*
>
> "*Naquele momento (fls. 14/15), antes mesmo de visualizar a ré, K. reconheceu a voz de C., ingressando abruptamente na sala onde se encontrava. Quando se deparou com a acusada, a vítima recordou-se da tatuagem que esta tinha atrás de sua orelha direita.*
>
> "*Atestou que durante a empreitada criminosa, C. estava com rabo de cavalo e os cabelos presos, razão pela qual pode notar com convicção a mencionada tatuagem.*
>
> "*Neste ponto, imperioso que se diga que a ausência de menção da referida tatuagem, quando das primeiras declarações da vítima, é absolutamente compreensível e me nada desnatura suas palavras.*
>
> "*Após o crime, K. simplesmente lavrou boletim de ocorrência,*

Acesso ao Sumário

descrevendo os criminosos como um homem e uma mulher loira. Naquela ocasião, a vítima não relatou qualquer característica física, possivelmente em razão do abalo sofrido e do estado de tensão em que se encontrava.

"*Além disso, sabidamente, quando do comparecimento na Delegacia de Polícia para apresentação de* notitia criminis*, muitas vezes o indivíduo é atendido por funcionário que não a autoridade policial, que apenas se preocupa em formalizar a ocorrência, sem formular perguntas ou buscar detalhes.*

"*Fato é que a vítima reconheceu C. tanto em razão de suas características físicas como pela voz na primeira oportunidade em que esteve frente a frente com a acusada.*

"*Em juízo, a vítima novamente relatou os fatos com certeza inequívoca e clareza solar.*

"*Disse que foi abordada por um indivíduo que anunciou o assalto. Em dado momento, tentou deixar o veículo, oportunidade em que teve seu cabelo puxado, percebendo a presença de outra pessoa no banco de trás.*

"*Recebeu desta pessoa que se encontrava no banco traseiro o seu remédio para o coração e se virou, tendo contato visual com a criminosa, percebendo que se tratava de uma mulher bonita, bem arrumada e loira.*

"*Enquanto se preparavam para deixar o local, a criminosa, que estava no banco traseiro, subtraiu seu aparelho celular, dinheiro e documentos.*

"*Após saírem do local, o criminoso do sexo masculino teria mencionado a intenção de abortar a prática delitiva, tendo sido convencido a continuar pela mulher que se encontrava no banco de trás.*

"*Após estacionarem o veículo em uma rua lateral à Avenida Ricardo Jafet, o meliante exigiu que a vítima escrevesse a senha do cartão do banco em um pedaço de papel.*

"*Munido das informações necessárias, o rapaz deixou o veículo e se dirigiu ao caixa eletrônico existente dentro do posto de gasolina. Enquanto sacava dinheiro da conta da vítima, esta permaneceu no interior do automóvel em companhia da criminosa do sexo feminino.*

"*Durante este ínterim, a vítima conversou com a criminosa, ficando frente a frente com ela por período considerável de tempo.*

"*Foi neste momento que ambas iniciariam uma conversa e a acusada teria confirmado ter uma filha e dito que seu comparsa seria seu namorado.*

"*Com o retorno do acusado ao veículo, voltaram às proximidades do supermercado, local em que os criminosos deixaram o veículo da vítima, ingressaram em um automóvel importado de cor prata e fugiram.*

Acesso ao Sumário

"*Após os fatos, a vítima ligou para seu marido e se deslocou até o distrito policial.*

"*Mesmo submetida à situação de estresse e pavor, a vítima foi capaz de descrever as vestes da criminosa, narrando que usava calça clara, blusa de alça azul e um agasalho rosa com listras brancas, estando o com os cabelos presos.*

"*A vítima descreveu C. como sendo a autora dos fatos de forma minuciosa e absolutamente condizente com as suas características físicas. Poucas vezes, uma vítima de crimes desta natureza foi capaz de descrever seu algoz com tamanha riqueza de detalhes.*

"*K. conseguiu reparar no detalhe do nariz da ré, que, de fato, é um pouco torto para o lado. Sem prejuízo, relatou ter visualizado uma tatuagem atrás da orelha de C., com desenho de uma rosa, com seu caule.*

"*Em juízo, K. confirmou que mesmo antes de proceder ao reconhecimento formal da ré, ouviu sua voz e invadiu a sala, reconhecendo imediatamente C..*

"*O reconhecimento pela vítima, em mais de uma oportunidade, é absolutamente inequívoco e não deixa margens para dúvidas. Não somente o rosto em si da ré, mas também seu nariz com um pequeno desvio, sua tatuagem e sua voz foram reconhecidas, dando ainda mais credibilidade à versão da vítima.*

"*Antes de se deslocar à sala de reconhecimento, a vítima mais uma vez reconheceu W. sem sombra de dúvidas.*

"*Em juízo, mesmo com diversas pessoas com características físicas semelhantes apontou novamente, com precisão e sem pestanejar, W. e C. como autores do crime.*

"*A versão da vítima é de robustez extrema, rica em detalhes, com reconhecimento positivo por diversas ocasiões.*

"*A defesa alega que C. está sendo vítima de erro iniciado pela autoridade policial e que será perpetuado pela autoridade jurisdicional. Contudo, em momento algum, houve qualquer indício de que K. tenha sido influenciada ou induzida a reconhecer positivamente quaisquer dos réus.*

"*Pelo contrário, sempre narrou que jamais pretendia acusar injustamente quem quer que seja. Disse que conversou por razoável período de tempo com C., tendo conseguido se atentar para suas características físicas e que em duas oportunidades manteve contato visual prolongado com W., também o reconhecendo sem dúvida.*

"*Como bem se sabe, nessa espécie de delito, a palavra da vítima é de grande valor e deve ser recebida com credibilidade, ainda mais quando não há qualquer motivo para imputar falsamente o delito*

Acesso ao Sumário

aos acusados, não havendo notícias de desavenças anteriores" (fls. 625/630).

Nessa senda, o douto Juízo sentenciante consignou, ainda, de forma pertinente:

"*Saliento que a quadrilha utiliza-se de diversas mulheres, com características semelhantes para tentar confundir as vítimas e escapar de um decreto condenatório. Há casos em que mais de uma loira participava da empreitada criminosa, exatamente para confundir a vítima e dificultar um reconhecimento positivo.*

"*Contudo, mais uma vez, ressalto que C. deu azar, escolhendo vítima extremamente observadora, que consegui reparar na tatuagem que a acusada ostenta atrás da orelha, além de sua sobrancelha bem feita e o nariz um pouco desviado para a direita.*

"*causa espanto que uma mulher de família, esposa exemplar e mãe dedicada tenha condições de possuir detalhes tão precisos e extensos como aqueles relatados a fls. 20/22 sobre quadrilha perigosa e formada por diversos indivíduos.*

"*Causa espanto, também, a alegação de que tinha ciência de que seus documentos tenham sido indevidamente utilizados, sem a adoção de qualquer medida para a preservação de seus direitos*" (fls. 640).

Aliás, na sentença foi igualmente ressaltada a inequívoca existência, desde bem antes dos fatos narrados na denúncia, de ligação entre C. e o corréu W., o qual ela própria apontou, em seu interrogatório policial (fls. 20/22, cuja higidez já se demonstrou acima), como mentor e organizador do grupo criminoso. Constou, inclusive: "*não há como não mencionar que C. já foi processada anteriormente, por crime de roubo, juntamente com o acusado W.. Ainda que tenha sido absolvida por falta de provas, trata-se, pelo menos, de infeliz coincidência*" *(*fls. 633). Em suma, "*C. e W. eram conhecidos e praticaram o crime apurado em conjunto*" (fls. 641).

Afirma-se em razões recursais que o Juízo, ao aventar, por exemplo, que C. poderia ter se deslocado de avião no trajeto entre Curitiba e São Paulo e que as passagens aéreas poderiam ter sido adquiridas em nome de outra mulher, dada a frágil fiscalização no embarque de vôos domésticos, baseou-se em "*achismo*" (sic – fls. 765) para sentenciar.

Contudo, afigura-se por demais simplista pretender desqualificar a sentença com fulcro em tal alegação. Bem ao contrário, já ficou exaustivamente demonstrado *supra* que existem elementos concretos de inegável solidez a propiciar a condenação, tanto de W., quanto de C. (elementos estes que seria redundante voltar a enumerar agora). E tais provas foram, sim, devidamente apontadas na decisão apelada, com objetividade e lastro nos autos (não se tratando, aqui, de mero "achismo"). Se, paralelamente a isto, em algum

Acesso ao Sumário

momento o magistrado expôs a plausibilidade de que, no seu modo de ver, os fatos houvessem transcorrido de determinada forma, tal só pode ser interpretado, evidentemente, como uma demonstração de possibilidades efetivas da presença da acusada C. no horário e local das ações criminosas, em contraposição à impossibilidade absoluta apresentada como tese defensiva.

O que importa é que, como visto, os álibis apresentados não são peremptoriamente conclusivos, muito diferentemente das provas de autoria produzidas quanto aos dois acusados, que (estas últimas, sim) efetivamente são conclusivas, passando pelo reconhecimento seguro e confiável externado reiteradamente pela vítima quanto a ambos, em conjunto com os demais elementos de convicção coligidos no mesmo sentido: o da inevitável condenação.

Cumpre passar, pois, ao exame das teses defensivas subsidiárias, pelas quais se busca influir na capitulação delitiva e na dosimetria penal.

Argumentam os apelantes que deve ser afastada a majorante do art. 157, § 2º, I, do Código Penal, em virtude da ausência de apreensão da arma de fogo e de laudo pericial que comprove seu potencial lesivo.

Tal alegação não pode prosperar, visto que o conjunto probatório não deixa dúvidas de que houve grave ameaça exercida com emprego de arma de fogo, conforme confirmado expressamente pela ofendida, inclusive em juízo, não sendo necessária a apreensão de arma e nem a sua submissão à perícia. Acerca da desnecessidade de apreensão ou perícia da arma em caso de roubo qualificado pelo seu emprego, a jurisprudência é segura:

> "É aplicável a majorante prevista no art. 157, § 2º, inciso I, do CP, ainda que a arma de fogo não tenha sido apreendida e periciada, desde que existam outros elementos probatórios que confirmem a sua efetiva utilização no crime (Precedentes)" – (STJ-HC 83.479/DF, Rel. Ministra JANE SILVA (DESEMBARGADORA CONVOCADA DO TJ/MG), QUINTA TURMA, julgado em 06/09/2007, DJ 01/10/2007 p. 344).

> "Roubo duplamente qualificado pelo emprego de arma de fogo e concurso de agentes – Materialidade e autoria comprovadas – Reconhecimento das vítimas – Absolvição – Impossibilidade. Roubo – Qualificadora do concurso de pessoas devidamente comprovadas pelas declarações da vítima – Afastamento – Impossibilidade. Ausência da apreensão da arma – Desnecessidade – Emprego de revólver confirmado pelas vítimas – Suficiência para caracterizar a qualificadora. Pena-base fixada acima do mínimo legal, em face da existência de ato infracional e prejuízo causado às vítimas, posto que as *res* não foram recuperadas – Inadmissibilidade – Pena-base reduzida. Penas – Exclusão de 2/5 em face do reconhecimento das duas qualificadoras (emprego de arma de fogo e concurso de agentes) – Admissibilidade – Redução para 3/8 por melhor atender a temibilidade e reprovação da conduta do réu. Regime prisional inicial fechado que foi bem justificado – Mantido – Apelação

Acesso ao Sumário

do réu parcialmente provida" (TJSP – Apelação Criminal com Revisão 990081154684/Poá – 16ª Câmara de Direito Criminal – julgamento: 03/03/2009 – Data de registro: 03/04/2009 – Relator: Desembargador Pedro Menin).

"Em sede de crime de roubo, a declaração da vítima é prova suficiente ao reconhecimento da qualificadora de emprego de arma, ainda que o instrumento não seja apreendido" (RJTACRIM 43/402).

No caso, o uso da arma de fogo foi da essência da empreitada, pois está claro que graças a isto é que se logrou subjugar a vítima ("*ele falou para mim: 'A senhora não faça nada, senão vou ter que atirar na senhora'. Pôs a arma aqui, embaixo da minha axila*").

A tese de que o delito de roubo e o de extorsão qualificada seriam crime único deve ser afastada, pois o roubo foi previamente consumado e esgotado, tendo, então, os agentes partido para a prática do delito independente de extorsão qualificada.

No caso concreto, os acusados, num dado momento, abordaram a ofendida no estacionamento, dominaram-na e apossaram-se de seu celular e de R$ 275,00 em dinheiro, que estavam dentro da sua agenda. Depois de já terem, como dito, consumado este roubo, resolveram (desígnio autônomo), mantê-la consigo a fim de realizar saques e compras com seu cartão bancário. Note-se que, depois do roubo, houve, inclusive, conversa a respeito do que deveria ser feito posteriormente, sendo que, só então, os réus deliberaram pela prática da extorsão qualificada, sugerida por C. (disse a vítima: "*Ele falou assim: 'nossa, a senhora foi tão bacana com a gente, que eu to arrependido. A senhora quer ficar em algum lugar?' Ela falou: 'não. Vamos sacar'. Quando ela falou, eu olhei para a cara dela, porque ela tava atrás dele, no banco de trás, atrás do banco do motorista. Aí fomos. Eles foram pela Ricardo Jafet, depois do Habib's, no primeiro posto de gasolina, eles deram a volta, parou na rua lateral*").

Então, os réus não apenas exigiram a entrega da senha do cartão bancário, como também mantiveram a vítima privada de sua liberdade enquanto W. efetuava o saque e realizava compras na loja de conveniência.

Acesso ao Sumário

Insofismavelmente demonstrado, portanto, que os delitos resultaram de desígnios autônomos, tornando impossível o reconhecimento da consunção ou absorção, como pretendido pela Defesa.

Em caso semelhante, já decidiu este Tribunal de Justiça Bandeirante:

"*Privação da liberdade da vítima quando já consumado o crime de roubo. Absorção por este. Inadmissibilidade. Desígnios autônomos*" (Ap. nº 295.087-3/SP, 5ª Câmara Criminal, Rel. Des. Celso Limongi, j. 11/05/2000, v.u.).

Na mesma linha o entendimento do C. Superior Tribunal de Justiça:

"*HABEAS CORPUS – FORMAÇÃO DE QUADRILHA ARMADA – ROUBO DUPLAMENTE MAJORADO – EXTORSÃO MEDIANTE SEQÜESTRO – ABSOLVIÇÃO – ESTREITA VIA DO WRIT – ASSOCIAÇÃO PERMANENTE DEVIDAMENTE DEMONSTRADA SENTENÇA – ABSORÇÃO DA EXTORSÃO MEDIANTE SEQÜESTRO PELO ROUBO – IMPOSSIBILIDADE – DESÍGNIOS AUTÔNOMOS*" (STJ, HC nº 72093/DF, Rel. Min. Jane Silva, j. 08/10/2007).

Portanto, no presente caso, está claro que, por já ter o roubo se consumado e esgotado no momento próprio, só depois se deliberando pela prática da extorsão mediante privação da liberdade da ofendida, a autonomia de desígnios é inegável e os delitos estão em concurso material (sem que se possa cogitar de crime único, consunção ou absorção). E este ponto foi, nos mesmos termos, corretamente examinado na sentença (fls. 644/645).

Contudo, num aspecto a r. decisão apelada merece modificação, cabendo, para isto, dar parcial provimento aos recursos.

É que, na condenação dos réus, ficou mantida a majorante do inciso V do art. 157 do Código Penal. Esta majorante, especificamente, deve ser afastada, pois, no que diz respeito ao roubo, é de se entender que os acusados subjugaram a vítima pelo tempo necessário para consumarem a subtração do celular e dos R$ 275,00, sendo que, depois, aplicaram privação da liberdade para o fim de praticar a extorsão qualificada.

Essa privação de liberdade evidentemente não teve como fim garantir ou facilitar a subtração dos bens da bolsa da ofendida, mas, sim, pelo que se extrai do relato do modo de agir dos autores do delito, permitir a utilização do cartão bancário, em outro local ao qual se dirigiram, para saque de valores e realização de compra, com obtenção, para tanto da senha do cartão, que a vítima foi obrigada a fornecer ("*Ele falou: 'anota a senha pra mim num papel e não erra*'").

Saliente-se que, conforme esclareceu a ofendida, esta ficou privada de sua liberdade durante cerca de uma hora, tempo assaz considerável. Portanto, está tipificada a figura do art. 158, § 3º, do Código Penal.

Mas, como explicado, deve ser excluída a majorante prevista no inciso V do art. 157 do mesmo diploma (o que, todavia, não gerará alteração da pena final quanto a este crime, pois, pelas qualificadoras do roubo, o magistrado impôs o aumento mínimo, de um terço, não levando em consideração a existência de mais de uma majorante, sendo que não houve recurso acusatório a respeito).

Por outro lado, já se viu que a prática do crime de associação criminosa **armada** (art. 288, parágrafo único, do Código Penal), atual denominação do delito de quadrilha ou bando armado, também está comprovada.

Registre-se que o crime de associação criminosa (antes denominado

Acesso ao Sumário

quadrilha ou bando) é autônomo, de perigo abstrato, e independe da prática de outros crimes pelos agentes, enquanto o roubo é de perigo concreto, incidindo assim o concurso material entre ambos. Vale frisar, ademais, que tais delitos correspondem a bens jurídicos tutelados diferentes, pois o crime de roubo é contra o patrimônio, enquanto o de associação criminosa (quadrilha ou bando) se dirige contra a paz pública. Portanto, não é possível a absorção do delito de "quadrilha armada" pelo de roubo majorado, como pretendido no apelo defensivo. Muito menos excluir a circunstância majorante prevista no parágrafo único do citado art. 288 pelo fato de também estar presente a indicada no art. 157, § 2º, I, do mesmo Código.

Nesse sentido já se manifestou o Superior Tribunal de Justiça no julgado referido acima, do qual consta o seguinte tópico, que é expresso sobre o assunto:

> "*[...] 2. Evidenciando-se a permanente associação entre o paciente e seus comparsas para, armados, praticarem crimes contra o patrimônio, inviável sua absolvição pelo delito de formação de quadrilha armada*" (STJ, HC nº 72093/DF, Rel. Min. Jane Silva, j. 08/10/2007).

Mas aquela C. Corte Superior foi ainda mais incisiva e contundente no Acórdão sintetizado pela ementa que segue, em que examinada, específica e completamente a questão ora em testilha:

> "*RECURSO ESPECIAL. PENAL. ROUBO QUALIFICADO. QUADRILHA ARMADA. ALEGADA OFENSA AOS ARTS. 157, § 2.º E 288 DO CP. [...] INCIDÊNCIA DAS MAJORANTES. POSSIBILIDADE. BIS IN IDEM NÃO CARACTERIZADO. PRECEDENTES DESTA CORTE E DO STF. RECURSO PROVIDO.*
>
> "*1. É perfeitamente possível a coexistência entre o crime de formação de quadrilha ou bando e o de roubo qualificado pelo uso de arma e pelo concurso de agentes, porquanto os bens jurídicos tutelados são distintos e os crimes, autônomos.*
>
> "*2.* ***Quadrilha armada e roubo com majoração de pena pelo emprego de armas e pela prática em concurso de agentes são crimes compatíveis; ou seja, não ocorre absorção do crime de quadrilha armada com o roubo qualificado, e vice-versa. Portanto, as penas se aplicam cumulativamente****.*
>
> "*3. Recurso provido*" (REsp 1287467/MG, Rel. Min. Laurita Vaz, 5ª Turma, j. 16/02/2012). Grifei.

Feitas estas ponderações, é de se passar ao exame da dosimetria das penas.

Acerca da reprimenda imposta à apelante C., observa-se que as penas-base dos três delitos foram estabelecidas em 1/6 (um sexto) acima do mínimo legal, devido às características da personalidade da acusada e de sua conduta pessoal. Como expressou o Juiz sentenciante, "*.C. é pessoa falsa, dissimulada, e que, aparentemente, vive de forma pacata e honesta na cidade de Curitiba, formando*

Acesso ao Sumário

uma família e sendo mãe exemplar. Contudo, em diversas oportunidades faz sumir essa sua face para incorporar a pessoa de criminosa audaciosa, destemida e violenta, que subjuga suas vítimas com emprego de arma de fogo e violência física" (fls. 645).

Corroborando a personalidade agressiva da acusada, tem-se que esta, a fim de garantir a permanência da vítima no veículo, puxou energicamente seus cabelos (mídia digital juntada às fls. 436). E, mais, vislumbra-se índole indisciplinada e desrespeitadora, inclusive ante o consignado pelo Juízo *a quo*: "*a escolta que fazia a segurança da audiência relatou a este magistrado que a ré causava problemas na carceragem do Fórum Criminal Mário Guimarães, sem obedecer às ordens e se rebelando contra a autoridade policial. Ao final da audiência, se não bastasse, aproveitando-se de oportunidade em que o julgador se retirou rapidamente da sala para ir ao toalete, tentou livrar-se das algemas, causando novos problemas às policiais femininas que eram responsáveis por acompanhá-la*" (fls. 646).

Não é só. Na sentença se ressaltou que a vida dupla que acusada ostenta, "*evidencia seu dolo exacerbado e seu caráter falho, praticando delitos por prazer*". Realmente, está evidenciado que se dedica ao cometimento de crimes de forma elaborada e complexa, demonstrando conduta social das mais perniciosas, o que não pode ser desprezado.

Portanto, as penas-base foram fixadas da seguinte forma: 04 (quatro) anos e oito meses para o crime de roubo; 07 (sete) anos para o crime de extorsão qualificada; e 01 (um) ano e 02 (dois) meses para o crime de associação criminosa ("quadrilha"). Quanto ao roubo e à extorsão, houve, ainda, a aplicação, para cada um, de 11 (onze) dias-multa, no valor unitário mínimo.

Devido à ausência de atenuantes e agravantes reconhecidas, as penas não foram alteradas.

Na terceira fase da dosimetria, poderia, em tese, quanto ao roubo circunstanciado, ter sido aplicado aumento acima do mínimo, dada a presença de mais de uma majorante.

De fato, consoante jurisprudência assente nesta Câmara, "*o índice de aumento, respeitado o intervalo de 1/3 (um terço) à 1/2 (metade), deve levar em consideração o número das qualificadoras, além das peculiaridades do caso concreto que possam demonstrar maior gravidade da conduta praticada. Deve-se aplicar a fração de 1/3 (um terço) quando houver apenas 01 (uma) qualificadora; 3/8 (três oitavos) quando forem 02 (duas); 5/12 (cinco doze avos) se 03 (três); 11/24 (onze vinte e quatro avos) se 04 (quatro) e o máximo, de ½ (metade), fica reservado aos casos em que todas as 05 (cinco) qualificadoras estiverem presentes*" (Apelação nº 0032316-96.2012.8.26.0050, Rel. Des. J. Martins, j. 20/06/2013).

Acesso ao Sumário

No entanto, diante da ausência de recurso da acusação, mantêm-se o aumento de 1/3 (um terço) determinado pelo Juízo sentenciante, que é o mínimo legal, a fim de que não haja *reformatio in pejus*.

Por outro lado, embora tenha sido constatado nesta sede recursal que deve ser afastada, específica e exclusivamente, a majorante prevista no inciso V do parágrafo 2º do art. 157 do Código Penal (conforme *supra* explanado, mantendo-se, apenas, as de seus incisos I e II, porquanto patentes o emprego de arma e o concurso de pessoas), isto não acarreta reflexo na pena do roubo, pois este continua na forma majorada e a elevação da reprimenda se deu na menor fração prevista para tal hipótese.

Assim, torna-se definitiva a pena pelo crime de roubo em 06 (seis) anos, 02 (dois) meses e 20 (vinte) dias de reclusão, além de 14 (quatorze) dias-multa.

Com relação ao delito de associação criminosa armada, incide, como demonstrado, o parágrafo único do artigo 288 do Código Penal. Por isto, o Juízo sentenciante dobrou a pena, que passou a ser de 02 (dois) anos e 04 (quatro) meses de reclusão. Todavia, aqui cabe modificação, pois a Lei nº 12.850/2013 (que, inclusive, alterou a denominação de crime de quadrilha ou bando para associação criminosa), ao dar nova redação ao aludido parágrafo único do art. 288 para diminuir a majoração de pena nele prevista, trouxe inovação *in mellius*, que, por ser favorável aos réus, retroage para beneficiá-los. Destarte, tem-se que o referido aumento sobre a respectiva pena deve se limitar à metade (e não dobrá-la). Frise-se que não é possível, no caso concreto, aumento menor, pois, como visto, se trata de associação criminosa estruturada com requinte, atuante com habitualidade "semanal", de patente periculosidade e vinculada à prática de delitos matizados pelo emprego de arma de fogo, o que reclama tratamento que respeite o princípio da suficiência da pena. Logo, no concernente à associação criminosa armada, a reprimenda fica em 01 (um) ano e 09 (nove) meses de reclusão.

Quanto à extorsão qualificada, mantém-se a sanção em 07 (sete) anos de reclusão e 11 (onze) dias-multa, em virtude de não haver causas de aumento ou de diminuição.

Por fim, tendo em vista o concurso material de crimes, conforme determina o art. 69 do Código Penal, somam-se as penas, alcançando-se 14 (quatorze) anos, 11 (onze) meses e 20 (vinte) dias de reclusão, além do pagamento de 25 (vinte e cinco) dias-multa, no valor unitário mínimo, mesmo resultado encontrado na sentença.

Mister se faz analisar, agora, a penalidade fixada quanto ao apelante W..

As penas-base dos três delitos foram aumentadas no patamar de ¼ (um quarto), em virtude do acusado fazer do crime seu meio de vida, conforme ele mesmo afirmou em seu interrogatório judicial (mídia digital juntada às fls. 436).

Acesso ao Sumário

Note-se que não se trata de mera ilação, mas de declaração direta do acusado.

Conforme assinalado pelo Juízo, ele "*não trabalha, não estuda e se dedica ao cometimento de crimes contra o patrimônio*", fazendo-o, aliás, com frieza e naturalidade, como dimana do relato da ofendida. Ostenta o réu W., portanto, personalidade manifestamente deturpada, que ele cultiva, o que torna cabível intensa reprovação.

A douta Defesa afirma que haveria circunstâncias favoráveis a serem consideradas quanto à sua personalidade, mas não se vislumbra quais. Alega que ele teria dito à vítima que estava arrependido (mas o fato é que não desistiu dos crimes), perguntado se ela queria ser deixada em algum lugar específico e comprado, para ela, uma Coca-Cola (evidentemente, com o dinheiro subtraído da própria ofendida). Contudo, é sobejamente sabido que em abordagens deste tipo, é comum um dos criminosos assumir a postura de pessoa afável, deixando para o outro o papel de mau, a fim de que possam melhor manipular a vítima. E, no caso, a própria ofendida descreveu esta dicotomia de papéis: "*ela era a malzinha da história, ele era o bonzinho*". O que de fato se verifica é que o acusado agiu com manifesta frieza, sendo ele quem portava a arma no início, não hesitando em apontá-la para a vítima, colocá-la em sua axila e ameaçar atirar nela. Teve, pois, postura profissional e ardilosa que se coaduna, aliás, com a condição de mentor e organizador do grupo criminoso que C. lhe atribuiu nas declarações de fls. 20/22, cuja higidez já pôde ser verificada.

Além disso, há no apenso próprio diversas certidões que denotam ser, mesmo, dedicado à criminalidade o acusado (confiram-se as de fls. 47, 50 e 57, que retratam condenações criminais em definitivo). Note-se que, abstraída nesta etapa a condenação considerada para caracterização de reincidência (para ser computada posteriormente, na fase apropriada, com menção à respectiva certidão comprobatória), tem-se que ele, em outros processos, já sofreu, como visto, condenações definitivas na esfera penal, o que demonstra a existência de *maus antecedentes*, que pesa na fase do art. 59 do Código Penal. Descabida a alegação de que condenação ocorrida há mais de cinco anos não pode configurar mau antecedente, pois este prazo depurador (que, aliás, deve ser contado não da condenação, mas da extinção da respectiva pena) serve, exatamente, para estabelecer a distinção entre as condenações que podem acarretar reincidência e as que geram apenas maus antecedentes.

Vislumbra-se, nesse diapasão, conduta social marcadamente perniciosa, com comportamento recalcitrante e desrespeitoso em face da lei e das instituições. Cuida-se, enfim, de conduta social que se mostra nefasta e reprovável, porquanto não tem hesitado em ofender as regras mais básicas de convivência em sociedade.

A somatória dos aspectos considerados torna, destarte, justificado fixar as penas-base do réu em tela em ¼ (um quarto) acima do piso, tal como fez o

Acesso ao Sumário

Juízo *a quo*.

Assim, no tocante ao réu W., as penas-base foram estabelecidas da seguinte forma: 05 (cinco) anos de reclusão e 12 (doze) dias-multa, pelo crime de roubo; 07 (sete) anos e 06 (seis) meses de reclusão e 12 (doze) dias-multa, pelo crime de extorsão qualificada; e 01 (um) ano e 03 (três) meses de reclusão, pelo de associação criminosa ("quadrilha").

Em razão da agravante da reincidência, comprovada por certidão juntada aos autos em apenso (fls. 63/64), todas as penas foram majoradas em 1/6 (um sexto). Resultaram, assim, em: 05 (cinco) anos e 10 (dez) meses de reclusão e 14 (quatorze) dias-multa, pelo crime de roubo; 08 (oito) anos e 09 (nove) meses de reclusão e 14 (quatorze) dias-multa, pelo crime de extorsão qualificada; e 01 (um) ano, 05 (cinco) meses e 15 (quinze) dias de reclusão, pela associação criminosa.

Na terceira fase, como *supra* mencionado, manter-se-á o aumento de 1/3 em relação às majorantes do delito de roubo, em conformidade com a vedação da *reformatio in pejus*. E, embora excluída agora uma destas majorantes (a do inciso V), não haverá influência na sanção, pois a majoração já foi a menor possível e continua necessária ante a presença das demais qualificadoras mencionadas. Deste modo, quanto ao roubo, a sanção fica em 07 (sete) anos, 09 (nove) meses e 10 (dez) dias de reclusão e 18 dias-multa.

Quanto à associação criminosa armada, o MM. Juiz aplicou o dobro da pena imposta, invocando o parágrafo único do art. 288 do Código Penal. Desta forma, alcançou um montante respectivo de 02 (dois) anos e 11 (onze) meses. Contudo, como já visto, aqui se impõe modificação, pois a Lei nº 12.850/2013, ao atribuir nova redação ao citado parágrafo único do art. 288 a fim de reduzir a elevação de pena nele estabelecida, representou *novatio in mellius*, que, por favorecer os acusados, há de retroagir para beneficiá-los. Portanto, o aumento sobre a respectiva pena deve se limitar à metade (e não dobrá-la). Já se destacou que não é possível, no caso concreto, aumento menor, valendo reiterar que se trata de associação criminosa estruturada com requinte, atuante com habitualidade "semanal", de patente periculosidade e vinculada à prática de delitos matizados pelo emprego de arma de fogo, o que reclama tratamento que respeite o princípio da suficiência da pena. Logo, no concernente à associação criminosa armada, a reprimenda do réu ora em foco fica em 02 (dois) anos, 02 (dois) meses e 07 (sete) dias.

Acesso ao Sumário

Por seu turno, a reprimenda de 08 (oito) anos e 09 (nove) meses de reclusão e 14 (quatorze) dias-multa, pelo crime de extorsão qualificada, não se altera na terceira fase da dosagem.

Somadas as penas por existir concurso material (Código Penal, art. 69), tem-se, para W., o total de 18 (dezoito) anos, 08 (oito) meses e 17 (dezessete)

dias de reclusão, além de 32 (trinta e dois) dias-multa.

Corretamente fixado, outrossim, o regime prisional inicial fechado para ambos os apelantes.

Os respectivos montantes de suas penas totais de reclusão já conduzem a isso (art. 33, § 2º, *a*, do Código Penal).

Ademais, não se mostra adequado, *in casu*, regime mais brando, afigurando-se oportuno citar, a respeito, *mutatis mutandis*, o entendimento desta Corte acerca de hipóteses quejandas, bem representado pelo Acórdão proferido na Apelação nº 0032241-21.2010.8.26.0602, que teve como relator o E. Des. Poças Leitão: "*Trata-se de crimes graves que, cada vez mais e de forma incessante, vêm trazendo desassossego à sociedade em geral, desvelando, ademais, a periculosidade de seus agentes. Estes merecem, portanto, receber uma resposta enérgica do Poder Judiciário. É o que espera e vem pedindo a sociedade. O estabelecimento de regime prisional diverso para tais casos certamente revelar-se-ia medida insuficiente para a reprovação e prevenção de tal espécie delituosa, ainda mais em face da concreta e evidente maior periculosidade dos agentes e de seu manifesto desajuste para a vida em sociedade, tanto que cometeram os crimes de modo duplamente agravado*".

E a análise individualizada das peculiaridades do caso e da conduta dos réus, como acima explanado, deveras corrobora o entendimento de que, realmente, o regime prisional inicial deve ser o fechado, para que a penalidade tenha contornos de *suficiência* em face da situação concreta. Lembre-se foi demonstrada na fase do art. 59 do Código Penal a existência de circunstâncias judiciais desfavoráveis e que o poder ofensivo dos delitos foi adrede potencializado, pois, a par do uso de arma de fogo a fim de garantir o sucesso, houve concurso de pessoas e, ainda, para a extorsão, a restrição da liberdade da vítima. Além disso, tem-se que os apelantes são integrantes de associação criminosa, com a finalidade de praticarem crimes graves, como os presentes.

Diante do exposto, **dou parcial provimento aos recursos de ambos os réus**, tão somente para: ***a)*** excluir a majorante prevista no inciso V do parágrafo 2º do art. 157 do Código Penal, o que, porém, conforme já explicado, não implica nenhuma alteração nas penas estabelecidas quanto ao roubo majorado na decisão recorrida; ***b)*** por força da nova redação do parágrafo único do art. 288 do Código Penal (dada pela Lei nº 12.850/2013), mais favorável aos acusados, diminuir as respectivas sanções, nos termos do acima explanado; ***c)*** fixar, *ipso facto*, ante a soma das reprimendas correspondentes aos crimes praticados, a pena total final da ré **C.G.V.** (incursa no art. 157, § 2º, I e II, no art. 158, § 3º, e no art. 288, parágrafo único, todos do Código Penal, em concurso material) em 14 (quatorze) anos, 11 (onze) meses e 20 (vinte) dias de reclusão, em regime inicial fechado, além do pagamento de 25 (vinte e cinco) dias-multa, no valor

Acesso ao Sumário

unitário mínimo; e a pena total final do réu **W.O.G.** (incurso no art. 157, § 2º, I e II, no art. 158, § 3º, e no art. 288, parágrafo único, todos do Código Penal, em concurso material) em 18 (dezoito) anos, 08 (oito) meses e 17 (dezessete) dias de reclusão, em regime inicial fechado, além de 32 (trinta e dois) dias-multa, no valor unitário mínimo. No mais, a r. sentença fica integralmente mantida.

Correições Parciais

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Correição Parcial nº 9000003-65.2009.8.26.0459, da Comarca de Pitangueiras, em que é corrigente MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO, é corrigido JUÍZO DA COMARCA, Réus ADEMIR DOS ANJOS e JOÃO DOS ANJOS.

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 23602)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores OTÁVIO DE ALMEIDA TOLEDO (Presidente) e GUILHERME DE SOUZA NUCCI.

São Paulo, 25 de novembro de 2014.

NEWTON NEVES, Relator

Ementa: CORREIÇÃO PARCIAL – Recurso ministerial contra indeferimento de pedido de diligências na fase do art. 402, do CPP, ao cabo do sumário da culpa – Inconformismo que se volta contra o mérito do indeferimento, sob alegação de imprescindibilidade das diligências – Indeferimento devidamente fundamentado – Ausência de erro ou abuso por ato do Juízo a causar inversão tumultuária no processo – Recurso não provido.

Acesso ao Sumário

VOTO

Trata-se de correição parcial interposta contra ato do MM. Juiz de Direito

da Vara Única do Foro de Pitangueiras, proferido no processo n.º 0002411-85.2009 (procedimento relativo aos processos da competência do Tribunal do Júri).

Volta-se o Ministério Público contra decisão do Juízo que, na fase do art. 402, do CPP, indeferiu pedido de que fosse oficiado à Delegacia de Polícia para diligenciar acerca de endereço e qualificação de testemunha referida em depoimento prestado na audiência de instrução e julgamento, indicada a testemunha como "Adriano", então marido da testemunha Jaqueline, bem como que fosse juntado aos autos boletim de ocorrência registrado pela testemunha Luciana contra o acusado João dos Anjos, conforme mencionado por Luciana quando ouvida em Juízo.

Aduz o recorrente que o depoimento de referida testemunha é imprescindível porque Adriano presenciou os fatos, em busca da verdade real.

Expõe que a testemunha não havia sido localizada sequer na fase policial, embora importante a oitiva para o deslinde da questão submetida a julgamento, caracterizado o cerceamento à atividade acusatória.

Pede o provimento do recurso para que sejam deferidas as diligências solicitadas.

Processado e respondido o recurso, foi mantida a decisão.

Atribuída a competência desta C. 16ª Câmara de Direito Criminal por prevenção, determinado o processamento do recurso, sem efeito suspensivo (fls. 321/322).

As informações foram prestadas (fls. 327/328).

A d. Procuradoria Geral de Justiça propôs o provimento do recurso (fls. 330/333).

É o relatório.

O recurso não comporta provimento.

Anota-se, por primeiro, que a correição parcial[1] é medida destinada a combater despacho judicial que inverta tumultuariamente o processo, implicando erro ou abuso na ordem dos atos processuais. Contra as decisões lançadas, e que contém necessariamente a convicção do magistrado, são previstos os demais recursos especificados na lei processual.

Assim, e de interesse a apreciação da correição, necessário a análise dos atos imputados como tumultuários que ficou resumido, como se vê das razões apresentadas, no indeferimento de requerimento de diligências para buscar identificação e localização para oitiva de testemunha indicada como Adriano e juntada de boletim de ocorrência registrado pela testemunha Luciana contra o

1 Regimento Interno do E. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo: "Art. 211. Cabe correição parcial, no processo penal, para a emenda de erro ou abuso que importe inversão tumultuária dos atos e fórmulas processuais, quando não previsto recurso específico".

Acesso ao Sumário

acusado João dos Anjos.

E das razões apresentadas não se vislumbra demonstração de ato do Juízo que tenha causado tumulto, indevida inversão no rito processual do sumário da culpa.

Ao cabo da audiência de instrução e julgamento, o Promotor de Justiça requereu que "*se oficiasse a delegacia de polícia para diligenciar acerca do endereço e qualificação da testemunha referida em depoimentos prestados na audiência de hoje, indicada como Adriano, então marido da testemunha de defesa Jaqueline, bem como que fosse juntado aos autos do boletim de ocorrência registrado pela testemunha Luciana contra o acusado João dos Anjos, conforme referido no depoimento de Luciana, prestado nesta data*" (fls. 274).

O d. Juízo então indeferiu o pedido, "*visto que tais diligências não trarão aos autos, em tese, nenhum fato que possa intervir no julgamento de mérito do presente caso*" (fls. 281).

A irresignação centra-se, como se vê das combativas razões recursais, no indeferimento das diligências requeridas para identificação, localização e oitiva de testemunha e juntada de documento.

E ainda que superado o fato de que a decisão atacada não tivesse representado erro ou abuso na regência do processo, a inverter tumultuariamente o curso processual, vê-se que o indeferimento se deu de modo fundamentado, reputado pelo d. magistrado que "*tais diligências não trarão aos autos, em tese, nenhum fato que possa intervir no julgamento de mérito do presente caso*".

Confira-se: "*Ao magistrado é facultado o indeferimento, de forma fundamentada, do requerimento de produção de provas que julgar protelatórias, irrelevantes ou impertinentes, devendo a sua imprescindibilidade ser devidamente justificada pela parte. Doutrina. Precedentes do STJ e do STF*" (STJ, RHC 42484/RJ, 5ª Turma, Rel. Min. Jorge Mussi, j. 21/08/2014).

Enfim, e sob o aspecto do instrumento recursal manejado, a decisão foi proferida nos termos do trilho processual próprio do rito especial, não havendo que se reconhecer erro ou abuso a conturbar o correto desenrolar do procedimento.

Note-se que, conforme se apurou mediante consulta feita em 23/10/2014 junto ao Ofício de origem, findo o sumário da culpa e apresentadas alegações finais, sobreveio decisão de pronúncia, admitindo-se a submissão dos réus como incursos no art. 121, § 2º, incisos II e IV, c.c. art. 29, ambos do CP, a julgamento perante o Conselho de Sentença.

E acaso preclusa a decisão de pronúncia poderá a Promotoria de Justiça, respeitada a perícia técnica e a convicção do d. representante do Ministério Público, juntar documentos e requerer diligências, nos termos do art. 422, do

Acesso ao Sumário

CPP[2].

Assim sendo, não se vê ato ou inversão tumultuária na decisão do magistrado ou "*error in procedendo*", a justificar a interposição da correição.

Daí porque, e de forma conclusiva, nega-se provimento.

Habeas Corpus

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de *Habeas Corpus* nº 0068570-53.2014.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é paciente L.C.J. e impetrante M.E.F.S..

ACORDAM, em 4ª 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 16930)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores EUVALDO CHAIB (Presidente) e LUIS SOARES DE MELLO.

São Paulo, 25 de novembro de 2014.

EDISON BRANDÃO, Relator

Ementa: *HABEAS CORPUS* – Reabertura do Inquérito Policial, ante manifestação do Ministério Público – Ausência de provas novas a ensejar o desarquivamento – Constrangimento não verificado – Medida excepcional somente cabível havendo atipicidade do fato ou patente ilegalidade – Incabível o exame de provas em sede de *habeas corpus* – Ordem denegada.

2 "Art. 422. Ao receber os autos, o presidente do Tribunal do Júri determinará a intimação do órgão do Ministério Público ou do querelante, no caso de queixa, e do defensor, para, no prazo de 5 (cinco) dias, apresentarem rol de testemunhas que irão depor em plenário, até o máximo de 5 (cinco), oportunidade em que poderão juntar documentos e requerer diligência."

Acesso ao Sumário

VOTO

Cuida-se de *Habeas Corpus* com pedido liminar impetrado em favor do paciente L.C.J., alegando, em síntese, que o paciente estaria sofrendo constrangimento ilegal por parte do MM. Juízo de Direito da 1ª Vara Criminal da Comarca de Santana/SP, que determinou o desarquivamento e diligência em Inquérito Policial já arquivado por sentença penal transitada em julgado.

Esclarece que, por sentença transitada em julgado, foi determinado o arquivamento do Inquérito Policial instaurado em face do paciente, sendo então interposto pela ofendida Recurso em Sentido Estrito, pleiteando o desarquivamento de referido Inquérito. Sustenta, inicialmente, que o recurso é intempestivo e que sequer seria cabível contra decisão de arquivamento de Inquérito Policial, ante o rol taxativo contido no art. 581, do CPP. Afirma, ainda, que o despacho proferido pelo Juízo *a quo* (não recebendo o recurso, mas determinando o desarquivamento do IP) é contrário ao Direito, pois acolhe de forma indireta o pleito contido no RESE. Por fim, aduz que sequer foram trazidas novas provas a justificar a reabertura do Inquérito, acenando, ainda, que antes de decidir pelo recebimento do recurso, o Magistrado abriu vista para manifestação do Ministério Público, procedimento que foge àqueles previstos na legislação processual penal. Busca a imediata suspensão das diligências determinadas pela autoridade tida por coatora. No mérito, requer a concessão definitiva da ordem, a fim de que sejam arquivados os autos do IP nº 1610/13, em trâmite perante o 73º Distrito Policial da Capital (fls. 02/19).

A liminar foi indeferida às fls. 11/12.

Prestadas as informações pela Autoridade apontada como coatora (fls. 16), a Douta Procuradoria Geral de Justiça manifestou-se pela denegação da ordem (fls. 21/24).

Relatei.

A ordem é de ser denegada.

Acesso ao Sumário

A Defesa sustenta que o paciente foi investigado, em inquérito policial, por delitos apontados por sua ex-esposa E., sendo posteriormente arquivado. Irresignada, visando o desarquivamento do referido inquérito, interpôs E. recurso em sentido estrito, declarado intempestivo e incabível pelo d. Juízo *a quo*. No entanto, a autoridade tida como coatora determinou a manifestação do Ministério Público e ordenou o desarquivamento do inquérito, com cumprimento das diligências requeridas pelo *parquet*.

Alega ser tal decisão ilegal, por violar coisa julgada. Pleiteou, desta feita, a concessão da ordem para suspender as diligências requeridas e ordenar o arquivamento do indigitado inquérito.

Entretanto, como observado das informações prestadas, o arquivamento

dos autos foi determinado em relação aos crimes contra a honra, pela decadência do direito de queixa (fls. 136).

Interposto recurso em sentido estrito (fls. 141/146-apenso), não foi este recebido (fls. 151-ap.). Porém, o d. representante do Ministério Público, atentando-se ao fato de que o referido Inquérito Policial foi instaurado para apurar a suposta prática dos delitos previstos nos artigos 175, 177, 330, 333 e 344, todos do Código Penal, solicitou diligências para apuração de eventual fraude na gestão da empresa dos envolvidos (cópia de laudo pericial judicial contábil) e o retorno dos autos à Polícia Civil para oitiva de fiscais arrolados, para apuração de possível crime de corrupção ativa.

Busca a defesa a suspensão de tais diligências, arquivando-se o referido inquérito.

Sem razão, entretanto.

Compulsando os autos, vislumbro que foi determinado o arquivamento em relação a crimes específicos (fls. 136-ap.), e não aqueles ventilados na manifestação ministerial, fatos estes até então não apurados – tanto que necessária a juntada de novos documentos e a coleta de novos depoimentos.

Assim, não há que se falar em constrangimento ilegal.

A mera apuração de um ilícito penal não constitui constrangimento ilegal, não sendo passível, assim, de trancamento, exceto em casos excepcionais, em que se possa verificar, de plano, manifesta atipicidade, inexistência de autoria ou extinção de punibilidade.

Nesse sentido, confira-se:

"*HABEAS CORPUS*. TRANCAMENTO DE INQUÉRITO POLICIAL. INCABIMENTO DO EXAME APROFUNDADO DE PROVAS. MERA PEÇA INVESTIGATÓRIA. 1 – O trancamento de inquérito policial por falta de justa causa, pela via estreita do *habeas corpus*, somente tem espaço em casos excepcionais, ou seja, quando se constata, de plano, a atipicidade da conduta ou diante da inexistência do mínimo elemento indiciário demonstrativo da autoria do delito pelo(s) paciente(s). 2 – A existência de indícios do cometimento de crime mostra-se suficiente para a instauração de inquérito policial visando as devidas investigações, bem como a realização de eventuais medidas necessárias ao esclarecimento dos fatos pertinentes. (...) 5 – Ordem de *habeas corpus* denegada." (TRF – 4ª Região – HC nº 2004.04.01.033856-6/SC, 8ª Turma, Rel. Luiz Fernando Wowk Penteado – j. 15/09/2004).

"O trancamento de inquérito, conquanto possível, cabe apenas nas hipóteses excepcionais em que, *prima facie*, mostra-se evidente, *v.g.*, a atipicidade do fato ou a inexistência de autoria por parte do indiciado, não sendo cabível quando há apuração plausível de conduta que, em tese, constitui prática de crime. A alegação de ausência de dolo do indiciado,

Acesso ao Sumário

no caso, não cabe se examinada em sede de *habeas corpus*, em face da vedação ao minucioso exame das provas colhidas no processo" (RHC nº 12.468/MG – Rel. Min. Felix Fischer).

"Se o procedimento é baseado em elementos informativos que demonstram a prática, em tese, de fato típico e indicam a autoria, torna-se incabível o trancamento do inquérito policial via *habeas corpus*. Alegações no sentido de ausência do elemento subjetivo não podem ser examinadas na via estreita do writ, por exigirem impróprio exame do conjunto fático-probatório" (HC nº 8892/SP – Rel. Min. Gilson Dipp).

A única forma possível de prosperar o remédio heroico seria uma verificação cabal da ausência de *fumus boni iuris*, que não vem demonstrado, levando-se em conta que neste momento que não é possível um exame de mérito profundo.

Pretende-se na verdade ultrapassar os extremos limites do *habeas corpus* para exame de profundo mérito, tese esta não acolhida pela legislação vigente.

Veja-se:

"Exame de provas em *habeas corpus* é cabível desde que simples, não contraditória e que não deixe alternativa à convicção do julgador" (STF; HC Rel. Min. Clóvis Ramalhete; DJU 18.9.81, p. 9.157).

Do sucinto exame, como esta sede requer, o arquivamento dos autos só seria cabível se demonstrada a atipicidade da conduta, extinção da punibilidade, ou manifesta ausência de provas da existência do crime e de indícios de autoria, o que não é o caso dos autos.

Posto isto, **DENEGO** a presente ordem.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de *Habeas Corpus* nº 2140824-87.2014.8.26.0000, da Comarca de Várzea Paulista, em que é paciente PEDRO ANTÔNIO DA SILVA, impetrantes MARCELO AUGUSTO CUSTÓDIO ERBELLA e GLAUCO DE MELO MACEDO.

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 11969)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores ROBERTO MORTARI (Presidente sem voto), AMARO THOMÉ e FERNANDO SIMÃO.

São Paulo, 27 de novembro de 2014.

CAMILO LÉLLIS, Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: *HABEAS CORPUS* – Homicídio Qualificado – Pleito de reconhecimento de nulidade processual – Inocorrência – Fato ocorrido antes da entrada em vigor da Lei nº 9.271/96 que prevê a suspensão do processo e da prescrição – Revogação da prisão cautelar – Impossibilidade – Presença inequívoca dos requisitos autorizadores da segregação cautelar – Indícios de autoria e materialidade – Necessidade de garantir a ordem pública e assegurar a aplicação da lei penal – Cautelares diversas da prisão não recomendáveis ao caso concreto – Predicados pessoais favoráveis insuficientes por si só para afastar a necessidade da custódia, quando presentes, como na hipótese, seus requisitos e fundamentos – Ordem denegada.

VOTO

Vistos.

Trata-se de *habeas corpus* com pedido de liminar impetrado pelos advogados **Marcelo Augusto Custódio Erbella, Claudio José Langroiva Pereira** e **Glauco de Melo Macedo** em favor de **Pedro Antônio da Silva**, pronunciado pelo delito de homicídio simples, apontando como autoridade coatora o **MM. Juiz de Direito da 2ª Vara Judicial da Comarca de Várzea Paulista**, pleiteando a declaração de nulidade do processo. Subsidiariamente, a revogação da prisão preventiva ou a substituição por medida cautelar alternativa ao cárcere.

Sustenta o impetrante, em síntese, que o paciente foi denunciado como incurso no art. 121, *caput*, do Código Penal, tendo a denúncia sido recebida em 22.10.1996. Como restaram infrutíferas as tentativas de citação do paciente, foi decretada a revelia e, por consequência, a prisão preventiva, determinando a autoridade impetrada a suspensão do prazo prescricional em 12.05.2005.

Ocorre que, em 18.05.2005, atendendo ao pedido do Ministério Público, a autoridade apontada como coatora reconsiderou a decisão e retomou o feito, sob o argumento de que os fatos são anteriores à entrada em vigor da Lei nº 9.271/96, que deu nova redação ao art. 366 do Código de Processo Penal.

Em 26.09.2007, o paciente foi pronunciado, ocasião em que foi revogada a prisão preventiva. Interposto recurso em sentido estrito pela defesa, o *Parquet* pleiteou a decretação da custódia cautelar. A manifestação foi acolhida, e o mandado de prisão restou cumprido no município de São Bento do Una/PE.

Diante disto, aduz o impetrante que o processo é nulo, pois tanto o

Acesso ao Sumário

recebimento da denúncia quanto a sentença de pronúncia ocorreram durante a vigência da Lei nº 9.271/96, a qual alterou o art. 366 do Código de Processo Penal, de maneira que o processo e a prescrição deveriam permanecer suspensos.

Alega, ademais, ter ocorrido a preclusão da decisão que determinou a suspensão do processo, visto que não foi objeto de impugnação pelo Ministério Público nos 08 anos que se seguiram (de 1997 a 2005). Assim, inexistindo a citação pessoal do paciente, o processo não poderia ter sido retomado, sob pena de ferir a segurança jurídica. Aponta a ocorrência de efetivo prejuízo, na medida em que não foi apresentada defesa prévia diante da "ausência de argumentos que beneficiassem o agora paciente" (fls. 09).

Aduz, ainda, que a decisão que decretou a prisão preventiva não foi concretamente fundamentada, lastreando-se somente em presunções, já que inexistentes os requisitos previstos no art. 312 do Código de Processo Penal. Ressalta que, após os fatos, o paciente permaneceu durante 06 anos na residência de sua irmã e somente mudou de endereço, porque teve que cuidar de seus pais em Pernambuco em razão do precário estado de saúde deles. Não houve, portanto, intenção de se furtar à aplicação da lei.

Indeferida a liminar (fls. 413/416), foram prestadas as informações de estilo (fls. 419/421), seguidas das principais cópias dos autos (fls. 422/454). Remetidos os autos à d. Procuradoria de Justiça, esta se manifestou pela denegação da ordem (fls. 456/462).

É o relatório.

Não há que ser reconhecida a alegada nulidade do processo por não ter sido aplicado o art. 366 do Código de Processo Penal, em sua redação atual dada pela Lei nº 9.271/96.

Isto porque na decisão de fls. 446 o juiz fundamentadamente reconsiderou sua decisão e afastou a aplicação do art. 366, em sua redação atual, em razão do fato ter ocorrido antes da vigência da Lei nº 9.271/96.

Ora, o fato imputado ao paciente ocorreu em 04/03/1996 e a Lei nº 9.271, que alterou a redação do art. 366 do Código de Processo Penal, só entrou em vigor em 17/06/1996. Assim, o fato praticado é anterior à lei e esta não pode retroagir, pois se trata de norma mista, de natureza processual, em relação à suspensão do processo, e penal, em relação à suspensão da prescrição.

Neste sentido:

"*HABEAS CORPUS. ARTS. 168 E 171 DO CPB. PENA: 3 ANOS E 6 MESES DE RECLUSÃO, SUBSTITUÍDA POR RESTRITIVA DE DIREITOS. FATO OCORRIDO EM 10.03.1996. IMPOSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO RETROATIVA DO ART. 366 DO CPP, COM A REDAÇÃO DADA PELA LEI 9.271, DE 17.04.1996. PARECER DO MPF PELA DENEGAÇÃO DO WRIT. ORDEM DENEGADA.*

Acesso ao Sumário

1. O paciente foi citado por edital e condenado à revelia. Sustenta-se que lhe é mais favorável a aplicação retroativa do art. 366 do CPP, com a redação dada pela Lei 9.271, de 17.04.1996, o qual determina a suspensão do processo. O fato ocorreu em 10.03.1996.

2. É impossível a combinação de leis sucessivas, resultando na criação de lex tertia não prevista pelo legislador, devendo ser analisada as condições específicas de cada norma, permitindo-se ao réu beneficiar-se daquela disposição que mais lhe favoreça, seja a novel legislação seja aquela já revogada.

3. O art. 366 do CPP, com a redação dada pela Lei 9.271/96, contém regra de direito processual (suspensão do processo) e de direito material (suspensão da prescrição), sendo esta última prejudicial ao paciente. Portanto, não há falar em retroatividade desse dispositivo.

4. Ordem denegada, em consonância com o parecer do MPF". (HC 124.782/ES, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, QUINTA TURMA, julgado em 17/05/2011, DJe 16/06/2011).

Destarte, não há a aventada nulidade processual.

No mais, a ordem também deve ser denegada quanto ao pedido de revogação da prisão preventiva ou substituição por medida cautelar diversa.

O paciente foi denunciado porque, em tese, no dia 04 de março de 1996, mediante disparos de arma de fogo, com *animus necandi*, fez em José Pereira de Luna ferimentos que culminaram em sua morte.

Pois bem.

Tanto a decisão que decretou a prisão preventiva quanto a que indeferiu sua revogação (fls. 448) foram suficientemente fundamentadas. Pautou-se a magistrada nos indícios de materialidade e de autoria, bem como na necessidade da prisão para assegurar a ordem pública, evitando-se a reiteração criminosa, e a aplicação da lei penal, eis que o paciente sequer foi intimado da decisão da pronúncia (fls. 422/423).

Agiu, assim, com acerto.

Nota-se, assim, que, malgrado sua brevidade, a decisão foi suficientemente fundamentada, valendo destacar que não se exige que decisão dessa natureza seja fundamentada de forma vasta, bastando que, sucintamente, esclareça a conveniência de sua mantença.

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).

De fato, a prisão preventiva é a medida mais adequada ao caso, e encontram-se presentes os requisitos previstos no art. 312 do Código de Processo

Acesso ao Sumário

Penal, bem como indícios suficientes de autoria e de materialidade.

É necessária a manutenção do decreto prisional cautelar para a conveniência da instrução criminal e aplicação da lei penal, bem como para o resguardo da ordem pública, visto a periculosidade do agente, evitando-se, assim, a reiteração criminosa.

Acrescente-se que, conforme as informações prestadas, após ser pronunciado e ter sido oportunizado o recurso em liberdade, não foi possível sequer intimar o acusado da decisão, por estar em local incerto e não sabido. Frise-se que embora tenha nesta ação constitucional alegado que somente se mudou para Pernambuco para cuidar dos pais, nada comprovou nesse sentido, nem comunicou o juízo, o que motivou a decretação da prisão preventiva.

Por esta razão, é imperiosa a manutenção da decretação de sua prisão preventiva para assegurar a aplicação da lei penal, bem como para permitir o regular andamento do processo e a responsabilização do paciente pelo crime em tese praticado.

Ademais, trata-se de crime grave, pois atingiu severamente a tranquilidade social, fazendo-se necessária a custódia cautelar decretada.

Logo, devendo a ordem pública ser preservada e para assegurar a aplicação da lei penal, se há elementos para a manutenção da custódia cautelar, não há que se falar em sua revogação ou aplicação de quaisquer outras medidas cautelares menos gravosas, as quais não se mostram suficientes ao caso ora em exame.

Ressalte-se, ainda, que eventuais condições pessoais favoráveis do paciente, por si só, não têm o condão de afastar a necessidade da manutenção da segregação, quando presentes os requisitos legais e as hipóteses ensejadoras da medida.

Nesse sentido:

"*A circunstância de o paciente ser primário, ter bons antecedentes, trabalho e residência fixa, à evidência, não se mostra obstáculo ao decreto de prisão preventiva, desde que presentes os pressupostos e condições previstas no art. 312 do CPP.*" (Rel. Min. Gilmar Mendes, HC 83.148/SP, 2ª Turma, DJ 02.09.2005).

Assim, não se vislumbra qualquer ilegalidade na manutenção da prisão do paciente que justifique a concessão do remédio heroico.

Ante o exposto, pelo meu voto, **denego a ordem** de *habeas corpus.*

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de *Habeas Corpus* nº 2166974-

08.2014.8.26.0000, da Comarca de São Bernardo do Campo, em que é paciente WANDER MESSIAS PEREIRA e impetrante JASSON ESTEVAM DE MORAES FILHO.

ACORDAM, em 12ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "por votação unânime, concederam a ordem para anular o processo, a partir da audiência, realizada em 20 de fevereiro de 2014, devendo a prova testemunhal ser produzida com a presença do paciente e defensor.", de conformidade com o voto da Relatora, que integra este acórdão. **(Voto nº 26.695)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores PAULO ROSSI (Presidente sem voto), AMABLE LOPEZ SOTO e VICO MAÑAS.

São Paulo, 26 de novembro de 2014.

ANGÉLICA DE ALMEIDA, Relatora

Ementa: *Habeas Corpus*. Nulidade processual. Intimação sem tempo hábil. Cerceamento de defesa. Prisão cautelar injustificada. Revogação. – Liminar deferida para assegurar a liberdade ao paciente, até o julgamento do *writ*. A intimação do paciente para comparecer em audiência, efetivada em comarca diversa, no mesmo dia em que o ato foi realizado, o impediu de participar da produção da prova em juízo, em violação aos princípios constitucionais da ampla defesa e do contraditório. Nulidade absoluta configurada. Ordem concedida para anular o processo, a partir da audiência, devendo a prova testemunhal ser produzida com a presença do paciente e defensor.

VOTO

O ilustre advogado Jasson Estevam de Moraes Filho, com pedido de liminar, apontando como autoridade coatora o(a) MM(ª) Juiz(a) da 5ª Vara Criminal da Comarca de São Bernardo do Campo, impetra o presente *habeas corpus*, em favor de *Wander Messias Pereira*, visando seja decretada a nulidade do processo, a partir da intimação do paciente, para comparecimento à audiência de instrução, e a revogação da prisão preventiva. Aduz que o paciente respondeu ao processo em liberdade e, em razão de ter sido intimado para audiência sem tempo hábil, no mesmo dia em que realizada, não compareceu ao ato. Sustenta a ocorrência de nulidade absoluta, diante do cerceamento de defesa. Alega que, primário, com família constituída e residência certa, ausente ao ato processual somente em virtude da intimação sem tempo hábil, não se justifica a decretação

Acesso ao Sumário

da prisão cautelar (fls. 1/14). Acompanham os documentos de fls. 15/206.

Concedida a liminar, a autoridade judicial impetrada prestou informações (fls. 214/215).

A d. Procuradoria Geral de Justiça opina pela concessão parcial da ordem, para revogar a prisão preventiva (fls. 217/221).

É o relatório.

O paciente *Wander Messias Pereira* foi denunciado, como incurso nos artigos 157, § 2º, II, e 311, *caput*, ambos do Código Penal, porquanto, em 2 de fevereiro de 2011, por volta das 11h, em São Bernardo do Campo – SP, juntamente com pessoa não identificada, teria subtraído, mediante grave ameaça exercida com emprego de arma de fogo, não apreendida, a motocicleta "Honda – NX-4 Falcon", placa GYU-0198, de propriedade de Mario Adriano Campanari, e adulterado sinal identificador desse veículo, consistente na modificação da placa original para a placa HRX-9680.

Em 5 de maio de 2014, foi proferida sentença condenatória, que, por infringência ao artigo 157, § 2º, II, do Código Penal, condenou o paciente à pena de cinco anos e quatro meses de reclusão, e treze dias-multa, e, por infringência ao artigo 311, *caput*, do Código Penal, à pena de três anos de reclusão, e dez dias-multa, ambas em regime inicial fechado. Negado o direito de apelar em liberdade e determinada a expedição de mandado de prisão.

No dia 1 de outubro de 2014, decisão liminar exarada por esta relatora, em caráter cautelar, assegurou o direito de aguardar o julgamento do apelo em liberdade. Decisão consignada nos seguintes termos:

"*O paciente, como incurso no artigo 157, § 2º, II, e 311, caput, ambos do Código Penal, foi condenado a oito anos e quatro meses de reclusão, em regime inicial fechado, e vinte e três dias-multa, e absolvido, com relação ao delito previsto no artigo 309, da Lei 9.503/97. Foi vedado ao paciente o apelo em liberdade.*

A vedação ao apelo em liberdade está fundamentada na ausência à audiência e na própria condenação. A documentação, que instrui o pedido, evidencia que o paciente foi intimado, através de carta precatória, para comparecer ao ato, no mesmo dia, em que seria realizado, em comarca diversa. Não há notícia de que tenha deixado de comparecer a qualquer outro chamamento judicial ou de que tenha dado ensejo à decretação da prisão, no curso do processo.

Em suma, o paciente permaneceu em liberdade durante a instrução, sem dar causa à decretação da prisão, a não ser pela ausência a ato em que intimado tardiamente.

A custódia que antecede a condenação definitiva guarda natureza cautelar. Se não foi necessária a prisão do paciente durante a instrução criminal, apenas fato novo poderia justificar a proibição ao apelo em liberdade,

Acesso ao Sumário

hipótese não revelada no caso presente, eis que as condições em que ocorrida a intimação devem ser levadas em conta.

Assim sendo, concede-se liminarmente ao paciente o direito de permanecer em liberdade até o julgamento do presente writ. Expeça-se alvará de soltura clausulado em favor de Wander Messias Pereira."

A ordem comporta concessão, eis que configurado, de forma patente, o constrangimento ilegal representado pelo cerceamento de defesa.

Conforme consignado na decisão que concedeu a liminar, o paciente foi intimado, para comparecer à audiência, através de carta precatória, no mesmo dia em que o ato foi realizado. Patente, pois, a dificuldade de comparecimento em juízo, tanto que ausente à audiência, do que decorreu a decretação da revelia e a produção da prova, sem sua presença.

Dessa forma, o paciente viu-se impedido de participar da produção da prova em juízo, em violação aos princípios constitucionais da ampla defesa e do contraditório, sem contar o direito à prova, compreendidos no *devido processo legal*, sem o qual o provimento judicial não se legitima.

A ciência prévia da acusação e da realização de atos processuais garante ao acusado o direito de participar da prova, seja para indicar meios de prova, seja para interferir na produção e valoração da prova.

O direito à prova estará garantido na medida em que for assegurada às partes, além da iniciativa probatória, a possibilidade de participação efetiva nos atos de produção da prova. Como observa Antonio Magalhães Gomes Filho "*O atual texto [Constituição de 1988], além de consagrar as tradicionais cláusulas do contraditório e da ampla defesa (art. 5º, inc. LV), também assegura o devido processo legal (art. 5º, inc. LIV) e a presunção de inocência (art. 5º, inc. LVII), dos quais também se extrai o direito de defender-se provando, que não somente é pressuposto de um processo justo e eqüitativo, mas também condição indispensável para que se possa obter, validamente, a prova da culpabilidade*" (*Direito à prova no Processo Penal*. SP: RT, 1997, p. 80).

A autodefesa, uma das faces da ampla defesa, pressupõe o direito à audiência e o direito de presença. Nas duas vertentes, a autodefesa significa dar ao acusado a possibilidade de influir sobre a formação do convencimento do juiz, mediante o interrogatório, e a oportunidade de participar de modo efetivo da produção da prova.

Há situações fáticas que somente podem ser esclarecidas com a colaboração direta do acusado. Assim, ainda que o direito de defesa compreenda a atuação conjunta da defesa técnica e autodefesa, há necessidade da presença do acusado. Se assim não for, o acusado fica impedido de apontar circunstâncias que possam esclarecer os fatos que lhe são imputados.

Por mais diligente que possa ser a atuação de defensor nomeado, não supre a ausência do acusado. Tratando-se de nulidade absoluta, não se exige

Acesso ao Sumário

arguição prévia ou demonstração de prejuízo, não configurada a preclusão.

Não há possibilidade de reconhecer a preclusão, no caso presente. Trata-se de nulidade absoluta vez que afrontadas as garantias constitucionais da ampla defesa e do contraditório.

O vício decorrente da violação de norma constitucional ou princípio constitucional de garantia "*atinge o próprio interesse público de correta aplicação do direito*" (Ada Pellegrini Grinover, Antonio Scarance Fernandes, Antonio Magalhães Gomes Filho, *As nulidades no Processo Penal* – 5ª ed., rev. e ampl., 1996 – Malheiros Editores Ltda., p. 182).

Assim sendo, configurada a violação às garantias constitucionais, vício insanável, anula-se o processo, a partir da audiência, realizada em 20 de fevereiro de 2014, devendo a prova testemunhal ser produzida com a presença do paciente e defensor.

Diante do exposto, por votação unânime, concederam a ordem para anular o processo, a partir da audiência, realizada em 20 de fevereiro de 2014, devendo a prova testemunhal ser produzida com a presença do paciente e defensor.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de *Habeas Corpus* nº 2193814-55.2014.8.26.0000, da Comarca de Lins, em que é paciente G.M. e impetrante P.A.O.D..

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 24060)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores OTÁVIO DE ALMEIDA TOLEDO (Presidente) e GUILHERME DE SOUZA NUCCI.

São Paulo, 9 de dezembro de 2014.

NEWTON NEVES, Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: *HABEAS CORPUS* – Prisão preventiva – Lei n.º 11.340/06 – Lei de violência doméstica e familiar – Decreto da prisão preventiva com fundamento no descumprimento de medida protetiva anteriormente imposta, sobrevindo o cometimento de nova ameaça contra a vítima – Agente que a bordo de veículo automotor quase causou colisão com o veículo conduzido pela vítima e a ameaçou de morte para que

"tirasse" os processos – Autorização pelo art. 20 e art. 42 da norma – Prisão devidamente fundamentada e com autorização legal – Precedentes do STJ – Ausência de ilegalidade – Decreto prisional mantido – Ordem denegada.

VOTO

Cuida-se de pedido de *habeas corpus* impetrado em favor de G.M., alegando o impetrante, em síntese, sofrer o paciente constrangimento ilegal por ato do Juízo que lhe decretou a prisão preventiva e indeferiu pedido de liberdade provisória.

Sustenta que não estão presentes as circunstâncias autorizadoras da prisão preventiva e defende ser o paciente primário, com residência fixa e ocupação lícita.

Pede a concessão da ordem para que possa o paciente responder ao processo em liberdade.

A liminar foi indeferida às fls. 31/32.

As informações foram prestadas (fls. 35/37).

A d. Procuradoria de Justiça propôs a denegação da ordem (fls. 52/57).

É o relatório.

A ordem deve ser denegada.

Por decisão proferida 06/10/2014, diante da representação da vítima noticiando que o paciente, com quem manteve relacionamento afetivo, lhe havia ameaçado, representou pela imposição de medidas protetivas e, diante da manifestação favorável do Ministério Público, fundamentou o Juízo que "*a vítima e o indiciado foram namorados por nove meses. Assim, inegável que se trata de violência doméstica contra a mulher, nos termos do art. 5º, da Lei 11.340/06.*

Por outro lado, as declarações de V. prestadas quando da lavratura do boletim de ocorrência (fls. 04) e o depoimento da testemunha (fls. 06) confirmam as ameaças de G..

Desta forma, ante o requerimento apresentado pela ofendida (fls. 03/05), e a fim de resguardar a integridade física e moral da própria vítima V.O. e de seus filhos L.E.M.G. e A.M.G., ***fica G.M. proibido de se aproximar a menos de 100 (cem) metros dela, bem como da residência onde mora e de seu local de trabalho (art. 22, III, 'a', da Lei 11.340/06), e também de manter contato com ela por qualquer meio de comunicação (art. 22, III, 'b', da referida Lei), sob pena de prisão (art. 313, IV, CPP)***" (fls. 15).

Plenamente ciente das medidas protetivas impostas, intimado inclusive

Acesso ao Sumário

sobre a possibilidade do decreto da prisão preventiva em caso de descumprimento, conforme denúncia com cópia às fls. 38/40, no dia 21/10/2014 o paciente ameaçou a vítima, por palavras e gestos, de causar-lhe mal injusto e grave.

A denúncia relata que após o término do relacionamento havido entre a vítima e o paciente, em 28/09/2014 o paciente já havia ameaçado V. e cometido o delito de dano, mas ela não ofereceu representação.

O paciente prosseguiu as agressões, vindo a vítima a representar pela imposição de medidas protetivas, fixadas em 06/10/2014.

Ciente das medidas em 07/10/2014, G. passou a descumpri-las.

Na data dos fatos permaneceu a bordo de automóvel nas proximidades do local de trabalho da ofendida, aguardando que ela saísse para lhe ameaçar.

V. deixou o local a bordo de outro carro, acompanhada de seu padrasto. O paciente os perseguiu e tentou "fechá-los". Em dado momento, temendo que o paciente causasse acidente de trânsito, a vítima parou o carro e o paciente se aproximou e a ameaçou, dizendo que "*se ela continuasse prosseguindo com os processos, iria matá-la*" e que era para ela "*tirar os processos*".

Diante desses fatos, pela decisão atacada, proferida em 21/10/2014 e com cópia aqui às fls. 41, foi decretada a prisão preventiva sob os seguintes fundamentos:

"*O representante do Ministério Público requer a prisão preventiva de G.M., em razão do descumprimento de medida protetiva (fls. 38/39).*

No dia 06 de outubro deste ano foram deferidas medidas protetivas em favor da vítima V.O.M., ficando G. proibido de se aproximar a menos de 100 metros dela, da residência onde vive, do local de trabalho e ainda de manter contato com ela por qualquer meio de comunicação (fls. 13).

G. ficou ciente daquela decisão em 07 de outubro (fls. 29).

Em 16 de outubro a vítima V.O.M. registrou boletim de ocorrência relatando que G. descumpriu as medidas protetivas impostas, eis que a importunou com várias mensagens de celular, além de ficar em frente a sua casa, incomodando-a e lhe causando medo (fls. 34/35).

Desta forma, em razão do descumprimento das medidas protetivas, e para a garantia da integridade física e da própria vida de V.O.M., decreto a prisão preventiva de G.M., nos termos do artigo 20 da Lei 11.340/06 e art. 313, III, do CPP".

Diante desse contexto, pelo meu voto, a ordem merece ser denegada.

De início não há que se debater nesta via, porque imprópria, a alegada negativa de autoria, presente justa causa à prisão processual (STJ, HC 216998/PE, j. 02.02.2012; STJ, RHC 20.569/BA, j. 19.04.2007).

E neste passo, da análise da prisão processual sob a ótica da disciplina

Acesso ao Sumário

legal sobre a prisão processual, imprópria esta via para o debate da alegada negativa de autoria, calcada a prisão nas declarações prestadas pela vítima.

Denota-se, da atenta leitura dos autos, que ante a prática anterior de violência doméstica, com reiteradas ameaças de mal sério perpetradas pelo paciente, foram fixadas medidas protetivas em favor da vítima.

O paciente – intimado da imposição das medidas e de que o descumprimento das medidas poderia ensejar a prisão preventiva – deliberadamente descumpriu as medidas, perseguiu a vítima e seu padrasto, fechou o automóvel que conduzia e então a ameaçou, dizendo que "*se ela continuasse prosseguindo com os processos, iria matá-la*" e que era para ela "*tirar os processos*".

A vítima, atemorizada, noticiou os fatos à autoridade policial e então o Juízo, acolhendo manifestação da Promotoria de Justiça e de modo fundamentado, decretou a prisão preventiva.

Prevê o art. 20, da Lei n.º 11.340/06 que "*em qualquer fase do inquérito policial ou da instrução criminal, caberá a prisão preventiva do agressor, decretada pelo juiz, de ofício, a requerimento do Ministério Público ou mediante representação da autoridade policial. Parágrafo único. O juiz poderá revogar a prisão preventiva se, no curso do processo, verificar a falta de motivo para que subsista, bem como de novo decretá-la, se sobrevierem razões que a justifiquem*."

Ainda, nos termos do art. 313, inciso III, do CPP, "*Nos termos do art. 312 deste Código, será admitida a decretação da prisão preventiva (...) se o crime envolver violência doméstica e familiar contra a mulher, criança, adolescente, idoso, enfermo ou pessoa com deficiência, para garantir a execução das medidas protetivas de urgência*;".

É certo que a Lei de violência doméstica e familiar contra a mulher introduziu rol de medidas substitutivas à prisão preventiva, como forma alternativa e substitutiva àquela restritiva da liberdade prevista no Código de Processo Penal.

E diante da notória excepcionalidade da prisão preventiva, deve o magistrado impor medidas protetivas outras antes do extraordinário decreto de prisão processual, reservando o rigoroso instrumento para casos ímpares, em que descumpridas as medidas de proteção previamente estipuladas.

Segundo este raciocínio, o afastamento do lar, domicílio ou local de convivência com a ofendida, a proibição de aproximação a ela e de seus familiares ou testemunhas ou contato por qualquer meio são medidas bastante eficazes, pois preservam a vítima e as pessoas de seu convívio do contato com seu agressor e, ao mesmo tempo, previnem que este indivíduo, desnecessariamente, conviva com acusados e condenados pela prática de crimes mais graves, possibilitando a norma o decreto da prisão no caso de descumprimento da

Acesso ao Sumário

imposição acautelatória.

É o caso dos autos.

Como visto, a autorização do decreto da prisão preventiva, pela lei especial, soma nova possibilidade desta modalidade de prisão processual às previstas no art. 312, do Código de Processo Penal, considerando o Legislador pátrio as peculiares características da violência doméstica e familiar, que, em inúmeras situações, costumam progredir para resultados desastrosos e gravosos para a vítima.

Esta inserção, inclusive, foi expressamente trazida pelo art. 42 da lei, ampliando o rol previsto no artigo 313 do Código de Processo Penal, para introduzir a possibilidade da decretação da prisão preventiva para garantir a execução das medidas protetivas de urgência.

Daí conclui-se pela sua possibilidade, presentes os requisitos dos artigos 312 e 313 do Código de Processo Penal, quando a conduta do agente redundar em descumprimento de uma medida protetiva, aliada ao fundado temor de que a vítima corra o risco de ter sua integridade física violada.

Portanto, é evidente no caso dos autos que a medida mostra-se legal e adequada.

Ao paciente já haviam sido impostas medidas protetivas que obrigam o agressor.

Foram impostas depois de reiteradas ameaças por ele proferidas à vítima.

Ciente da medida imposta pelo Poder Judiciário, deliberou descumprir a medida.

Permaneceu aguardando a saída da vítima, próximo ao local onde ela trabalhava, para iniciar perseguição a bordo de automóvel. Perseguiu o carro ocupado pela vítima e pelo padrasto dela até que esta se viu forçada a parar o veículo, temendo um acidente com desdobramentos de maior gravidade.

O paciente então deliberou dela se aproximar dizendo que "*se ela continuasse prosseguindo com os processos, iria matá-la*" e que era para ela "*tirar os processos*".

Acesso ao Sumário

Evidente, da análise da situação fática, ser a prisão preventiva a única medida adequada e necessária ao caso dos autos, clara a periculosidade do agente que seguidamente, em descumprimento a medidas protetivas anteriormente a ele impostas, tornou a ameaçar a vítima.

No quadro dos autos, portanto, resta evidente que as subsequentes e insistentes ameaças proferidas contra a vítima, mesmo após intimado das medidas protetivas fixadas pelo Juízo, podem progredir para novas ameaças ou até mesmo para a consumação do injusto e grave mal prometido.

Nesse sentido:

"*Nos termos do inciso IV do art. 313 do CPP, com a redação dada pela Lei n.º 11.340/06, a prisão preventiva poderá ser decretada 'se o crime envolver violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos da lei específica, para garantir a execução das medidas protetivas de urgência'. 2. Evidenciado que o recorrente, mesmo após cientificado da ordem judicial que o proibia de aproximar-se da sua ex-companheira e de com ela manter qualquer tipo de contato, voltou a agredi-la, física e verbalmente, na frente de seus filhos menores, ameaçando ainda o seu pai de morte, demonstrada está a imprescindibilidade da custódia para acautelar a ordem pública e social, protegendo a integridade física e psíquica da ofendida e de seus familiares e para fazer cessar a reiteração delitiva, que no caso não é mera presunção, mas risco concreto*" (STJ, RHC 46326/SC, 5ª Turma, Rel. Min. Jorge Mussi, j. 24/04/2014).

"*RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. PROCESSO PENAL. VIOLÊNCIA DOMÉSTICA. PRISÃO PREVENTIVA. SEGREGAÇÃO DEVIDAMENTE FUNDAMENTADA NA GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. ARGUMENTOS CONCRETOS. DESCUMPRIMENTO DE MEDIDAS PROTETIVAS ANTERIORMENTE IMPOSTAS. FUNDADO RECEIO DE REITERAÇÃO CRIMINOSA. CONDIÇÕES SUBJETIVAS FAVORÁVEIS. IRRELEVÂNCIA NA ESPÉCIE. RECURSO ORDINÁRIO DESPROVIDO. 1. Segundo disposto no art. 313, inciso III, do Código de Processo Penal, a prisão preventiva, nos termos do art. 312 do CPP, pode ser decretada em crimes que envolvam violência doméstica e familiar contra a mulher, criança, adolescente, idoso, enfermo ou pessoa com deficiência, para o fim de garantir a execução das medidas protetivas de urgência. 2. A custódia cautelar do Recorrente foi decretada somente após o descumprimento de medidas protetivas anteriormente impostas, sendo imprescindível, nesse sentido, para a garantia da ordem pública, notadamente em razão do fundado receio de reiteração delitiva, dado o histórico de agressões e ameaças à vítima. Precedentes. 3. As condições pessoais favoráveis, tais como primariedade, bons antecedentes, ocupação lícita e residência fixa, não têm o condão de, por si sós, desconstituir a custódia antecipada, caso estejam presentes outros requisitos de ordem objetiva e subjetiva que autorizem a decretação da medida extrema. 4. Recurso ordinário desprovido*" (STJ, RHC 43425/RS, 5ª Turma, Rel. Min. Laurita Vaz, j. 11/03/2014).

"*RECURSO EM HABEAS CORPUS. LEI MARIA DA PENHA. PRISÃO. FUNDAMENTAÇÃO. GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. DESCUMPRIMENTO DE MEDIDA PROTETIVA ANTERIORMENTE IMPOSTA. PRIMARIEDADE E BONS ANTECEDENTES. 1. As prisões cautelares são medidas de índole excepcional, somente podendo ser decretadas ou mantidas caso demonstrada, com base em elementos concretos, a efetiva imprescindibilidade de restrição ao direito constitucional à liberdade de locomoção, à luz de um dos fundamentos*

Acesso ao Sumário

autorizadores previstos no art. 312 do Código de Processo Penal. Precedentes. 2. Na espécie, está suficientemente fundamentada a decisão que decretou a custódia cautelar para garantir a ordem pública, porquanto o recorrente descumpriu medida protetiva anteriormente imposta e agrediu a ex-companheira e sua mãe, bem como ameaçou dois milicianos que efetuaram a prisão em flagrante. 3. Segundo a iterativa jurisprudência desta Corte, a primariedade e os bons antecedentes são circunstâncias que, por si sós, não têm o condão de garantir o direito à liberdade provisória, sobretudo quando presentes outros elementos que indiquem a necessidade da segregação cautelar. 4. Recurso em habeas corpus improvido" (STJ, RHC 41882/MG, 6ª Turma, Rel. Min. Sebastião Reis Júnior, j. 05/12/2013).

Ainda: STJ, RHC 40567/DF, 5ª Turma, j. 05/12/2013; STJ, HC 287226/ES, 6ª Turma, j. 05/05/2014.

No mesmo passo a lição dos professores Rogério Sanches Cunha e Ronaldo Batista Pinho, que em obra de sua autoria acerca da Lei n.º 11.340/06, concordaram com a impressão da Promotora de Justiça do Estado de Goiás, Dra. Fabiana Lemes Zamalloa do Prado, neste sentido: "*a decretação da prisão preventiva como forma de assegurar a eficácia da execução das medidas protetivas de urgência, para ser legítima, deverá, portanto, ser adequada e necessária à consecução do fim colimado e proporcional ao resultado obtido com a restrição.*

Se outras providências menos gravosas forem igualmente aptas a assegurar a execução das medidas protetivas de urgência determinadas para a proteção dos direitos fundamentais da mulher vítima de violência doméstica e familiar, a restrição à liberdade do indiciado/acusado será ilegítima e, portanto, inconstitucional.

Com base nessas considerações, é possível concluir que a prisão preventiva somente poderá ser decretada naquelas situações em que nenhuma outra providência menos gravosa prevista na Lei nº 11.340/06 for apta e suficiente para tornar efetivas as medidas de proteção determinadas no curso do inquérito policial ou do processo penal, com menor restrição aos direitos e garantias fundamentais do indiciado/acusado."[1]

Logo, merece prevalecer a decisão alvejada, porquanto isenta de ilegalidade já que amparada em dispositivo legal que autoriza a combatida prisão preventiva decretada.

Do exposto, denega-se a ordem.

É como voto.

Acesso ao Sumário

1 Violência Doméstica, Lei Maria da Penha (Lei n.º 11.340/2006) Comentada artigo por artigo, Editora RT, 2ª edição, 2008, páginas 123/124.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de *Habeas Corpus* nº 2177901-33.2014.8.26.0000, da Comarca de Capão Bonito, em que é paciente G.A.R.R. e impetrante CASEMIRO NARBUTIS FILHO..

ACORDAM, em 16ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Concederam em parte a ordem, nos termos do v. acórdão. V.U. Compareceu na sessão de julgamento o Dr. Casemiro Narbutis Filho.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 19.843)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores OTÁVIO DE ALMEIDA TOLEDO (Presidente), GUILHERME DE SOUZA NUCCI e OSNI PEREIRA.

São Paulo, 9 de dezembro de 2014.

OTÁVIO DE ALMEIDA TOLEDO, Relator

Ementa: *Habeas Corpus*. Aborto provocado por terceiro. Art. 125 do Código Penal. Arguição de nulidade. Não enfrentamento da tese defensiva acerca da existência manifesta de causa excludente da ilicitude do fato. Ofensa ao art. 97, IX da CF. Renovação da prestação judicial. Pretendido trancamento da ação penal por falta de justa causa. Prejuízo da análise do mérito da impetração. Ordem parcialmente concedida.

VOTO

1. Trata-se de *habeas corpus*, com pedido de liminar, impetrado pelo Advogado Casemiro Narbutis Filho em favor de G.A.R.R., alegando constrangimento ilegal por parte do Juízo de Direito da 1ª Vara Criminal de Capão Bonito, no curso do processo 0001904-94.2011.8.26.0123.

Consta que o paciente está sendo processado como incurso no art. 125, c.c. o art. 13, § 2º, "a" do Código Penal, pois teria assumido o risco de provocar o aborto, pois demorou a realizar atendimento médico na vítima, omitindo-se dolosamente. Sustenta a impetração que, ao receber a denúncia oferecida pelo Ministério Público, o magistrado não apreciou e nem fundamentou o afastamento das teses veiculadas na resposta à acusação, pelo que a decisão seria nula. Destaca nesse sentido, que as provas técnicas juntadas indicariam

Acesso ao Sumário

que o feto já estava falecido quando a genitora deu entrada no Hospital no dia dos fatos, o que caracterizaria atipicidade do fato ou mesmo crime impossível. Isto posto, pleiteou, liminarmente, a suspensão do andamento do processo, em especial da audiência já designada para o dia 28.10.2014, até o julgamento do mérito do *writ* e, no mérito, o trancamento da ação ou, subsidiariamente, o reconhecimento da nulidade do despacho que afastou a resposta à acusação.

A liminar foi deferida a fls. 594/595.

Prestadas as informações pela autoridade impetrada (fls. 599/691), a douta Procuradoria Geral de Justiça, em parecer subscrito pelo Dr. Marco Antonio de Souza (fls. 693/696), opinou pela denegação da ordem.

É o relatório.

2. É caso de reconhecimento da nulidade arguida.

Aduz o impetrante que o despacho de fls. 540 deixou de apreciar as alegações defensivas levantadas na fase do art. 396-A do CPP, carecendo, assim, de fundamentação válida.

Com efeito, consta dos autos que o paciente foi denunciado como incurso no art. 125, c.c o art. 13, § 2º, "a", ambos do Código Penal, porque, na data de (...), por dolo eventual em conduta omissiva, teria provocado aborto na gestante J.P..

De acordo com a acusação, G. era o médico responsável pelo pronto-atendimento na data dos fatos e foi informado sobre a chegada da paciente pela equipe de enfermagem, mas, segundo consta, sem examinar a vítima, recomendou observação da perda de líquido pela equipe de enfermagem, vindo a prestar efetivo atendimento somente por volta das 8 horas ou 9 horas daquele dia, quando constatou a morte do feto.

A inicial acusatória foi recebida aos (...) (fl. 508), tendo a Defesa ofertado resposta à acusação, postulando a rejeição da denúncia e a absolvição sumária do réu (fls. 527/534), sob o fundamento de caracterização do crime impossível e de atipicidade do fato por ausência da omissão do dolo eventual no delito do art. 125, CP.

Por sua vez, ao apreciar a peça defensiva, a autoridade coatora proferiu decisão genérica, nos seguintes termos: "*Vistos. Mantenho a decisão que recebeu a denúncia. A matéria ventilada na defesa escrita é relativa ao mérito e, assim, será analisada no momento da prolação da sentença (art. 399 do CPP). Designo o dia 28 de outubro de 2014, às 15h15min, para audiência de instrução, debates e julgamento (art. 400 do CPP). Intime-se e requisite-se o réu, se necessário. Intimem-se o representando do Ministério Público, a defesa, as testemunhas arroladas pela acusação e defesa expedindo-se carta precatória, se necessário*".

Ocorre, no entanto que, a ausência de fundamentação de decisões judiciais

ofende o art. 93, IX, da Constituição Federal, e, por assim ser, caracteriza a nulidade da decisão guerreada.

Em que pese o fundado receio de não se incorrer em pré-julgamento da causa, não deve o juízo se abster da apreciação de tese defensiva que eventualmente resultaria na absolvição sumária do paciente, nos termos do art. 397 do CPP.

Enfim, o reconhecimento da nulidade não repercutirá no prazo prescricional, porquanto majoritário o entendimento de que é a decisão anterior, proferida nos termos do art. 396, *caput*, do CPP que determina o marco interruptivo para a contagem da prescrição.

"*De acordo com a melhor doutrina, após a reforma legislativa operada pela Lei n.º 11.719/08, o momento adequado ao* recebimento da denúncia *é o imediato ao oferecimento da acusação e anterior à apresentação de resposta à acusação, nos termos do art. 396 do Código de Processo Penal, razão pela qual tem-se como este o marco interruptivo prescricional previsto no art. 117, inciso I, do Código Penal para efeitos de contagem do lapso temporal da prescrição da pretensão punitiva estatal*." (HC 144.104/SP, 5.ª Turma, Rel. Min. JORGE MUSSI, DJe de 02/08/2010.)

3. Ante o exposto, pelo meu voto, concedo parcialmente a ordem impetrada, somente para anular o despacho cuja cópia consta à fl. 540 da presente impetração, determinando que nova decisão seja proferida de forma fundamentada pela autoridade coatora.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de *Habeas Corpus* nº 2192902-58.2014.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é paciente LUIZ ANTONIO CONCEIÇÃO MACHADO e impetrantes BIANCA BRITO DOS REIS e JOSÉ CARLOS BEZERRA DOS SANTOS.

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 24186)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores OTÁVIO DE ALMEIDA TOLEDO (Presidente) e GUILHERME DE SOUZA NUCCI.

São Paulo, 16 de dezembro de 2014.

NEWTON NEVES, Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: *HABEAS CORPUS* – Ataque ao indeferimento de pedido de liberdade provisória – Acusação da prática de homicídio com dolo eventual, um consumado e quatro tentados, praticado na condução de veículo automotor, com excesso de velocidade e sob efeito de álcool e tentativa de fuga do local do acidente – Decisão fundamentada, calcada na periculosidade do agente extraída a partir das circunstâncias e consequências do delito – Análise cuidadosa e individualizada da conduta do paciente que demonstra ser a prisão necessária e adequada ao caso concreto para garantia da ordem pública e da aplicação da lei penal – Ordem denegada.

VOTO

Cuida-se de pedido de *habeas corpus* impetrado em favor de Luiz Antonio Conceição Machado, alegando os impetrantes, em síntese, sofrer o paciente constrangimento ilegal por ato do Juízo que indeferiu pedido de liberdade provisória.

Sustenta preencher o paciente os pressupostos para a concessão da liberdade provisória pois é primário, com residência fixa e ocupação lícita, que possui problemas de saúde, fazendo uso de medicação contínua e o delito a ele imputado não foi cometido com violência ou grave ameaça a pessoa.

Alega, ainda, a ausência dos requisitos da prisão preventiva e pede a concessão da ordem para que possa o paciente responder ao processo em liberdade.

A liminar foi indeferida (fls. 20/21).

As informações foram prestadas (fls. 25/26).

A d. Procuradoria Geral da Justiça propôs a denegação da ordem (fls. 83/86).

É o relatório.

A ordem deve ser denegada.

O paciente foi preso em flagrante e denunciado como incurso no art. 121, § 2º, inciso III (perigo comum), c.c. art. 18, inciso I, segunda parte e art. 61, inciso II, alínea "h", todos do CP (vítima Álvaro Teno); art. 121, § 2º, inciso III (perigo comum), c.c. art. 14, inciso II e art. 18, inciso I, segunda parte por quatro vezes (vítimas André, Andrea, Anelive e Eloisa); art. 305 da Lei n.º 9.503/97, c.c. art. 14, inciso II, do CP (fls. 27/38).

Conforme a denúncia, no dia 16/08/2014, por volta das 09h, na altura do

Acesso ao Sumário

número 308 da av. da Universidade, no interior do *campus* da Universidade de São Paulo – USP, nesta capital, o paciente, agindo com dolo eventual, matou o senhor Álvaro Teno, ao dar causa a um atropelamento automobilístico do qual resultaram nele os ferimentos que serão descritos no laudo de exame de corpo de delito a ser oportunamente juntado aos autos.

Acusa a denúncia que, nas mesmas condições de tempo e lugar, ainda agindo com dolo eventual, o paciente tentou matar Anelive Costacurta, Andrea de Szentmiklosy Teixeira Nogueira, André Lira Parmagnani e Eloísa Pires do Prado, ao dar causa a quatro atropelamentos automobilísticos dos quais resultaram nestas vítimas os ferimentos a serem descritos no laudo de exame de corpo de delito a ser juntado.

Aponta a inicial que na sequência o paciente tentou afastar-se do local dos atropelamentos, para fugir à responsabilidade penal ou civil que lhe possa ser atribuída, não logrando alcançar o sucesso da providência por circunstâncias alheias à sua vontade.

Narra a denúncia que na manhã dos fatos o paciente conduzia o veículo Toyota Corolla, placas DME-7826/SP, pela av. da Universidade, situada no interior do campus da USP, quando, na altura do número 308, perdeu o controle do carro e atropelou as vítimas Álvaro Teno, Anelive Costacurta, Andrea de Szentmiklosy Teixeira Nogueira, André Lira Parmagnani e Eloísa Pires do Prado, causando em todas elas ferimentos a serem descritos no laudo pericial, sendo certo que em decorrência deste fato, Álvaro Teno veio a falecer.

Imputa a denúncia que a causa dos atropelamentos é tributável ao comportamento doloso do paciente.

Narra a inicial que conforme provado nos autos policiais, pouco tempo antes do evento, o paciente fez uso de grande quantidade de bebida alcoólica, conforme extrato de exame de alcoolemia, o qual constata que Luiz Antonio apresentou a concentração de 0,54 miligramas de álcool por litro de ar alveolar expelido.

"*A beberagem etílica a que se submeteu o denunciado fez com que ele perdesse a plenitude de sua capacidade psicomotora e, assim, passasse a conduzir o Toyota, modelo Corolla, de maneira transloucada e irresponsável, a ele empreendendo, voluntariamente, desmedida e irracional velocidade.*

Em tais condições, ou seja, embriagado e em nítido excesso de velocidade, o denunciado ingressou transloucadamente pelas vias da Cidade Universitária, vindo a, em dado momento, perder o controle de seu veículo e atropelar as vítimas que ali praticavam atividades esportivas."

A primeira vítima a ser atingida foi o senhor Álvaro Teno, que tinha 67 anos de idade e que estava praticando corrida ao lado de Andrea Szentmiklosy. Álvaro, embora atendido por paramédicos no local, faleceu.

Acesso ao Sumário

A seguir, o apelante atropelou as vítimas Anelive, Andrea, André e Eloísa que, da mesma forma, praticavam corrida sobre a calçada daquela via. Malgrado a intensidade do impacto, esses ofendidos foram medicados no local e depois levados para hospitais da região onde receberam eficaz atendimento médico, o que evitou suas mortes.

O fato de ter o paciente ingerido elevada quantidade de bebidas alcoólicas, somado à elevadíssima velocidade por ele empreendida no carro, em avenida de grande afluxo de carros, ciclistas e pessoas, fez com que ele assumisse o risco de produzir o evento morte nas pessoas por ele atropeladas.

Prossegue a inicial expondo que "*a somatória de circunstâncias que envolveram o evento, todas causadas pela irresponsável intenção de Luiz Antonio de dirigir em elevadíssima velocidade após ter se colocado em estado de embriaguez, faz com que ela seja interpretada com um ato doloso seu, eis que o agente, como dito, assumiu o risco de matar alguém, como de fato matou um cidadão (vítima Álvaro Teno) e por pouco não mata outros quatro (vítimas André, Andrea, Eloísa e Anelive).*

É de rasteira intelecção que a condução de um carro da maneira e nas condições como conduzia Luiz Antonio quando matou o senhor Álvaro e quase mata André, Andrea, Anelise e Eloísa, no horário e no local já citados, faz nascer a conclusão acerca da iminência de um acidente, o que deveria ter feito com que ele se detivesse e deixasse de agir da forma como agiu. Como ele deliberou prosseguir em sua repugnante conduta, gerou a morte do senhor Álvaro e os ferimentos experimentados pelas demais vítimas. Agiu, portanto, assumindo o risco de produzir tais resultados."

Expõe que os crimes são qualificados pelo perigo comum eis que a Cidade Universitária sedia a USP e em seu limitado espaço está sediada a maioria das unidades de ensino, pesquisa e extensão da universidade, indicadas uma a uma na inicial, além de órgãos centrais da universidade, tais como o gabinete do reitor e as pró-reitorias e o Centro de Práticas Esportivas (CEPEUSP). Além desses órgãos e unidades de ensino, também estão sediadas outras entidades pormenorizadamente apontadas na denúncia.

Acesso ao Sumário

A seguir conclui a inicial que as entidades instaladas nos domínios da Cidade Universitária são responsáveis por um enorme aporte de estudantes e funcionários, além de ser local procurado por esportistas que lá diariamente praticam modalidades esportivas, destacado o ciclismo, a corrida e a caminhada, razão pela qual inúmeras pessoas frequentam aquelas dependências que apresentam dimensões relativamente limitadas, o que faz com que o respeito ao direito alheio, em especial às regras de trânsito, seja imperativo ao convívio harmônico dos usuários.

Nesse contexto o paciente, "*com sua atitude caracterizada pela absoluta intemperança e pela falta de respeito e preocupação com o desígnio das demais pessoas, maltratou aqueles princípios, colocando em risco um número*

indefinido e indeterminável de frequentadores da Cidade Universitária, o que tipifica a circunstância insculpida no artigo 121, § 2º, inciso III do Código Penal, uma vez que a presença em espaço relativamente limitado de vários usuários caminhando, correndo, transitando em bicicletas, em motocicletas e carros, aumenta sobremaneira o número de vítimas em potencial".

Segue a denúncia expondo que depois dos atropelamentos o paciente, diante da possibilidade de ser criminalmente responsabilizado, tentou deixar o local, empreendendo marcha a ré ao seu carro, sendo, porém, impedido de deixar o lugar diante da interferência de outros transeuntes que estavam no local.

Preso em flagrante no dia 16/08/2014 (sábado), comunicada a prisão em flagrante ao Juízo, por decisão proferida no dia 17/08/2014 em sede do Plantão Judiciário, foi deferida a liberdade provisória ao paciente mediante imposição de fiança (fls. 59/61), sob os seguintes fundamentos:

"*Vistos.*

Trata-se de ***Autos de Prisão em Flagrante Delito*** *de acusado da prática de lesão corporal culposa, homicídio culposo e lesão corporal culposa, além de embriaguez ao volante.*

O Ministério Público requer a prisão preventiva, sendo que entende que os crimes de homicídio e lesão corporal são dolosos, com dolo eventual.

É o relatório.

DECIDO.

No âmbito da ciência do flagrante (artigo 310 do Código de Processo Penal), verifico que o ***Auto de Prisão em Flagrante*** *delito encontra-se* ***regular, formal e materialmente****, não faltando qualquer formalidade exigida pela Lei, de forma que* ***não é o caso de relaxamento do flagrante.***

É certo que, ao que tudo indica dos fatos, não há dolo do agente no homicídio ou na maioria das lesões corporais. Assim, a decretação da prisão preventiva não é indicada".

Colaciona precedente deste E. Tribunal de Justiça e prossegue, expondo que "*Há apenas um dos fatos que pode ser enquadrado como doloso: o atropelamento da vítima, ocorrido quando o réu deu marcha ré. Todavia, não há como saber atualmente qual o estado dessa vítima, motivo pelo qual não há como classificar o grau da lesão corporal. Também não há como saber se essa vítima representará ou não o indiciado.*

No caso concreto, observo, ainda, que o indiciado já tem passagens pela polícia, mas não há elementos que confiram certeza sobre a reincidência.

Nesse caso, apesar dos fatos mais graves serem culposos, penso que há de se fixar fiança para o indiciado, pois: 1) o indiciado teve passagens pela polícia; 2) o fato em si é gravíssimo e causou comoção social, conforme bem observa o Ministério Público; e 3) com o passar das investigações, com a oitiva das vítimas, o maior ou menor grau de culpa do indiciado pode ser aferida.

Assim, o valor elevado da fiança deve ser imposto, também para impor

Acesso ao Sumário

ao indiciado que colabore com as investigações, além de caucionar eventual pedido de reparação de danos em favor das vítimas.

Fixo a fiança no valor de R$ 55.000,00.

Assim, DEFIRO a liberdade provisória para LUIZ ANTONIO DA CONCEIÇÃO MACHADO, mediante fiança de R$ 55.000,00. Com o recolhimento, EXPEÇA-SE alvará de soltura clausulado."

Contra o deferimento da liberdade provisória mediante fiança, interpôs o Ministério Público recurso em sentido estrito (fls. 62/69).

No dia seguinte, 18/08/2014, o d. Juízo da 1ª Vara Criminal do Foro Regional de Pinheiros decretou a prisão preventiva do paciente e declinou da sua competência, determinada a remessa ao Juízo do Tribunal do Júri (fls. 70/71), nos seguintes termos:

"*O auto de prisão em flagrante delito foi elaborado em razão de Luiz Antonio Conceição Machado no dia 16 de agosto de 2014, por volta das 8:57hs., na avenida da Universidade, 308, em frente a USP, Butantã, teria praticado atropelamento de pessoas, uma delas vítima fatal Álvaro Teno e outras que sofreram lesões corporais.*

Em que pesem os argumentos da decisão proferida pelo Nobre Magistrado que atuou no plantão em 17/08/2014, entendo de forma diversa, ou seja, vislumbro a existência de indícios de conduta dolosa (dolo eventual), pois segundo relatos de testemunhas ouvidas perante a Autoridade Policial o réu Luiz Antonio, em velocidade, sob a influência de álcool após atropelar pessoas que caminhavam pela via, derivou seu veículo para a calçada atropelando outras pessoas e finalmente deu marcha a ré em seu automóvel tentando deixar o local em fuga, vindo a atropelar mais uma pessoa.

Os fatos são graves e causaram repercussão social, além do que foram juntados aos autos pelos Dignos Drs. Promotores de Justiça documentos que demonstraram o alarde público e o sofrimento das vítimas, bem como de seus familiares e da população. Diga-se de passagem que uma das vítimas encontra-se grávida e sofreu sérias lesões, as demais foram socorridas e não prestaram ainda declarações.

Portanto, entendo que o pedido da Ilustre Dra. Promotora de Justiça deve ser acolhido no que diz respeito a competência do Tribunal do Júri, bem como em caráter de urgência a reconsideração da decisão que concedeu ao acusado a liberdade provisória, mediante recolhimento de fiança.

Isto posto, o entendimento deste juízo é que há sérios indícios de crime doloso (dolo eventual), aliás, os elementos colhidos até o presente momento demonstram que o réu conduzia o veículo em alta velocidade, sob a influência de álcool, e após atingir transeuntes na via pública, repleta de pedestres, subiu na calçada atingindo mais pessoas e ao tentar fugir de ré mais uma vítima foi colhida.

Assim sendo, entendo necessária a decretação da prisão preventiva a fim de que se garanta a ordem pública e a conveniência da instrução criminal,

Acesso ao Sumário

com fundamento nos artigos 312 e seguintes do Código de Processo Penal. Na oportunidade, declino da minha competência, por entender que a conduta praticada deve ser analisada pelo Juízo do Tribunal do Júri. A prisão preventiva decretada tem caráter provisório e será revista pelo Juízo Competente."

Distribuído o feito ao Juízo da 5ª Vara do Júri da Capital, em 20/08/2014 foi indeferido pedido de liberdade provisória (fls. 77/79), ato do Juízo alvejado neste *writ*, sob os seguintes fundamentos, com os destaques do original:

"*3) Não obstante os argumentos lançados pela Defesa, estes autos – **que se encontram ainda na fase investigatória** (porquanto pendente de **eventual** oferecimento de denúncia) – noticiam que o indiciado, conduzindo **automóvel** em **alta velocidade** e em **estado de embriaguez**, veio a atropelar **pessoas** que se encontram **em mera prática esportiva**, culminando uma delas (um senhor de 67 anos de idade), t**amanha a gravidade do ferimento sofrido**, a entrar em óbito.*

Mas não é só.

*Também é deste feito que o averiguado, malgrado a gravidade do atropelamento **(destaque-se: não só de uma pessoa), também tentou se evadir do local ainda na condução daquele veículo**, não logrando êxito **tão só porque foi obstado por populares.***

*Como se não bastasse a gravidade **objetiva** dos fatos até agora noticiados, o investigado, **contrariamente ao alegado pela Defesa**, já conta, **sim**, com passagem pela polícia, inclusive com condenação **por tráfico de droga (artigo 12 da Lei n.º 6.368/76,** cf. **fls. 26/29).***

*Trata-se, portanto, de **contexto** a francamente recomendar a **continuidade** da prisão '**ad custodiam**', até porque – **frise-se** – o indiciado ainda **tentou se evadir** do local do atropelamento, não conseguindo tal intento **apenas porque** outras pessoas **o impediram**, viabilizando-se, assim, a **prisão flagrancial** – com ulterior decretação da preventiva (fls. 177/178).*

*(Impende também ponderar que, a despeito da '**declaração**' juntada a fls. 7, o averiguado **encontra-se desempregado fazendo apenas** '**bicos**', cf. anotado a fls. 6).*

*Tal cenário já explicita, inclusive, que a segregação imposta é a solução legal que mais se ajusta à espécie, não se podendo cogitar, portanto, **no caso concreto**, de **qualquer** medida cautelar diversa da detenção.*

*Outrossim, como os fatos **ainda encontram-se na fase de investigação**, com a remessa dos autos da Vara comum (fls. 179) para esta do Júri (com competência restrita a crimes dolosos), **não há se falar, ao menos por ora**, em **qualquer fiança**, ficando, portanto, sem efeito aquela fixada a fls. 72/73 – até mesmo porque já sobreveio aquela detenção preventiva.*

*Por todo o exposto, **INDEFIRO** o pedido de liberdade formulada em favor de **LUIZ ANTONIO CONCEIÇÃO MACHADO**, com qualificação no feito, **anotando** que acerca do '**meritum causae**' melhor se decidirá **oportunamente** (inclusive – **se o caso** – sobre a natureza e o '**quantum**' da reprimenda correspondente,*

Acesso ao Sumário

*o regime prisional cabível e o direito de recurso em liberdade), bem como que, **em casos tais**, nem mesmo eventual primariedade técnica, residência fixa e ocupação lícita podem amparar **qualquer** outra **medida cautelar** que não o **encarceramento**, cumprindo observar – **ainda** – que, cuidando-se de '**carcer at custodium**', não se contrapõe ao princípio constitucional da presunção de inocência [de Direito **Penal** ('**carcer ad poenam**')], tampouco afronta a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica: Supremo Tribunal Federal, RT 755/541)*".

Conforme consulta feita em 05/12/2014 junto ao Ofício de origem, apurou-se que a denúncia foi recebida e que foi mantido o recebimento da denúncia após o oferecimento de resposta à acusação.

Apurou-se ainda que, realizada audiência de instrução no dia 04/12/2014, foram ouvidas todas as testemunhas arroladas, o réu foi interrogado e aguarda o feito a vinda de laudos para que então seja aberta vista dos autos para apresentações de alegações finais, iminente a decisão pertinente ao término do sumário da culpa.

Preservado o debate acerca do mérito das imputações à primeira fase do procedimento relativo aos processos da competência do Tribunal do Júri, finda a qual será proferida decisão acerca da admissibilidade, ou não, da submissão do paciente a julgamento perante os seus pares, preservada, ainda, a imposição legal de fundamentação acerca da necessidade de manutenção, ou não, da excepcional prisão processual acaso venha a ser proferida decisão de pronúncia (art. 413, § 3º, do CPP), ou de desclassificação (art. 419, parágrafo único, do CPP), e finalmente preservada ainda a possibilidade de o Juízo "*revogar a prisão preventiva se, no correr do processo, verificar a falta de motivo para que subsista, bem como de novo decretá-la, se sobrevierem razões que a justifiquem*", conforme comando do art. 316, do CPP, analisa-se a alegada ilegalidade do decreto da prisão preventiva e posterior indeferimento de pedido de liberdade provisória sob o enfoque legal e constitucional da matéria.

E para tanto, de início, necessário sublinhar que tal análise não deve se dar sob o enfoque da comoção social, repercussão popular ou alarde público sobre o fato, divulgado amplamente pelos meios de comunicação.

Acesso ao Sumário

Assentou o Supremo Tribunal Federal que "*o STF vem repelindo a prisão preventiva baseada apenas na gravidade do delito, na comoção social ou em eventual indignação popular dele decorrente, a exemplo do que se decidiu no HC 80.719/SP, relatado pelo Ministro Celso de Mello*" (HC 110.132/SP, j. 16/10/2012).

"*Ademais, o fato de o delito ter sido amplamente noticiado na imprensa local e estadual, não é, por si só, fundamento suficiente para a determinação de segregação cautelar.*" (STJ, HC 206.726/RS, j. 06/09/11).

No mesmo sentido: STJ, HC 266.736/SP, 6ª Turma, Rel. Min. Sebastião

Reis Júnior, j. 02/05/13; STJ, HC 240.939/RN, 5ª Turma, Rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, j. 18/09/12.

Portanto, a análise sobre a apontada ilegalidade do ato do Juízo que manteve a prisão processual deve guardar distância da impressão pessoal, do sentir do julgador que, enquanto membro do Poder Judiciário, na atividade de julgar deve fidelidade incondicional à Constituição Federal e à lei.

E até que se defina a prova sobre a presença de indícios do elemento subjetivo do delito como capitulado, a partir do estudo da periculosidade do agente, a se aferir a necessidade da excepcional prisão preventiva para a garantia da ordem pública, a decisão não se revela ilegal.

Cuidou o d. magistrado de erigir as características pessoais do paciente, percebidas a partir da empreitada delituosa, analisada a situação em concreto constante nos autos, para concluir – fundamentadamente – pelo indeferimento do pedido de liberdade provisória.

A decisão atacada está em perfeita consonância com o posicionamento do Supremo Tribunal Federal: "*A periculosidade do agente, evidenciada pelo modus operandi e a gravidade em concreto do crime constituem motivação idônea para a manutenção da custódia cautelar. Precedentes: HC 113.793, Segunda Turma, Rel. Min. Cármen Lúcia, DJe de 28/05/2013; HC 109.723/PI, Primeira Turma, de minha relatoria, DJe de 27/6/2012; HC 118.982/MG, Rel. Min. Teori Zavascki, Segunda Turma, DJe de 12/11/2013; RHC 117.467/SP, Rel. Min. Dias Toffoli, Primeira Turma, DJe de 05/11/2013*" (STF, HC 117.894/SP, 1ª Turma, Rel. Min. Luiz Fux, j. 11/02/2014).

A Lei n.º 12.403/11 trouxe medidas cautelares que complementam a efetivação da prisão processual como exceção, em consonância com a constitucional previsão da presunção de inocência (Constituição da República, art. 5º, LXVI[1]).

O Título IX do CPP prevê medidas cautelares diversas da prisão processual, conferindo ao magistrado a possibilidade de efetivar os motivos da excepcional prisão cautelar sem que se imponha a segregação provisória antes do trânsito em julgado de eventual condenação (CR, art. 5º, incisos LXI, LXIII, LXIV, LXV e LXVI[2]).

Permanece vigente e plenamente aplicável a prisão preventiva se

1 Art. 5º, LXVI, CF: "ninguém será levado à prisão ou nela mantido, quando a lei admitir a liberdade provisória, com ou sem fiança;"

2 CF88, "**Art. 5º** *omissis* (...) **LXI** – ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente, salvo nos casos de transgressão militar ou crime propriamente militar, definidos em lei; (...) **LXIII** – o preso será informado de seus direitos, entre os quais o de permanecer calado, sendo-lhe assegurada a assistência da família e de advogado; **LXIV** – o preso tem direito à identificação dos responsáveis por sua prisão ou por seu interrogatório policial; **LXV** – a prisão ilegal será imediatamente relaxada pela autoridade judiciária; **LXVI** – ninguém será levado à prisão ou nela mantido, quando a lei admitir a liberdade provisória, com ou sem fiança;" (destaquei).

Acesso ao Sumário

atendidos os requisitos do art. 312, do CPP[3], se presente justa causa e acaso não tenha o agente praticado fato típico sob excludente de ilicitude (art. 314, do CPP[4]), possível, ainda, nas hipóteses os incisos do art. 313, do CPP[5].

A conveniência da prisão cautelar, como já decidiu o STF (RT 124/1033), deve ser regulada pela sensibilidade do juiz à reação do meio ambiente à ação criminosa. Não se trata tão só do senso geral de reprovação de determinado crime, sob prisma abstrato. Trata-se, na verdade, da aferição, pelo magistrado, das características do réu extraídas a partir do estudo da empreitada criminosa, pela cuidadosa leitura dos elementos trazidos aos autos.

No caso dos autos verifica-se que o paciente assumiu condução de veículo automotor sob influência de álcool.

No período matutino e nesta condição, imprimiu excessiva velocidade no carro conduzido nas dependências da Cidade Universitária – local destinado ao sadio convívio de funcionários, alunos, professores e outras pessoas que frequentam aquelas dependências, destinado à difusão e ao desenvolvimento do conhecimento, do intelecto, do saber, da formação profissional, pessoal e acadêmica – notoriamente frequentado por diversas pessoas, inclusive aos finais de semana, onde as pessoas lá costumam praticar diversas modalidades esportivas.

Sob influência de álcool e imprimindo excessiva velocidade no automóvel, perdeu o controle do veículo e atropelou as vítimas, causando numa delas, o Sr. Álvaro Teno, com 67 anos de idade e que lá praticava corrida, ferimentos que o levaram a falecer ali mesmo, em que pese o atendimento médico recebido.

O atropelamento ainda causou ferimentos em outras quatro vítimas, Anelive Costacurta, Andrea de Szentmiklosy Teixeira Nogueira, André Lira Parmagnani e Eloísa Pires do Prado, que lá estavam, durante o período matutino, praticando atividades esportivas quando foram atingidas pelo veículo conduzido em excessiva velocidade pelo paciente, sob efeito de álcool.

A circunstância e as consequências dos fatos, mais vezes preservado o debate do mérito das acusações ao sumário da culpa, revelam a periculosidade

Acesso ao Sumário

3 "Art. 312. A prisão preventiva poderá ser decretada como garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal, ou para assegurar a aplicação da lei penal, quando houver prova da existência do crime e indício suficiente de autoria."

4 "Art. 314. A prisão preventiva em nenhum caso será decretada se o juiz verificar pelas provas constantes dos autos ter o agente praticado o fato nas condições previstas nos incisos I, II e III do *caput* do art. 23 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 – Código Penal."

5 "Art. 313. Nos termos do art. 312 deste Código, será admitida a decretação da prisão preventiva: I – nos crimes dolosos punidos com pena privativa de liberdade máxima superior a 4 (quatro) anos; II – se tiver sido condenado por outro crime doloso, em sentença transitada em julgado, ressalvado o disposto no **inciso I do caput do art. 64 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 – Código Penal**; III – se o crime envolver violência doméstica e familiar contra a mulher, criança, adolescente, idoso, enfermo ou pessoa com deficiência, para garantir a execução das medidas protetivas de urgência;"

do paciente a impor a excepcional prisão preventiva para a garantia da ordem pública.

Além disso, e como adequadamente fundamentado pelo d. magistrado, há indícios de que após os atropelamentos o paciente tentou fugir do local, furtando-se da responsabilidade decorrente do evento, não atingido tal intento pela pronta intervenção das pessoas que ali estavam presentes, fato indicativo, vez mais preservado o debate desta acusação ao crivo do contraditório, de que em liberdade intentaria frustrar a aplicação da lei penal, circunstância a fundamentar a prisão preventiva para a aplicação da lei penal.

Sobre o objeto da impetração, cumpre colacionar trecho do judicioso parecer da d. Procuradoria Geral de Justiça, de lavra do Dr. Sérgio Peixoto Camargo que, após detida análise dos fatos trazidos nos autos, sob adequada e pertinente abordagem jurídica, expôs que "*Sua Excelência analisou o quadro probatório de modo sóbrio e preciso e convém realmente ao Juiz ser discreto, sobretudo no procedimento do júri e nesta etapa inicial, em que não há julgamento do mérito (cf. fls. 77/9). E, com a devida vênia, há a efetiva necessidade da custódia, mormente em fave das circunstâncias em que se deram os fatos e suas consequências e mesmo diante da tentativa do paciente de se evadir do local para evitar a responsabilidade criminal.*

Sendo este o quadro, não há o constrangimento ilegal alegado pelo impetrante, seja quanto ao aspecto formal (porque houve motivação bastante na decisão guerreada), seja quanto à questão de fundo, pois está clara a necessidade da prisão cautelar, por dois motivos, cada qual suficiente para mantê-la: a) para impedir que o paciente se subtraia, pela fuga, à persecução penal; b) e porque as próprias circunstâncias em que o homicídio foi cometido permitem inferir que a liberdade do paciente oferece risco social e dão uma base empírica idônea para a aferição da periculosidade, tal como se tem reconhecido em situações comparáveis."

Nesse contexto, não se verifica ilegalidade no ato do Juízo atacado, que de modo fundamentado invocou a circunstância e as consequências do fato reveladores da periculosidade do paciente a impor a prisão para a garantia da ordem pública bem como, também a partir das circunstâncias concretas dos fatos, fundamentou a necessidade da prisão preventiva para a garantia da aplicação da lei penal, razão pela qual de rigor a denegação da ordem.

Presentes os requisitos da prisão preventiva, insuficientes se revelam as medidas cautelares diversas da prisão processual.

Assim, excepcionalmente pelo caso dos autos, de rigor a manutenção da prisão processual até que seja proferida decisão pertinente ao cabo do sumário da culpa quando, se o caso e conforme a decisão, deverá o Juízo fundamentar a manutenção, ou não, da prisão processual ou até superveniente cessação dos fundamentos que a sustentam, dado o caráter "*rebus sic stantibus*" inerente a esta modalidade de prisão.

Acesso ao Sumário

Pelo exposto, denega-se a ordem.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de *Habeas Corpus* nº 2203605-48.2014.8.26.0000, da Comarca de Socorro, em que é paciente DIOGO DE OLIVEIRA GONÇALVES e Impetrante LUIZ ARNALDO ALVES LIMA FILHO.

ACORDAM, em 7ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "CONHECERAM e DENEGARAM a presente ordem de *habeas corpus*. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 8057)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores AMARO THOMÉ (Presidente sem voto), IVANA DAVID e ROBERTO MORTARI.

São Paulo, 22 de janeiro de 2015.

FERNANDO SIMÃO, Relator

Ementa: *Habeas Corpus* com pedido liminar – Crime de Tráfico de drogas – Inexistência de constrangimento ilegal – Decisão que converteu a prisão em flagrante delito em prisão preventiva está bem fundamentada – Presentes os pressupostos da prisão preventiva – Crime que por sua natureza e gravidade demonstra a personalidade deturpada do paciente, justificando a prisão cautelar para a garantia da ordem pública – Inteligência do art. 312 do Código de Processo Penal – Eventuais condições favoráveis do paciente como bons antecedentes, residência fixa e ocupação lícita não garantem direito à liberdade provisória se a manutenção da custódia é recomendada por outros elementos constantes dos autos – Não há se falar nesse momento em desproporcionalidade na imposição da prisão preventiva e pena aplicada em eventual condenação – Ordem denegada.

Acesso ao Sumário

VOTO

O Advogado **LUIZ ARNALDO ALVES LIMA FILHO** impetra o presente pedido de *HABEAS CORPUS*, com pedido de liminar, em favor

de **DIOGO DE OLIVEIRA GONÇALVES**, alegando a ocorrência de constrangimento ilegal por parte do MM. Juízo de Direito da 1ª Vara Criminal da Comarca de Socorro, nos autos do processo nº 0003406-84.2014.8.26.0272.

Alega, em síntese, que o paciente sofre constrangimento ilegal, porque a decisão que converteu a prisão em flagrante delito em preventiva pela pretensa prática do crime de tráfico de drogas não tem fundamentação idônea, que não estão preenchidos os requisitos do art. 312 do Código de Processo Penal e que a custódia provisória é desproporcional ao regime prisional em caso de condenação.

Assim, liminarmente, requer a concessão da liberdade provisória, pois desnecessária a custódia cautelar, e, ao final, a concessão da ordem para tornar definitiva a medida.

Indeferida a liminar (fls. 40) e prestadas as informações (fls. 43), a douta Procuradoria de Justiça manifestou-se pela denegação da presente ordem (fls. 56/59).

É o relatório.

Inviável a concessão da presente ordem de *HABEAS CORPUS*, eis que não se mostra manifesto o constrangimento ilegal que estaria a sofrer o paciente.

O paciente foi preso em flagrante delito no dia 24 de outubro de 2014 pela suposta prática dos crimes previstos nos arts. 33, *caput*, e 35, ambos da Lei nº 11.343/06, apreendendo-se em sua residência 07 (sete) *eppendorfs* contendo cocaína, 01 (uma) porção de maconha e a quantia de R$ 526,00 (quinhentos e vinte e seis reais).

A prisão em flagrante foi convertida em prisão preventiva (fls. 53). E, ao contrário do que alega o impetrante, essa decisão apresenta-se devidamente fundamentada, apesar de sucinta, para tal conclusão, simples leitura de seu conteúdo, conforme transcrição abaixo:

"*Trata-se de prisão em flagrante de **DIOGO DE OLIVEIRA GONÇALVES** pela prática, em tese, de delito previsto no artigo 33 e 35 da Lei nº 11.343/06. Ao que tudo indica, o investigado abastece múltiplas biqueiras da região, valendo-se de menores para a venda das substâncias, além de possuir laços de amizade e de parentesco com indivíduos já em cumprimento de pena pelo famigerado delito, tais como **Esteves Anderson de Oliveira, vulgo** '**Estevinho**', **seu tio,** e **Fábio Augusto de Gonçalves, vulgo** '**Fabinho**', **seu irmão,** sendo que o averiguado tinha em seu poder significativa quantia em dinheiro (R$ 526,00), de origem desconhecida, assim como pesam contra ele diversas denúncias da prática do tráfico de drogas nesta cidade.*

À vista dos elementos até então colhidos, vislumbro provada a materialidade delitiva (declarações dos guardas municipais, dos policiais civis e do adolescente infrator I.A.M.M.), bem como a existência de indícios

suficientes de autoria, já que, detido em situação de flagrância. Nesta senda, encontrando-se o flagrante formalmente em ordem, incabível o relaxamento da prisão.

Igualmente, incabível a concessão da liberdade provisória. Isso porque verifico haver nos autos elementos autorizadores da manutenção da custódia cautelar, pois, solto, seguramente voltará a delinquir. Com efeito, o crime dessa natureza traz ao meio social consequências graves, sendo ainda um meio propulsor para a prática de outros delitos – como furtos e roubos praticados por dependentes para sustentarem seu vício, gerando intranquilidade social. Logo, presentes os requisitos legais necessários à prisão preventiva, nos termos do parágrafo único do artigo 310 do Código de Processo Penal, devendo, por tais motivos, responder preso ao processo.

Por todo o aduzido, acolho o parecer ministerial e nos termos do artigo 310, II, do Código de Processo Penal, CONVERTO A PRISÃO EM FLAGRANTE EM PRISÃO PREVENTIVA, como garantia da ordem pública, da instrução criminal e para assegurar a aplicação da lei penal".

Portanto, bem fundamentada a necessidade do acautelamento, não havendo se falar em vício na decisão hostilizada.

Realmente imperiosa a sua manutenção em cárcere, tal como entendeu o douto Juiz, com o fim de preservar a coletividade contra pessoas potencialmente perigosas. A revogação da prisão cautelar seria contrária aos anseios da sociedade, que clama por mais rigor na punição dos crimes que vêm causando imenso desassossego na sociedade. A conduta do paciente revela periculosidade a impor postura rigorosa para garantia da ordem e paz pública.

Sabe-se que o tráfico de drogas é uma espécie de mola propulsora à prática de outros crimes graves, principalmente roubos. Justamente atento a isso que se impõe tratamento com maior rigor ao traficante.

Não é só. Quem enverada para prática desse tipo de criminalidade, indisfarçavelmente tem personalidade deturpada, causadora de risco à ordem pública.

Acesso ao Sumário

Para tal tipo de situação nem mesmo a eventual residência fixa, a ocupação lícita e os bons antecedentes constituem requisitos individuais que, isoladamente, bastam para a concessão da liberdade provisória, à vista da potencialidade e periculosidade do fato criminoso e da necessidade de assegurar-lhe a aplicação da lei penal.

A doutrina afirma que: "As causas enumeradas no art. 312 são suficientes para a decretação da custódia cautelar de indiciado ou réu. O fato de o agente ser primário, não ostentar antecedentes e ter residência fixa não o levam a conseguir um alvará permanente de impunidade, visto que essa tem outros fundamentos. A garantia da ordem pública e da ordem econômica, bem como a conveniência

da instrução criminal e do asseguramento da aplicação da lei penal fazem com que o juiz tenha base para segregar de imediato o autor da infração penal grave" (Guilherme de Souza Nucci, Código de Processo Penal Comentado, editora RT, 9ª edição, p. 635).

Ainda, a jurisprudência:

> "Entorpecente – Tráfico – Irrelevância de o agente ser primário e de bons antecedentes ou, ainda, de não estarem presentes os requisitos da prisão preventiva – Delito equiparado ao hediondo, insuscetível de liberdade provisória – Inteligência dos arts. 5º, LXVI, da C.F., e 2º, II, da Lei 8.072/90: – Na prisão em flagrante decorrente de tráfico ilícito de entorpecentes são irrelevantes as circunstâncias de o agente ser primário e de bons antecedentes ou, ainda, de não estarem presentes os requisitos da prisão preventiva, pois, nos termos dos arts. 5º, LXVI, da C.F., e 2º, II, da Lei 8.072, tal delito é equiparável aos crimes hediondos e, portanto, insuscetível de liberdade provisória" (RT 764/609).

Não se pode olvidar que a operação policial, que culminou com o encontro das drogas na residência do paciente, ocorreu visando desmantelar organização voltada ao tráfico de drogas.

Devido a esses motivos desfavoráveis, o paciente não teve seu direito à liberdade ferido, inexistindo qualquer afronta ao Princípio Constitucional da Presunção de Inocência.

Também não merece acolhida a tese de que há uma desproporcionalidade entre a imposição da prisão preventiva e regime prisional a ser fixado em caso de eventual condenação. Tal assertiva não constitui fundamento suficiente para respaldar a soltura do paciente, até mesmo porque a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos e o regime prisional somente serão fixados no momento de eventual condenação, não podendo nesta estreita via de *habeas corpus* realizar ilações do suposto desfecho da ação penal a ensejar qualquer antecipação do mérito, pelo que não se avizinha, por ora, qualquer desproporcionalidade na manutenção da prisão preventiva do paciente.

Em suma, não merece qualquer censura a decisão que decretou o cerceamento do *status libertatis* do paciente, haja vista que foi bem fundamentada.

Ante o exposto, pelo meu voto, **CONHEÇO** e **DENEGO** a presente ordem de *habeas corpus*.

Acesso ao Sumário

Mandados de Segurança

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Mandado de Segurança nº 2198474-92.2014.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é impetrante ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL – SEÇÃO SP, é impetrado MM. JUIZ(A) DE DIREITO DA 13ª VARA CRIMINAL DA CAPITAL.

ACORDAM, em 4ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Denegaram a segurança. V.U. Sustentou oralmente o I. Defensor, Dr. Euro Bento Maciel Filho 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 24.674)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores EUVALDO CHAIB (Presidente sem voto), CAMILO LÉLLIS e EDISON BRANDÃO.

São Paulo, 16 de dezembro de 2014.

IVAN SARTORI, Relator

Ementa: Mandado de segurança – Imposição de penalidade pecuniária à defensora – Lançamento de cota interlinear nos autos, com claro propósito de desrespeitar o juízo – Multa imposta pelo magistrado que deve ser mantida – Conduta reprovável, a justificar a cominação – Exegese do art. 161 do CPC – Precedentes do STJ e desta Corte – Razoabilidade – Ordem denegada.

Acesso ao Sumário

VOTO

Cuida-se de mandado de segurança, com pedido liminar, impetrado pela OAB, em favor de causídica atuante em processo em trâmite na 13ª Vara Criminal da Comarca de São Paulo.

Aduz a impetrante que, durante a audiência de instrução e julgamento realizada no dia 02 de junho p.p., a advogada Alessandra Martins Gonçalves Jirardi, que fazia a defesa de dois acusados daquele processo, solicitou ao Juízo que as alegações finais fossem apresentadas por escrito, em vista da complexidade da causa. Todavia, seu pedido foi indeferido pelo magistrado, ao

argumento de que se tratava de um "mero" roubo. Assim, a causídica apresentou suas alegações finais orais, que foram entregues em "pen drive" ao Juízo. A par disso, a autoridade coatora sentenciou o feito em menos de cinco minutos, o que causou estranheza à defesa.

Desse modo, ao receber o termo de audiência, a defensora lançou nos autos, de próprio punho, os seguintes dizeres: "*A defesa informa que apresentou as alegações finais em pen drive às 18:20 e a sentença foi proferida às 18:25, portanto, já estava pronta, não sendo apreciada devidamente a defesa*" (fl. 18).

Contudo, entendendo a autoridade impetrada tratar-se de lançamento de "cota interlinear", em clara violação ao disposto no art. 161 do CPC, lhe impôs multa no valor de meio salário mínimo.

Com isso não se conforma a impetrante, argumentando que não restou configurado desrespeito ao magistrado ou prejuízo ao processo a justificar a imposição da penalidade. Aduz, ainda, que compete exclusivamente à OAB o poder de punir disciplinarmente o advogado, de sorte que, se a autoridade coatora quisesse aplicar referida multa, deveria ter oficiado à OAB para esta fazê-lo, caso assim entendesse. Diz, por fim, que a multa aplicada constitui indevida intromissão do poder jurisdicional no exercício da advocacia.

Indeferida a prestação prévia (fls. 29/30), advieram os informes de fls. 34/6.

A douta Procuradoria Geral de Justiça é pela denegação da segurança (fls. 38/41).

Esse o relatório.

Colhe-se da decisão que impôs a penalidade à causídica que: "*(...) 6 – Na data da segunda audiência, tal advogada mencionou verbalmente para minha escrevente de sala que iria requerer prazo para memoriais, obtendo como resposta que eu realizo debates orais, em observância ao disposto no art. 403 do Código de Processo Penal, rito instituído em 2008 e que é a regra, sendo exceção a concessão de prazo para os feitos complexos ou com muitos acusados, o que não ocorre em absoluto neste caso, pois se trata de 'mero' roubo a transeuntes praticado por três agentes em um veículo. Isso desagradou sobremaneira a defensora, que, ao final da instrução, formulou também requerimento de juntada do BOPM e de gravações do COPOM, todos fundamentadamente indeferidos. 7 – Não satisfeita, após a rejeição daqueles pleitos, formulou novo requerimento de concessão de prazo para memoriais, que acabou ficando truncado a fls. 155, conforme certidão retro, mas que também foi indeferido. Por conta disso, de maneira acintosa, ela ignorou o prazo legal para elaboração de seus debates, motivo pelo qual minha escrevente de sala teve que alertá-la a respeito. 8 – No enorme tempo que ela demorou para elaborar sua manifestação, por óbvio já fui estruturando a sentença, a qual foi proferida com rapidez porque as alegações dela basicamente reiteravam os requerimentos já deduzidos anteriormente. Além disso, como é óbvio, o*

Acesso ao Sumário

pertinente é se suas postulações foram examinadas ou não, sendo irrelevante quanto tempo demorei para fazê-lo. 9 – Por razões que somente a advogada pode explicar, lançou, sem qualquer razão, a cota interlinear de fls. 170, em clara violação ao disposto no artigo 161 do CPC, aqui aplicado subsidiariamente, motivo pelo qual aplico a ela multa do valor de meio salário mínimo. Deixo, porém, de determinar, ao menos por ora, seja ela riscada dos autos para que o Tribunal de Justiça, na análise dos recursos, possa examiná-la" (fls. 19/21).

Vê-se, pois, que reprovável a conduta da ilustre advogada, a uma, porque se manifestou em local inapropriado, sem que tivesse vista dos autos para tanto e, a duas, desmereceu o trabalho efetuado pelo douto magistrado, alegando que a sentença foi proferida sem a necessária análise de suas alegações finais.

Não se vislumbra, outrossim, visasse a manifestação da causídica apenas o registro da ocorrência de um fato relevante à defesa dos réus, como consignado na impetração.

Em não concordando com o posicionamento do juízo, deveria apresentar sua irresignação pela via adequada, como, por exemplo, em preliminar de nulidade nas razões de recurso.

Há meios próprios e vias processuais específicas ao resguardo, de forma legítima, do exercício da ampla defesa.

Logo, bem agiu o magistrado ao impor a penalidade à advogada, que assim procedeu nos exatos termos do art. 161 do CPC.

Não se trata, absolutamente, de intromissão na função disciplinar afeta à OAB, mas sim de cominação de ordem administrativa/jurisdicional prevista em lei.

No respeitante, veja-se aresto do Superior Tribunal de Justiça:

"*PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. VIOLAÇÃO AO ART. 535 DO CPC. INEXISTÊNCIA. LANÇAMENTO DE COTAS MARGINAIS OU INTERLINEARES NOS AUTOS. ART. 161 DO CPC. IMPOSSIBILIDADE. 1. A instância de origem, ainda que de modo conciso, decidiu a controvérsia realizando interpretação literal do disposto no art. 161 do CPC. Não caracteriza insuficiência de fundamentação a circunstância do acórdão atacado ter solvido a lide contrariamente à pretensão da parte. Inexistência de violação ao art. 535 do CPC. 2. O ato de inserir qualquer anotação nos autos, quando não for aberta vista ao advogado, será inserida na denominação de 'cota marginal' ou 'interlinear'. Quando constatadas, devem ser riscadas dos autos por determinação do magistrado, além de ser aplicada multa àquele que as houver lançado. Inteligência do art. 161 do CPC. 3. Recurso especial conhecido em parte e improvido*" *(Resp 708.441/RS, Min. Castro Meira, 2ª Turma, j. 07/03/2006).*

E, inclusive, desta Corte:

Acesso ao Sumário

"*Por primeiro, o inconformismo da patrona do réu. Que diz apenas a uma questão processual, sem relação ou referência ao mérito do feito, propriamente dito. E nada obstante o respeito que se presta às teses ministeriais de primeira e segunda instâncias, o recurso merece ser conhecido. Isso porque não se enxerga qualquer tipo de tumulto processual na apreciação do tema. Ademais, não se vê outra forma ordinária e célere para eventual afastamento da penalidade, senão esta, via apelação criminal, nos próprios autos onde aplicada a sanção. A defensora possui, assim, interesse direto e concreto na reforma do decisório, quer na parte de fundo, quer na parte que lhe envolve, como profissional e diretamente. Daí porque o conhecimento de seu inconformismo é necessário. Neste sentido.* '*O advogado acusado de ter procedido ao lançamento de cotas marginais nos autos tem qualidade para, em seu próprio nome, recorrer da decisão que determina sejam riscadas*' *(RJTJESP 129/329). Mas chegando-se a este tema, afasta-se a pretensão de reforma, porque plena e eficazmente apropriada a sanção aplicada. É dos autos que a patrona do réu lançou indevidamente cotas marginais e interlineares em vários trechos do processo, grifando todas aquelas que possivelmente, a seu entender, favoreceriam seu constituinte. Diante disso, o juízo de origem, a teor do art. 161, do Cód.Proc.Civil, em analogia com o art. 3º do Cód.Proc.Penal, aplicou multa de meio salário-mínimo àquela advogada. Contra essa decisão, insurge-se a advogada-apelante. Sem razão, no entanto. Dês que resta plenamente caracterizada a inserção de cotas marginais e interlineares ao longo do processo. A defensora do réu verdadeiramente rasurou diversos trechos dos autos, como se pudesse e em prática de todo banida e censurável, grifando todas as partes que entendia como favoráveis à pretensão de seu cliente (f. 5, 89, 91, 92, 93, 122, 133 e 134). Tal conduta, entretanto, é vedada pelo ordenamento jurídico (art. 161, do Cód.Proc.Civil), exatamente porque reprovável a conduta de grifar trechos de documentos públicos – provas testemunhais e laudo pericial –, para chamar a atenção do magistrado. Ora. Já constitui obrigação de todo e qualquer magistrado a análise cabal das provas produzidas, para a prolação de um decreto sentencial. Donde a evidente desnecessidade dos grifos produzidos pela advogada do réu. Só por aí, então, a multa já seria devida. Mas há mais. O processo é público e exige o mínimo de respeito daqueles que nele atuam. Não se pode imaginar que o processo criminal é uma folha de retalhos, um livro escolar, de propriedade de quem quer que seja, no qual seria permitido qualquer tipo de intervenção. Daí porque evidente o desrespeito com a Justiça e com o processo, fazendo incidir a multa prevista no art. 161, do Código de Processo Civil. Exatamente como se fez.* '*A rasura dos autos, grifando expressões de conveniência da parte, pode configurar a hipótese do CPC 161, impondo-se multa ao autor da prática.*' *(2º TACivSP, 10ª Câmara, Ap. n.º 600.696-0/5, Juiz Soares Levada, v.u., j. 31.01.2001). De sorte que agiu com plena razão o juízo* '*a quo*', *aplicando multa à autora*

Acesso ao Sumário

das cotas marginais e interlineares constantes dos autos." *(Apelação nº 990.08.066488-3, Des. Luís Soares de Mello, 4ª Câmara, j. 10/11/2009).*

Não há falar, pois, em ato ilegal ou abusivo, a merecer reparação.

Denega-se a segurança.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Mandado de Segurança nº 2198940-86.2014.8.26.0000, da Comarca de Iguape, em que é impetrante MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO, é impetrado MM. JUIZ DE DIREITO DA 1ª VARA JUDICIAL DE IGUAPE.

ACORDAM, em 9ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Concederam a segurança para dar efeito suspensivo ao recurso em sentido estrito, V.U.", de conformidade com o voto do Relator deste acórdão. **(Voto nº 31.635)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores SÉRGIO COELHO (Presidente) e ROBERTO SOLIMENE.

São Paulo, 22 de janeiro de 2015.

ROBERTO MIDOLLA, Relator

Ementa: MANDADO DE SEGURANÇA. PRETENSÃO DE EFEITO SUSPENSIVO AO RECURSO EM SENTIDO ESTRITO. ADMISSIBILIDADE. *MANDAMUS* CONCEDIDO.

VOTO

Cuida-se de mandado de segurança, com pedido liminar, impetrado pelo ilustre Promotor de Justiça de Iguape, Dr. RENATO DOS SANTOS GAMA, contra ato do MM. Juiz de Direito da 1ª Judicial de Iguape, consubstanciado no deferimento da liberdade provisória ao acusado CARLOS EDUARDO FARIA LOURENÇO.

Discorre que o réu teve a prisão temporária decretada e permaneceu foragido. Após, foi denunciado pela prática dos crimes de homicídio qualificado e homicídio qualificado tentado e a autoridade impetrada concedeu liberdade provisória. Argumenta que há elementos seguros de que o acusado praticou os dois delitos e que a prisão preventiva, *in casu*, se faz necessária para garantia da ordem pública e eficácia de futura aplicação da lei penal. Requer, assim, seja concedida a segurança para atribuir efeito suspensivo ao recurso em sentido

Acesso ao Sumário

estrito interposto e cancelar a liberdade provisória (fls. 01/18).

O pedido de liminar foi indeferido (fls. 190/191) e foram prestadas as informações (fls. 195/197).

A D. Procuradoria Geral de Justiça opinou pela concessão do *mandamus* (fls. 222/229).

É o relatório.

Por decisão proferida em 22.10.2014, o MM. Juiz de Direito, Dr. JOSÉ MARQUES DE LACERDA, concedeu liberdade provisória a CARLOS EDUARDO FARIA LOURENÇO (fls. 205/210).

Pois bem.

Inicialmente, reconheço a legitimidade *ad causam* do MINISTÉRIO PÚBLICO.

Como se sabe, o mandado de segurança é destinado, por definição legal, para proteção de direito líquido e certo, não amparado por *habeas corpus* ou *habeas data*, quando o responsável pela ilegalidade ou abuso do poder for autoridade pública ou agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições do Poder Público (art. 5º, inciso LXIX, da Constituição Federal) ou, nos termos do art. 1º da Lei nº 12.016, de 07 de agosto de 2009:

> "*Conceder-se-á mandado de segurança para proteger direito líquido e certo, não amparado por habeas corpus ou habeas data, sempre que, ilegalmente ou com abuso de poder, qualquer pessoa física ou jurídica sofrer violação ou houver justo receio de sofrê-la por parte de autoridade, seja de que categoria for e sejam quais forem as funções que exerça*".

O eminente Professor EDUARDO ARRUDA ALVIM discorre historicamente sobre o conceito de direito líquido e certo e pondera:

> "*Hoje, predomina o entendimento de que a certeza do direito é aferível a partir da circunstância de estarem suficientemente demonstrados os fatos a partir dos quais se pretende a concessão da ordem. A propósito, o STF editou a Súmula 625, vazada nos termos seguintes:* '*Controvérsia sobre matéria de direito não impede concessão de mandado de segurança*', *exatamente na linha que sustentamos desde a primeira edição deste trabalho.*
>
> *(...)*
>
> *Por outro lado, a liquidez é um requisito que mais significa um* '*reforço de expressão*', *na terminologia de Castro Nunes. E, assim, diferentemente da posição de BUZAID, estamos de acordo com autores eminentes (BARBI, SÉRGIO FERRAZ, LÚCIA VALLE FIGUEIREDO, dentre tantos), ao reconhecer na ideia de direito líquido e certo um conceito eminentemente processual.*
>
> *Se assim é, não admitir no mandado de segurança a liquidez do*

Acesso ao Sumário

*direito, porque a lei é obscura, '**seria uma verdadeira denegação de justiça**'. Assim, parece-nos, em síntese, é correto dizer que o direito líquido e certo pressupõe a '**incidência da regra jurídica sobre fatos incontroversos**'.*

(...)

Hoje, reformulamos esse posicionamento. Em verdade, como adverte ARNOLDO WALD, a aceitação da posição do Ministro COSTA MANSO sobre o que se deva entender por direito líquido e certo (de que em relação às quaestionis iuris inexiste limite para a atividade do juiz) importa ou sugere, ipso facto, a aceitação de que o princípio do iura novit curia igualmente se aplica em sede de mandado de segurança. E, insista-se, repensando nosso primitivo posicionamento, concluímos que inexiste óbice a tanto. Vamos mais adiante: se o princípio do iura novit curia é aceito nas ações ordinárias, com muito mais razão deve sê-lo em sede de mandado de segurança.

Por outras palavras, havendo certeza quanto aos fatos, provados de forma cabal com os documentos acostados à inicial, líquido e certo será o direito, independentemente da extensão e profundidade da controvérsia jurídica".[1]

Cabe lembrar também que deve estar comprovado de plano, apresentando-se com todos os requisitos para o seu reconhecimento e o seu exercício no momento da impetração, no dizer autorizado de HELY LOPES MEIRELLES (*Mandado de Segurança e Ação Popular*, 5ª edição, RT, pág. 16; 24ª edição, Malheiros, pág. 36; 32ª edição, Malheiros, pág. 34).

Há necessidade, destarte, de haver direito líquido e certo, bem como que o ato da autoridade seja ilegal ou ainda praticado com abuso de poder, o que é o caso dos autos.

Senão, vejamos.

Corolário dessas lições é o que está disposto na Súmula 267, do Colendo Supremo Tribunal Federal, a saber: *Não cabe mandado de segurança contra ato judicial passível de recurso ou correição.*

Acesso ao Sumário

No caso em testilha, a impetrante interpôs recurso em sentido estrito contra aquela decisão. Com efeito, a jurisprudência tem admitido que, por via de mandado de segurança, seja dado efeito suspensivo a recurso que não o tenha.

Para que isso ocorra, há necessidade da ocorrência de risco de dano irreparável ou de difícil reparação. Confira-se:

"*É certo que, em hipóteses excepcionais, a jurisprudência tem admitido o efeito suspensivo em recursos que a lei só deu o devolutivo. Mas isso, quando presentes o fumus boni juris e houver risco de dano irreparável ou de difícil reparação que não possa ser afastado pelos*

1 *Mandado de Segurança*, 2ª ed., GZ Editora, págs. 90-1, 101-2.

recursos processuais comuns". *(RJTJESP 139/241)*

É exatamente a hipótese dos autos. Não há como admitir a concessão da liberdade provisória, porquanto os delitos praticados, um tentado e outro consumado, são graves, hediondos.

Diante da natureza dos crimes supostamente perpetrados pelo acusado, mostram-se presentes os requisitos legitimadores da custódia cautelar, sobretudo, para a garantia da ordem pública.

Dada a relevância e clareza de exposição de ideias, encampo o parecer ministerial de lavra do Procurador de Justiça, Dr. PEDRO MANOEL RAMOS, exarado nesta Instância:

"A urgência e necessidade do remédio buscado já restou bem demonstrada pelo i. Impetrante, a dispensar maiores considerações, em convincente arrazoado, em face da inescondível periculosidade do acusado que continuaria em liberdade até o efetivo julgamento do recurso em sentido estrito, reiterando a conduta criminosa que ensejou sua prisão em flagrante. (§) Como anotado pelo impetrante, entre outras pertinentes considerações, o crime teve enorme repercussão na pacata Comarca de Iguape. 'Isso porque, Carlos Eduardo Faria Lourenço, Vereador do Município de Ilha Comprida, proprietário de estabelecimentos comerciais tanto em Iguape quanto em Ilha Comprida, ingressou em um evento público trazendo consigo arma de fogo, à revelia de toda a segurança e revista no local que visava a impedir que pessoas participassem do evento portando tais objetos, o que curiosamente não foi aplicada ao réu, e atira contra multidão, matando um e tentando matar outro. (§) Não bastasse isso, após ter empreendido fuga e abandonado seu carro e uma jaqueta que utilizava, Policiais Militares constataram que Carlos Eduardo trazia no bolso da referida peça de roupa uma porção de cocaína, provavelmente para seu uso pessoal. A partir de então, graças a seu alto poder aquisitivo, o denunciado passou a se furtar de forma eficaz à sua prisão temporária. (§) A violência empregada e a liberdade de Carlos Eduardo geraram forte sentimento de impunidade e de insegurança nos cidadãos de Iguape e de Ilha Comprida, que não suportam a possibilidade de que tamanha barbárie seja praticada em suas portas, a despeito de já serem comuns em cidades de médio e grande porte, e que o agente agressor permaneça solto. (§) E não se trata de fato isolado na vida pregressa do acusado, que tem antecedentes criminais (...) (fls. 11)."

Assim, é flagrante a ilegalidade da decisão guerreada, pois concedeu liberdade provisória àquele que foi denunciado por crimes gravíssimos.

Ante o exposto, concedo a segurança para dar efeito suspensivo ao recurso em sentido estrito.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Mandado de Segurança nº 2195142-20.2014.8.26.0000, da Comarca de José Bonifácio, em que são impetrantes SANTO CROCIARI e LUIS CARLOS RAMOS, é impetrado MMJD 2ª VARA JUDICIAL DA COMARCA DE JOSÉ BONIFÁCIO – SP.

ACORDAM, em 8ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Denegaram a segurança pleiteada, no que concerne à imposição de multa ao Advogado Luiz Carlos Ramos e julgaram prejudicada a impetração, no que concerne aos demais pedidos. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 5373)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores LOURI BARBIERO (Presidente sem voto), ALCIDES MALOSSI JUNIOR e MARCO ANTÔNIO COGAN.

São Paulo, 18 de dezembro de 2014.

GRASSI NETO, Relator

Ementa: Mandado de Segurança – Pedidos de designação de audiência para oitiva de testemunhas e interrogatório do réu – Pedido prejudicado pela superveniência de sentença absolutória

Resta prejudicado o exame do mérito do pedido de reabertura da instrução criminal, feito pela defesa, em razão da prolação de sentença absolutória.

Mandado de Segurança – Imposição de multa por ausência injustificada de patrono em audiência em ação penal para a qual foi regularmente intimado com fundamento no art. 265 do CPP – Inexistência de violação a direito líquido e certo

Não viola direito líquido e certo a imposição de multa judicial contra patrono que teria injustificadamente deixado de comparecer a audiência concernente a ação penal para a qual fora regularmente intimado.

Acesso ao Sumário

VOTO

Vistos,

Trata-se de Mandado de Segurança impetrado por SANTO CROCIARI e LUIZ CARLOS RAMOS, com pedido liminar, contra ato praticado pelo MM. Juiz de Direito da 2ª Vara da Comarca de José Bonifácio, contra a decisão de fls.

64/65 que: (a) rejeitou as justificativas apresentadas por duas testemunhas que não haviam comparecido à audiência de instrução, fixando multa de 01 salário mínimo, bem como requisitou a instauração de inquérito policial pelo crime de desobediência; (b) acolheu a justificativa apresentada pelo réu, o ora impetrante Santo, mas decretou sua revelia; (c) fixou multa ao defensor de Santo, o também ora impetrante Luiz Carlos, em razão de sua ausência na mesma audiência.

Pugnam os impetrantes: (a) seja determinada a oitiva das testemunhas Gustavo e Anderson; (b) a revogação da revelia, com a concessão de nova oportunidade para interrogatório; (c) o cancelamento da multa imposta a Luiz Carlos.

Indeferida a liminar (fls. 70) e prestadas as informações pela autoridade coatora, devidamente instruídas com cópias (fls. 73/91). A Procuradoria Geral de Justiça manifestou-se por julgar prejudicado parte do pedido, e pela concessão do *mandamus*, no que concerne às multas impostas a Luiz Carlos e às testemunhas, determinando-se o trancamento do inquérito policial instaurado contra Gustavo e Anderson.

É o Relatório.

No caso em apreço, o impetrante Santo Crociari teria sido denunciado como incurso no art. 121, § 3º, por duas vezes, e 129, § 6º, ambos do CP, porque, no dia 12 de novembro de 2010, teria matado Bruno Ribeiro de Oliveira e Rogério da Silva Bueno, bem como ofendido a integridade física de Cristiano Roberto Moraes, por negligência, pois não teria guardado devidamente um animal bovino de sua propriedade, que teria invadido a via pública em que as vítimas trafegavam em veículo automotor, acabando por colidir no animal.

Recebida a denúncia, o acusado Santo teria nomeado o impetrante Luiz Carlos para defendê-lo; na audiência de início de instrução, foram ouvidas a vítima Cristiano e a testemunha Alessandro Barbosa, arrolada pela acusação; na audiência de continuação, duas das testemunhas arroladas pela defesa e ambos os impetrantes não compareceram em Juízo, pelo que o D. Magistrado *a quo*, determinou a intimação de todos, para justificarem suas ausências.

Em seguida, na r. decisão recorrida, as justificativas apresentadas por duas testemunhas não teriam sido aceitas, pelo que teria sido fixada multa de 01 salário mínimo e requisitada a instauração de inquérito policial pelo crime de desobediência; a justificativa apresentada pelo réu teria sido aceita, mas teria sido decretada sua revelia; também não teria sido acatado o motivo ofertado pelo defensor técnico, pelo que teria sido estabelecida multa de um salário mínimo.

Anota-se, inicialmente, inexistir qualquer pedido expresso no que concerne à situação processual das testemunhas, pelo que, em relação ao pleito aludido pela D. Procuradoria de Justiça, nada será apreciado.

Ainda que assim não fosse, não teria o d. signatário da inicial capacidade

Acesso ao Sumário

postulatória no que concerne às testemunhas, visto não haver instrumento de mandato juntado aos autos.

Não se pode olvidar, outrossim, que eventual pleito de trancamento ou de arquivamento de inquérito policial somente poderia ser aduzido por meio de *habeas corpus* devidamente instruído, não por mandado de segurança.

No que concerne ao pedido de designação de audiência para oitiva das testemunhas e interrogatório do acusado, mostra tal pleito prejudicado, pois, conforme informação prestada pela autoridade impetrada, foi proferida sentença em 12 de novembro de 2014, pela qual foi o acusado Santo absolvido da imputação que lhe foi feita, a teor do disposto no art. 386, V, do CPP (fls. 83/91).

Não mais subsiste, portanto, motivo para se retomar a instrução processual, em virtude da ausência de prejuízo à parte, advinda da ausência de interrogatório ou mesmo de oitiva de testemunhas.

Dá-se, por fim, como insuficiente a justificativa apresentada pelo impetrante Luiz Carlos, para a sua ausência em Juízo.

Alegou o douto causídico que não teria comparecido em Juízo, pois seu defendido estaria enfermo e não teria pagado as despesas da viagem necessária entre seu escritório, localizado na cidade de São Caetano do Sul e a Comarca onde corria o feito, José Bonifácio.

Pouco importa, com efeito, que, segundo contrato celebrado entre defensor e defendido, incumbisse a este o pagamento com despesas de locomoção, pois tal contrato, estritamente particular, nenhuma influência pode ter no andamento da ação penal.

Caso não tivesse o d. causídico recebido regularmente seus honorários e demais custas, deveria ter renunciado a procuração a ele outorgada, e não pura e simplesmente se ausentar da audiência, prejudicando o regular andamento da ação penal.

Correta, portanto, a imposição da multa de 01 salário mínimo aplicada ao impetrante Luiz Carlos, de acordo com o disposto no art. 265 do CPP, eis que sua conduta acarretou patente prejuízo injustificado à instrução criminal.

Diante do exposto, denega-se a segurança pleiteada, no que concerne à imposição de multa ao Advogado Luiz Carlos Ramos, julgando-se prejudicada a impetração, no que concerne aos demais pedidos.

Acesso ao Sumário

Recursos em Sentido Estrito

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Recurso em Sentido Estrito nº 0024977-42.2013.8.26.0506, da Comarca de Ribeirão Preto, em que é recorrente/querelante ADM COMÉRCIO DE ROUPAS LTDA., é recorrido MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO, querelados MOHSEN FAUAD KHODR, AHMAD FAYAD KHODR, MARCOS RUIZ e MAURO RUIZ.

ACORDAM, em 3ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. V.U. Sustentou oralmente a I. Defensora, Dra. Flávia Elaine Remiro Goulart Ferreira, que pleiteou prazo de 03 dias para apresentar substabelecimento, o que foi deferido; e usou a palavra o Exmo. Procurador de Justiça, Dr. Mario de Magalhães Papaterra Limongi.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 6490)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores LUIZ ANTONIO CARDOSO (Presidente) e TOLOZA NETO.

São Paulo, 21 de outubro de 2014.

CESAR MECCHI MORALES, Relator

Ementa: RECURSO EM SENTIDO ESTRITO – Crime de concorrência desleal – Pretensão de reforma da decisão que rejeitou a queixa-crime por falta de justa causa – Inviabilidade – Bens adquiridos de forma lícita, em leilão realizado pela Receita Federal – Comercialização desses produtos que não se subsume ao tipo penal descrito na Lei 9.279/1996 – Atipicidade da conduta – Ausência das condições da ação penal – Decisão mantida.

RECURSO DESPROVIDO.

Acesso ao Sumário

VOTO

1. Cuida-se de recurso em sentido estrito interposto por **ADM Comércio de Roupas Ltda**. em face da r. decisão de fls. 40-42, que rejeitou a queixa-crime ofertada em desfavor de **Mohsen Fayad Khodr, Ahmad Fayad Khodr, Marcos Ruiz** e **Mauro Ruiz**, acusados de infringir o artigo 195, inciso V, da

Lei 9.279/96.

Irresignada, recorre a querelante, postulando a cassação do *decisum* e o recebimento da queixa (razões (fls. 52-58)).

O reclamo foi contrarrazoado (fls. 63-73, 76-78 e 90-94). O MM. Juiz de Direito manteve sua decisão (fls. 79).

O Ministério Público, em ambas as instâncias, manifestou-se pelo desprovimento do recurso (fls. 76-78 e 84-85).

É o sucinto relatório.

2. Com a devida vênia, a pretensão recursal não comporta acolhimento.

3. Descreve a queixa-crime que os recorridos **Mohsen Fayad Khodr** e **Ahmad Fayad Khodr**, proprietários da empresa Comércio de Confecções América do Sul Ltda., venderam 50 unidades de camisas da marca "Empório Colombo", cuja comercialização é exclusiva da empresa requerente ADM Comércio de Roupas Ltda..

Consta da querela, ainda, que os recorridos **Marcos Ruiz** e **Mauro Ruiz**, sócios administradores da loja Magazine Torra Torra, localizada na rua General Osório, 217, na cidade de Ribeirão Preto, adquiriram e expuseram à venda mencionados produtos, tendo por conseguinte, juntamente com os demais querelados, praticado o crime descrito no art. 195, inciso V, da Lei 9.279/96, na forma do art. 71 do Código Penal.

A inicial acusatória, todavia, foi rejeitada em primeira instância, por ausência de justa causa, "*uma vez que o dolo dos querelados não ficou demonstrado*" (fls. 41-42).

4. Afigura-se correta a conclusão do MM. Juiz singular.

Como é sabido, o recebimento da queixa e da denúncia está condicionado à presença dos pressupostos mínimos para a formação da relação processual: possibilidade jurídica do pedido, interesse de agir e legitimidade de parte.

Imprescindível, portanto, que a imputação configure um fato típico, antijurídico e culpável, o que não se verifica no caso dos autos.

Acesso ao Sumário

Conforme documentos acostados às fls. 13-15 e 96 do apenso, as mercadorias foram adquiridas pelos recorridos **Mohsen** e **Ahmad** em leilão realizado pela Receita Federal, sendo, posteriormente, revendidas para a empresa Magazine Torra Torra, de propriedade de **Marcos Ruiz** e **Mauro Ruiz.**

Não há notícia de que houvesse no edital nenhuma proibição de comercializar as camisetas leiloadas. A guia DARF (fls. 13) prevê tal impedimento somente no caso de arrematante pessoa física, o que não se aplica à hipótese dos autos.

Assim, tendo sido os produtos adquiridos de forma lícita, não há se falar em crime de concorrência desleal.

5. Diante do exposto, pelo meu voto **nega-se provimento** ao recurso, mantendo-se a r. decisão de primeiro grau.

Revisões Criminais

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Revisão Criminal nº 0324825-86.2010.8.26.0000, da Comarca de Birigui, em que é peticionário ULTAIR SÉRGIO LALUCE.

ACORDAM, em 4º Grupo de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Conheceram parcialmente e, nessa parte, julgaram improcedente a ação de revisão criminal aforada por Ultair Sérgio Laluce. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 16.521)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores GRASSI NETO (Presidente), LOURI BARBIERO, AMARO THOMÉ, ALCIDES MALOSSI JUNIOR, FERNANDO SIMÃO, ROBERTO MORTARI, J. MARTINS e MARCO ANTÔNIO COGAN.

São Paulo, 11 de dezembro de 2014.

MOREIRA DA SILVA, Relator

Ementa: Revisão Criminal – Duplicata simulada – Pedido para que o peticionário aguarde o julgamento em liberdade – Incabimento – Prisão que decorre de título penal condenatório, com trânsito em julgado, não tendo a revisão criminal natureza de recurso, mas de ação penal – Pretensão à unificação de penas e o reconhecimento da continuidade delitiva – Não conhecimento – Questão que deve ser submetida ao Juízo das Execuções Criminais (art. 66, III, "a", Lei nº 7.210/84) – Crimes que foram objetos de processos penais autônomos – Inexistência nos autos de decisão da Vara das Execuções Criminais, a tornar duvidosa a possibilidade de decidir-se,

Acesso ao Sumário

nesta sede revisional, acerca da questão sem ferir o princípio constitucional do juiz natural (art. 5º, XXXVII, CF), com supressão de instância – Peticionário que pretende o revolvimento das provas e, com isso, alcançar a absolvição – Impossibilidade – Materialidade e autoria suficientemente provadas – Ausência das duplicatas falsas nos autos que não implica em falta de prova da materialidade, vez que presente comprovação da entrega dos títulos de crédito em cartório e da realização do protesto em nome do sacado – Réu confesso – Conjunto probatório suficiente à condenação – Irrescindível, pois, o decreto condenatório – Penas e regime prisional escorreitamente fixados – Ação revisional conhecida parcialmente, mas julgada improcedente nessa parte.

VOTO

1. Trata-se de Revisão Criminal aforada por **Ultair Sérgio Laluce**, condenado às penas de 2 (dois) anos de detenção, em regime aberto, e 10 (dez) dias-multa, no piso, por incurso no artigo 172*, caput*, do Código Penal (fls. 205/213), substituída a pena privativa de liberdade por duas restritivas de direitos, consistentes em prestação pecuniária no valor de dois salários mínimos e prestação de serviços à comunidade.

Intimado da r. sentença, o peticionário interpôs apelação, à qual, depois de oferecidas as razões e contrarrazões e lavrado o parecer da E. Procuradoria Geral de Justiça, foi negado provimento, por unanimidade de votos (fls. 254/261), de cujo v. acórdão foram intimadas as partes, operando-se o trânsito em julgado, objeto de regular certidão (fl. 274).

O douto advogado, nesta instância revisional, aduzindo que "*o presente pedido agora trata-se da revisão de seu processo individualmente e não da execução de suas sentenças e processos*", requer "*seja concedido liminarmente, uma ordem de* Habeas Corpus *para que o revisionante aguarde em liberdade o julgamento definitivo do presente pedido de revisão criminal*", tendo vista que a "*decisão não foi justa e trouxe grandes prejuízos ao revisionante, que está preso há mais de 06 meses*". No mérito, alega que a decisão condenatória constitui um "*clamoroso erro judiciário*", porquanto não teve reconhecida a continuidade delitiva e nem a unificação das penas. Acenando, ainda, com a fragilidade probatória, pugna pela absolvição. Por fim, pede, ainda, "*que as Egrégias Câmaras Reunidas lhes reconheçam desde logo, o direito a uma justa indenização pelos prejuízos ocorridos, a ser tudo liquidada no juízo cível (art.*

Acesso ao Sumário

630)".

Processada a ação, a cujos autos foram apensados os da ação penal condenatória, manifestou-se a Procuradoria Geral de Justiça pela rejeição da matéria preliminar e, no mais, pelo não conhecimento do pedido revisional.

É o relatório.

2. Cabe registrar, de começo, carecer de amparo legal o pedido para que o peticionário aguarde em liberdade o julgamento da presente ação revisional. Isso porque a prisão do peticionário decorre de título penal condenatório regularmente editado, com trânsito em julgado, não tendo a revisão criminal natureza de recurso, mas de ação penal.

Outrossim, descabido o pleito tendente a ver reconhecida, no âmbito da revisão criminal, a continuidade delitiva, disciplinada pelo artigo 71 do Código Penal, nesse ponto não merecendo ser conhecida a ação. Isto porque se trata de tema a ser submetido à apreciação e julgamento do Juiz das Execuções Criminais, sob o título de unificação de penas (art. 66, III, "a", Lei nº 7.210/84), mormente porque os crimes, segundo emerge dos autos da ação penal, foram objetos de processos penais autônomos, não estando os feitos mencionados pela douta defesa (fl. 04/05) em apenso, não podendo, assim, ser reconhecidos. E mais, não há nestes autos notícia de decisão da Vara das Execuções Criminais a respeito deste processo (fl. 19), a tornar duvidosa a possibilidade de decidir-se, nesta sede revisional, acerca da questão sem ferir o princípio constitucional do juiz natural (art. 5º, XXXVII, CF), com supressão de instância.

No mais, a ação revisional visa à reparação de erro judiciário. Não há de ser tratada como apelação. A coisa julgada não é, como de todos sabido, a mesma coisa que a sentença recorrível. E mais, a decisão impugnada, para ser rescindida, há de ser manifestamente contrária à prova dos autos ou ao texto expresso da lei.

Pois bem. No caso em exame, sem nenhuma prova nova, pretende o peticionário ver reaberta a porta para o revolvimento das provas e, com isso, alcançar a absolvição.

Mas não lhe assiste razão.

Com efeito, Ultair Sérgio foi processado e condenado pelo crime de duplicata simulada, porque, na data, horário e local indicados na denúncia, emitiu duas duplicatas, que não correspondiam às mercadorias vendidas, nos valores de R$ 560,00 e R$ 1.490,00, em prejuízo de João Antônio Frachi.

A materialidade do crime apresenta-se cumpridamente demonstrada não só pelo boletim de ocorrência de fls. 04/06, pelos documentos de fls. 08/11 e 20, senão também pela prova oral amealhada nos autos.

Cumpre registrar, nesse ponto, que não prospera a tese de que não haveria prova da materialidade do delito, porquanto não teriam sido juntadas

Acesso ao Sumário

as duplicatas emitidas e postas em circulação pelo peticionário, uma vez que se trata de crime *sui generis*, cuja prova não é feita apenas pela cártula a ser anexada aos autos.

Assim, a ausência das duplicatas nos autos não implica em falta de prova da materialidade do crime, tendo em vista que as certidões do 2º Tabelionato de Notas e Protesto de Letras e Títulos da Comarca de Birigui comprovam a entrega dos títulos de crédito (duplicatas falsas) ao cartório, que emitiu os protestos em nome do sacado, ora vítima. Outrossim, tais documentos (protestos) não tiveram contestada, em nenhum momento, a sua veracidade. E mais, não se pode perder de vista que o próprio réu confessou, em pretório, a emissão da duplicata simulada, e sua posterior entrega à empresa de crédito.

A autoria atribuída ao peticionário, por sua vez, igualmente, exsurge incontroversa.

Com efeito, o peticionário confessou a prática delitiva em juízo (fls. 156/157), confirmando que as duplicatas descritas nos autos foram emitidas sem causa. Alegou que sua empresa era sólida, mas, foi vítima de uma quadrilha, composta por funcionários e parentes e, em razão de dificuldades financeiras, ele resolveu emitir as duplicatas com a intenção de resgatá-las futuramente, mas não conseguiu em função dos juros praticados. Acrescentou que a empresa de Factoring Cred Rápido tinha conhecimento da fraude.

A confissão judicial do peticionário merece inteira credibilidade, mormente por encontrar plena e consistente ressonância nos demais elementos probantes amealhados nos autos, notadamente sob o pálio do contraditório (art. 197, CPP).

Cumpre registrar, nesse ponto, que a vítima João Antônio (fl. 172) disse que somente tomou conhecimento das duplicatas frias quando foi abastecer e o posto de gasolina recusou o pagamento com o cheque, informando que havia restrição na cidade de Birigui.

Robustecendo, mais ainda, o quadro probatório, a testemunha de acusação Leucimar (fl. 171) contou que, na época dos fatos, trabalhava com a vítima e teve conhecimento de que as duplicatas foram emitidas na cidade de Birigui sem que representasse qualquer negociação comercial.

Logo se vê que a confissão judicial e o depoimento da testemunha de acusação Leucimar e da vítima João Antônio são elementos de convicção seguros acerca da autoria do crime atribuída ao peticionário.

Provimento condenatório, portanto, irrefragavelmente bem editado e confirmado em sede de apelação, não tendo porque ser modificado.

Penas no mínimo legal, substituídas por restritivas de direitos. Regime prisional aberto.

Destarte, por não ter a defesa do peticionário demonstrado a existência

Acesso ao Sumário

de *decisum* condenatório contrário à evidência dos autos, a revelar a higidez da coisa julgada criminal, exsurge imperioso proclamar-se a improcedência[1] da ação revisional.

3. Pelo exposto, **conhece-se parcialmente** e, nessa parte, **julga-se improcedente** a ação de revisão criminal aforada por Ultair Sérgio Laluce.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Revisão Criminal nº 0207289-49.2013.8.26.0000, da Comarca de Bragança Paulista, em que é peticionário DANIEL YONG JOO KIM.

ACORDAM, em 2º Grupo de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Conheceram a presente ação e DEFERIRAM o pedido revisional, porque a condenação se deu de forma contrária à evidência dos autos, nos termos do art. 621, I do Código de Processo Penal, e absolveram o acusado DANIEL YONG JOO KIM com fulcro no art. 386, III do Código de Processo Penal. v.u.. Esteve presente o I. Defensor, Dr. Nagashi Furukawa", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 15325)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores IVAN SARTORI (Presidente), LUIS SOARES DE MELLO, EUVALDO CHAIB, GERALDO WOHLERS, LUIZ ANTONIO CARDOSO, TOLOZA NETO, RUY ALBERTO LEME CAVALHEIRO, CESAR MECCHI MORALES e CAMILO LÉLLIS.

São Paulo, 16 de dezembro de 2014.

EDISON BRANDÃO, Relator

Ementa: REVISÃO CRIMINAL – Art. 39 da Lei 9.605/98 – Sentença condenatória contrária à evidência dos autos – art. 621, I, do CPP – Pleito de absolvição – Necessidade – Laudo pericial que não constata que o corte de árvores tenha ocorrido em

1 – Extrai-se dos ensinamentos de José Frederico Marques ("Elementos de Direito Processual Penal", Bookseller Ed., 1ª edição/2ª tiragem, 1998, vol. IV, p. 322) e Hélio Tornaghi ("Curso de Processo Penal", Ed. Saraiva, 8ª edição, 1992, vol. 2, p. 372) que, no caso de acolhimento do pedido revisional, a expressão adequada e escorreita, a figurar no dispositivo do julgado, será "julga-se procedente" e, não, "defere-se". Esse entendimento, aliás, encontra fundamento, v.g., no artigo 626 do Código de Processo Penal: "*Julgando procedente* a revisão, o tribunal poderá alterar a classificação da infração, absolver o réu, modificar a pena ou anular o processo". Bem por isso, a hipótese dos autos reclama a expressão "julga-se improcedente". Assim, valoriza-se um dos aspectos primaciais da Ciência do Direito, que consiste na linguagem jurídica.

Acesso ao Sumário

floresta, elementar do tipo penal, não havendo sequer prova oral hábil a suprir tal laudo – Revisão deferida.

VOTO

Cuida-se de Revisão Criminal interposta em favor de **DANIEL YONG JOO KIM**, condenado pela prática de delito capitulado no art. 39 da Lei 9.605/98, à pena de 1 (um) ano de detenção, em regime aberto, e 10 (dez) dias-multa, no piso, decisão esta mantida pela Colenda 1ª Câmara Criminal deste E. Tribunal de Justiça, em acórdão encartado a fls. 101/107.

A fls. 334, a r. decisão transitou em julgado para as partes.

Sustenta o peticionário a nulidade do processo, por ausência de exame de corpo de delito, sendo indispensável para a demonstração da materialidade do crime, que se demonstre o corte de árvores em área de preservação permanente, e que tenha ocorrido em floresta, sendo esta elementar do tipo. Alega que, inclusive, a própria representante do Ministério Público notando a falta de tipificação requereu a fls. 92 do processo a complementação do laudo e não houve resposta sobre a questão.

Aduz a defesa, ainda, que mesmo que se entendesse pela constatação da materialidade sem a perícia, o crime que se caracterizaria seria o descrito no art. 48 da Lei 9.605/98, não podendo haver condenação pelo art. 39 da mesma lei. Alega, por fim, que o V. Acórdão foi nulo no que se refere à aplicação da pena privativa de liberdade, deixando de aplicar a pena de multa, prevista alternativamente para o delito. Busca, liminarmente, a suspensão de sua execução até o julgamento da revisão, e, no mérito, a concessão da presente revisão para absolver o peticionário (fls. 02/12).

A liminar foi indeferida a fls. 116.

Manifestou-se a Douta Procuradoria Geral de Justiça pelo indeferimento do pedido (fls. 123/124).

Relatei.

Acesso ao Sumário

Conforme o artigo 621 do Código de Processo Penal, caberá revisão criminal quando a sentença condenatória for contrária ao texto expresso da lei penal ou à evidência dos autos, quando a condenação fundar-se em depoimentos, exames ou documentos comprovadamente falsos ou se descobrirem novas provas da inocência do condenado.

No presente caso a revisão deve ser conhecida e, ainda, deferida, porquanto se trata de decisão contrária à evidência dos autos.

Vejamos.

O peticionário foi condenado como incurso nas penas do art. 39 da Lei 9.605/2008 à pena de 1 ano de detenção, em regime aberto, substituída por

restritivas de direitos.

Contudo, em que pese a gravidade da conduta, deve o peticionário ser absolvido, em virtude da ausência de elementar constitutiva do tipo penal incriminador, tornando atípico o fato.

Isso porque o preceito primário do art. 39 da Lei 9.605/2008 dispõe:

> Art. 39. Cortar árvores em floresta considerada de preservação permanente, sem permissão da autoridade competente:
>
> Pena – detenção, de um a três anos, ou multa, ou ambas as penas cumulativamente.

Assim, para a configuração do delito faz-se imprescindível não apenas que se corte árvores, mas que seja em "floresta", e floresta esta considerada de preservação permanente.

Com efeito, o laudo pericial dispõe que se trata de "mata natural" e de "área de preservação permanente" (fls. 106/108); contudo, não há provas de que se tratava a vegetação de "floresta".

Com efeito, quando sobreveio o laudo complementar, o expert, ao responder os quesitos da D. Promotora de Justiça, consignou que:

> "Considerando-se que a definição acima solicitada, requer a análise de inúmeros fatores de complexidade técnica, entendemos ser o DEPRN o órgão competente para definir se o local se constituía um maciço vegetativo (floresta)." (fls. 108).

Por tal razão foi requerido pela D. Promotora de Justiça, que se aguardasse o laudo do Departamento Estadual de Proteção de Recursos Naturais (DEPRN) (fls. 111), do inquérito civil 46/05, referente a área objeto do crime ambiental que se apura neste feito.

Aguardou-se prazo de 30 dias quando sobreveio ofício do DEPRN constando que:

> "Em atenção ao solicitado no ofício nº 1994/2005 – RAAB e posteriores reiterações, referente ao protocolado nº 057/2003, datado de 04 de novembro de 2005, tendo como indiciado Daniel Yong Joo Kim, vimos através deste esclarecer que:
>
> 1. O processo de Licenciamento Ambiental SMA nº 64676/04 contempla o plantio de 20 mudas de espécies nativas, referente ao AIA nº 149765/03.
>
> 2. O processo de Licenciamento Ambiental SMA nº 64509/04, contempla o plantio/enriquecimento mediante a 5400 mudas de espécies nativas, referente aos AIAs nºs 149997 e 169998/03.
>
> Portanto, informamos que o indiciado até a presente não apresentou a este DEPRN nenhum Relatório Fotográfico comprobatório da compensação e, inclusive, encaminhamos em anexo AIAs pendentes por degradação ambiental."

Acesso ao Sumário

Contudo, conforme bem notado pelo Perito Criminal no ofício 179/07 de fls. 119, a manifestação ministerial de fls. 111 não solicitava a regularização do laudo ou notícia da reparação dos danos pelo peticionário, mas aguardava-se o laudo do DEPRN referente a área objeto do crime ambiental.

Diante de tal constatação, a D. Promotora de Justiça ofereceu a denúncia, requerendo a juntada posterior do laudo (fls. 121), o que foi deferido (fls. 123).

Contudo, nada foi juntado aos autos, também à época nada foi alegado pela defesa, e sobreveio a r. sentença condenatória.

Cabe observar, ainda, que sequer a prova oral foi hábil a suplementar o laudo pericial, pois, indagado o policial militar ambiental, se essas árvores estavam em que local da propriedade, se era uma floresta, uma mata, o mesmo respondeu:

> "Eram árvores esparsas e foram cortadas várias e também próximo, assim, na época, que faz cinco anos que não estou na área, mas era área de preservação permanente (...) era margem, que a própria lei, que eu não me recordo o número da lei, que a metragem da margem de mananciais saiu fora, até onde estava cortado, e várias árvores foram cortadas fora da área de preservação" (fls. 250).

Em razões de apelação a defesa novamente nada alegou, sendo a r. sentença mantida pela C. 1ª Câmara de Direito Criminal (fls. 318/325).

Todavia, não se comprovando que o corte das árvores tenha se dado em floresta, mister a absolvição do peticionário. Nesse sentido, julgado deste E. Tribunal de Justiça:

> "Art. 38, da Lei nº 9.605/98 – Utilização de área de preservação permanente – Crime cuja consumação se prolonga no tempo – Prescrição – Inocorrência. Crime ambiental – Sentença – Análise das teses desenvolvidas – Fundamentação suficiente – Preliminar rejeitada. Crime ambiental – Perícia inconclusiva – Imputação de destruição de floresta em área de preservação permanente – Laudo que não classifica o local como sendo dessa natureza – Absolvição decretada – Recurso provido." (Apelação nº 0007411-07.2006.8.26.0642, da Comarca de Ubatuba, Rel. Alexandre Almeida, 4ª Câmara Criminal Extraordinária do Tribunal de Justiça de São Paulo. j. 08.05.2014). (grifei).

No mesmo sentido, julgado do E. Tribunal de Justiça de Minas Gerais:

> "CRIME AMBIENTAL – DESTRUIÇÃO DE FLORESTA DE PRESERVAÇÃO PERMANENTE E CORTE DE ÁRVORES EM FLORESTA CONSIDERADA DE PRESERVAÇÃO PERMANENTE, SEM PERMISSÃO DA AUTORIDADE COMPETENTE (ARTIGOS 38 e 39, AMBOS DA LEI Nº 9.605/98) – ABSOLVIÇÃO – POSSIBILIDADE – ELEMENTAR DO TIPO PENAL NÃO DEMONSTRADA – CONCEITO DE FLORESTA – INTERPRETAÇÃO EXTENSIVA INADMISSÍVEL

Acesso ao Sumário

– CONDENAÇÃO POR DELITO DE DESOBEDIÊNCIA (ART. 330 DO CP) – AUSÊNCIA DE DESCRIÇÃO NA DENÚNCIA – FALTA DE CORRELAÇÃO ENTRE A IMPUTAÇÃO E A SENTENÇA – DECISÃO ULTRA PETITA – NULIDADE DA SENTENÇA, NESSE PONTO – RECONHECIMENTO DE OFÍCIO – ABSOLVIÇÃO. 1) Se a conduta do agente, embora reprovável, não se amolda às figuras típicas dos artigos 38 e 39 da Lei 9.605/98, em razão da ausência de elemento constitutivo do tipo, qual seja, floresta, imperiosa a absolvição do apelante. 2) É certo que o réu defende-se dos fatos narrados na denúncia, não de sua capitulação legal, assim, havendo a condenação pela prática de um delito não descrito na denúncia, configurada está a violação ao princípio da correlação entre a peça acusatória e a decisão e, por conseguinte aos princípios da ampla defesa e do contraditório, sendo, portanto, imperioso excluir da sentença a condenação da apelante pelo crime de desobediência."

Cabe salientar que, apesar de no primeiro laudo pericial ter-se constado o termo "mata", a Lei 9.605/1998, quando trata dos crimes contra a flora, distingue os termos "mata" e "floresta", como quando dispõe como crime, em seu art. 41, "Provocar incêndio em mata ou floresta". Dessa forma, no presente caso, ao termo "floresta" não pode ser dado interpretação extensiva. Em pertinência ao tema:

"CRIME AMBIENTAL – DESTRUIÇÃO DE FLORESTA DE PRESERVAÇÃO PERMANENTE E CORTE DE ÁRVORES EM FLORESTA CONSIDERADA DE PRESERVAÇÃO PERMANENTE, SEM PERMISSÃO DA AUTORIDADE COMPETENTE (ARTIGOS 38 e 39, AMBOS DA LEI Nº 9.605/98) – ABSOLVIÇÃO – POSSIBILIDADE – ELEMENTAR DO TIPO PENAL NÃO DEMONSTRADA – CONCEITO DE FLORESTA – INTERPRETAÇÃO EXTENSIVA INADMISSÍVEL – CONDENAÇÃO POR DELITO DE DESOBEDIÊNCIA (ART. 330 DO CP) – AUSÊNCIA DE DESCRIÇÃO NA DENÚNCIA – FALTA DE CORRELAÇÃO ENTRE A IMPUTAÇÃO E A SENTENÇA – DECISÃO ULTRA PETITA – NULIDADE DA SENTENÇA, NESSE PONTO – RECONHECIMENTO DE OFÍCIO – ABSOLVIÇÃO. 1) Se a conduta do agente, embora reprovável, não se amolda às figuras típicas dos artigos 38 e 39 da Lei 9.605/98, em razão da ausência de elemento constitutivo do tipo, qual seja, floresta, imperiosa a absolvição do apelante. 2) É certo que o réu defende-se dos fatos narrados na denúncia, não de sua capitulação legal, assim, havendo a condenação pela prática de um delito não descrito na denúncia, configurada está a violação ao princípio da correlação entre a peça acusatória e a decisão e, por conseguinte aos princípios da ampla defesa e do contraditório, sendo, portanto, imperioso excluir da sentença a condenação da apelante pelo crime de desobediência." (Apelação Criminal nº 1.0209.09.094925-3/001 – Comarca de Curvelo – Apelante: Gilson Coelho Teixeira, Agropecuária

Acesso ao Sumário

Ouro Fino Ltda. – Apelado: Ministério Público do Estado de Minas Gerais – 1ª Câmara Criminal – Relator: DES. Silas Rodrigues Vieira. j. 25.02.2014) (grifei).

Portanto, atípica a conduta.

Ante o exposto, conheço a presente ação e **DEFIRO** o pedido revisional, porque a condenação se deu de forma contrária à evidência dos autos, nos termos do art. 621, I do Código de Processo Penal, e absolvo o acusado **DANIEL YONG JOO KIM** com fulcro no art. 386, III do Código de Processo Penal.

Acesso ao Sumário

ÓRGÃO ESPECIAL

Ações Diretas de Inconstitucionalidade

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2099521-93.2014.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é autor PROCURADOR GERAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO, são réus PREFEITO DO MUNICÍPIO DE CAFELÂNDIA e PRESIDENTE DA CÂMARA MUNICIPAL DE CAFELÂNDIA.

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 22751)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores JOSÉ RENATO NALINI (Presidente), 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, 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, 19 de novembro de 2014.

TRISTÃO RIBEIRO, Relator

Ementa: DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. Lei municipal que concede a servidores aposentados celetistas e a seus pensionistas o direito à equiparação dos benefícios aos vencimentos dos servidores ativos. Manutenção da complementação pela Fazenda Pública sem fonte própria para custeio. Desrespeito aos princípios da razoabilidade, da moralidade, da motivação, do interesse público e da eficiência. Modulação dos efeitos em respeito ao interesse

Acesso ao Sumário

social e à boa-fé dos servidores beneficiados. Inconstitucionalidade da lei, e de normas anteriores similares, reconhecida. Ação procedente.

VOTO

Vistos.

Trata-se de ação direta de inconstitucionalidade proposta pelo Ministério Público, visando à declaração da inconstitucionalidade do artigo 197, parágrafo único, do Anexo VII, da Lei Complementar nº 02/2005, de 29 de dezembro de 2005, do Município de Cafelândia, que assegura aos aposentados e pensionistas da Municipalidade a complementação pela Fazenda Pública local dos benefícios recebidos da Previdência Social, equiparando-os aos vencimentos dos empregados celetistas ativos.

Aduz o autor infringência dos órgãos Legislativo e Executivo do Município às disposições dos artigos 111, 128, 144 e 218, todos da Constituição Estadual, e do artigo 195, da Constituição Federal.

A liminar para a suspensão dos efeitos da norma foi deferida (fls. 498/499).

A Fazenda Pública de Cafelândia interpôs embargos de declaração (fls. 506/509), os quais foram respondidos através do despacho de fls. 511/512.

O Procurador Geral do Estado manifestou desinteresse na defesa da norma (fls. 521/523).

A Fazenda Pública de Cafelândia prestou informações (fls. 528/531) e interpôs agravo regimental contra a decisão que concedeu a liminar (fls. 537/539), ao qual foi negado provimento por este Colegiado (fls. 547/552).

A Procuradoria Geral da Justiça manifestou-se favoravelmente ao reconhecimento da procedência da ação (fls. 558/570).

É o relatório.

A Municipalidade de Cafelândia adotou o Regime Geral da Previdência Social para seus funcionários, os quais têm as relações de trabalho regidas pelas normas da Consolidação das Leis do Trabalho.

O dispositivo combatido, e leis anteriores que apresentavam disposições similares, estabeleceram a complementação de benefícios previdenciários, como aposentadorias e pensões, dos servidores locais, pela Fazenda Pública da Municipalidade, igualando-os aos dos servidores ativos, sem a correspondente fonte de custeio social.

Diante dessa situação, o Ministério Público ajuizou esta direta de inconstitucionalidade, indicando a infringência aos artigos 111, 128, 144 e 218, da Constituição Estadual, e ao artigo 195, inciso II, da Constituição Federal.

Segue a transcrição dos dispositivos alegadamente desrespeitados:

Acesso ao Sumário

Artigo 111 – A administração pública direta, indireta ou fundacional, de qualquer dos Poderes do Estado, obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade, razoabilidade, finalidade, motivação, interesse público e eficiência. (NR)

Artigo 128 – As vantagens de qualquer natureza só poderão ser instituídas por lei e quando atendam efetivamente ao interesse público e às exigências do serviço.

Artigo 144 – Os Municípios, com autonomia política, legislativa, administrativa e financeira se auto-organizarão por lei orgânica, atendidos os princípios estabelecidos na Constituição Federal e nesta Constituição.

Artigo 218 – O Estado garantirá, em seu território, o planejamento e desenvolvimento de ações que viabilizem, no âmbito de sua competência, os princípios de seguridade social previstos nos artigos 194 e 195 da Constituição Federal.

Art. 195. A seguridade social será financiada por toda a sociedade, de forma direta e indireta, nos termos da lei, mediante recursos provenientes dos orçamentos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, e das seguintes contribuições sociais:

(...)

II – do trabalhador e dos demais segurados da previdência social, não incidindo contribuição sobre aposentadoria e pensão concedidas pelo regime geral de previdência social de que trata o art. 201;

(...)

§ 5º – Nenhum benefício ou serviço da seguridade social poderá ser criado, majorado ou estendido sem a correspondente fonte de custeio total.

O autor da ação tem razão, pois a complementação dos benefícios na forma como estabelecida pelos requeridos contraria totalmente os princípios constitucionais da legalidade, impessoalidade, moralidade, razoabilidade, finalidade, motivação, interesse público e eficiência.

A legislação combatida contraria o princípio da legalidade na medida em que majora benefício sem a correspondente fonte de custeio, conforme disposição do § 5º, do artigo 195, da Constituição Federal. Além disso, viola o princípio da impessoalidade, ao tratar de forma diferenciada os funcionários aposentados e pensionistas da Prefeitura de Cafelândia, em comparação com os demais beneficiários do Regime Geral da Previdência Social. Acrescente-se que o dispositivo guerreado destoa da moralidade pública, ao impor à sociedade local ônus que não lhe cabe.

E ofende, ainda, os princípios constitucionais da razoabilidade e da

Acesso ao Sumário

finalidade, pois não tem como fundamento o interesse público, nem tampouco a eficiência. Pelo contrário, a norma vulnera os cofres da localidade com a manutenção de gasto desmotivado e inaceitável.

Em casos anteriores, reconheceu este Órgão Especial a inconstitucionalidade de leis similares, conforme a seguir:

> ***AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE – Leis municipais que estabelecem direito à complementação de aposentadoria e pensão daqueles vinculados ao Regime Geral da Previdência Social para igualar aos que recebem a remuneração de servidor da ativa – Inexistência de fonte de custeio – Benefício não previsto pelo Regime Geral – Violação dos arts. 111, 128 e 218 da CE – Julga-se procedente a Ação (Direta de Inconstitucionalidade nº 0074651-52.2013.8.26.0000. Rel. Antônio Vilenilson, D.J. 30/10/13).***
>
> "***Ação direta de inconstitucionalidade – Lei nº 685, de 3.6.92 e Decreto nº 816, de 08.06.92, do Município de Santa Lúcia – Instituição de benefício previdenciário de complementação de aposentadoria para ex-servidores públicos municipais e pensionistas, sem a correspondente fonte de custeio – Afronta ao artigo 195, § 5º, da Constituição Federal e artigos 128, 111, 218 e 144 da Constituição Estadual – Precedentes deste Colendo Órgão Especial – Ação procedente para declarar a inconstitucionalidade da lei e decreto impugnados, modulados os seus efeitos (efeito ex tunc, excluída a incorporação ou apostilamento, ressalvados os direitos patrimoniais auferidos, não ressarcíveis diante da boa-fé dos beneficiados)***" ***(Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 0039795-62.2013.8.26.0000, Rel. ENIO ZULIANI, D.J. 12/06/2013);***
>
> "***Ação Direta de Inconstitucionalidade – Lei Municipal nº 351, de 22 de julho de 1997, e Lei nº 500, de 06 de dezembro de 1999, do Município de Alumínio, que dispõem sobre concessão de complementação de aposentadoria e de pensão por morte de servidores públicos – Ausência de indicação da fonte de custeio – Inconstitucionalidade reconhecida – Ação procedente***" ***(Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 0186864-35.2012.8.26.0000, Rel. CAUDURO PADIN, D.D001. 08/05/2013);***

E, sendo assim, deve ser reconhecida a inconstitucionalidade do dispositivo impugnado e, para que se evite eventual alegação de efeito repristinatório, das disposições análogas que o antecederam.

Ao reconhecer a procedência da ação, deve-se, contudo, atentar para a situação daqueles que, de boa-fé, se beneficiaram das disposições legais, até a concessão da liminar.

Consta da documentação acostada aos autos (fls. 532/534) relação de beneficiários da complementação estabelecida pelas normas cuja

Acesso ao Sumário

inconstitucionalidade ora se declara.

Tratando-se de matéria de inquestionável interesse social, recomendável que a declaração de inconstitucionalidade da legislação municipal ora atacada tenha eficácia *ex nunc*, de modo a produzir efeitos apenas a partir da concessão da medida liminar nestes autos, preservando-se a situação jurídica de todos os servidores aposentados e pensionistas, que tenham obtido seus benefícios até aquela data, e ressalvando-se a irrepetibilidade dos valores recebidos de boa-fé, dada a sua natureza alimentar.

Diante do exposto, julgo procedente a ação para declarar a inconstitucionalidade do parágrafo único do artigo 197, do Anexo VII, da Lei Complementar nº 02, de 29 de dezembro de 2005, do artigo 20, da Lei nº 2.050, de 28 de maio de 1992, do artigo 20, da Lei nº 2.021, de 31 de janeiro de 1992, e da Lei nº 1098, de 14 de fevereiro de 1969, por ofensa aos artigos 111, 128, 144 e 218, da Constituição do Estado de São Paulo, oficiando-se à respectiva Câmara Municipal para as providências cabíveis, com a modulação de efeitos nos termos do v. acórdão.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2133805-30.2014.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é autor PROCURADOR GERAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO, são réus PREFEITO DO MUNICÍPIO DE TATUÍ e PRESIDENTE DA CÂMARA MUNICIPAL DE TATUÍ.

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 24.907/14)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores JOSÉ RENATO NALINI (Presidente), 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, GUERRIERI REZENDE, ANTONIO CARLOS MALHEIROS, FERREIRA RODRIGUES, PÉRICLES PIZA, EVARISTO DOS SANTOS, MÁRCIO BARTOLI, JOÃO CARLOS SALETTI, ROBERTO MORTARI, LUIZ AMBRA, FRANCISCO CASCONI e PAULO DIMAS MASCARETTI.

São Paulo, 26 de novembro de 2014.

Acesso ao Sumário

VANDERCI ÁLVARES, Relator

Ementa: Ação direta de inconstitucionalidade. Artigos 3º e 4º da Lei Municipal nº 3.706/2005, de Tatuí, que dispõe sobre a possibilidade do servidor público receber novo enquadramento por mérito, no cargo/função que ocupa, em decorrência do seu desenvolvimento no exercício de suas atribuições.

1. É inconstitucional a transposição de cargos com ofensa, notadamente, ao princípio da isonomia, sobretudo quando alija da investidura o candidato aprovado regularmente em concurso público de provas ou de provas e títulos, uma vez preenchidos os requisitos para sua nomeação.

2. O fato de a lei objeto deste controle trazer a especificação de novo enquadramento "no cargo/função" ocupado pelo servidor, sua análise geral, mormente quando permita essa progressão em quaisquer referências salariais, pode denotar disfarçada transposição de cargos, prática inconstitucional.

3. Norma impugnada ofensiva aos artigos 111, 115, I e II, e 144, da Constituição Estadual, esbarrando em interpretação já pronunciada pelo Supremo Tribunal Federal, na edição da Súmula 685 ("É INCONSTITUCIONAL TODA MODALIDADE DE PROVIMENTO QUE PROPICIE AO SERVIDOR INVESTIR-SE, SEM PRÉVIA APROVAÇÃO EM CONCURSO PÚBLICO DESTINADO AO SEU PROVIMENTO, EM CARGO QUE NÃO INTEGRA A CARREIRA NA QUAL ANTERIORMENTE INVESTIDO").

4. Julgaram procedente a ação, declarada a inconstitucionalidade dos artigos 3º e 4º, da Lei 3.706/05, do município de Tatuí.

Acesso ao Sumário

VOTO

Vistos.

1. Trata-se de ação direta de inconstitucionalidade manejada pelo PROCURADOR GERAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO, em

face dos artigos 3º e 4º, da Lei Municipal nº 3.706/2005, de Tatuí, que dispõe sobre a possibilidade do servidor público receber novo enquadramento por mérito, no cargo/função que ocupa, em decorrência do seu desenvolvimento no exercício de suas atribuições, afirmando o autor ocorrente violação dos princípios constitucionais do concurso público, da acessibilidade de cargos, empregos e funções públicas, da isonomia e da impessoalidade.

Nas informações prestadas em fls. 108/113, a Prefeitura Municipal de Tatuí defendeu a norma impugnada, entendendo presente previsão, apenas, para reenquadramento do servidor, no próprio cargo/função para o qual fora aprovado em concurso público.

A douta Procuradoria Geral de Justiça, em seu parecer final, reitera o pedido inicial (fls. 134/142).

É o sucinto relatório.

2. Voto.

A ação é procedente.

A defesa ao regramento aqui impugnado, afirmando a Prefeitura de Tatuí que a "promoção por merecimento, consistente em um novo enquadramento de referência de vencimento" se daria "no cargo/função que foi investido" o funcionário (fls. 110), não convence.

A Lei nº 3.706, de 2 de agosto de 2005, em seu artigo 3º, dispõe que o servidor poderá receber novo enquadramento, "***inclusive nas referências previstas na Lei 3.623, de 25 de janeiro de 2005***".

O Anexo I da Lei nº 3.706/05, tratado em seu artigo 1º, elenca cargos desde auxiliar de serviços gerais, vigia, servente de pedreiro, jardineiro, porteiro, com remuneração a partir de R$ 396,50 (para agosto de 2005), até aqueles de formação específica, como psicólogo, fisioterapeuta, biólogo, médico, atingindo, o salário mais elevado, a importância de R$ 2.200,00.

Já a Lei Municipal nº 3.623/05 – *cujas referências seriam alcançadas por força do enquadramento autorizado no artigo 3º ora apontado como inconstitucional* – incluiu, pelo seu artigo 1º, a referência "I", cuja remuneração varia de R$ 800,00 a R$ 5.500,00, elencada no seu Anexo III.

E, mais ainda, além da permissão indistinta para esse novo enquadramento "nas" referências da Lei nº 3.623/05 (o que englobaria todos os cargos ali previstos), o artigo 4º da Lei nº 3.706/05, também trata desse "enquadramento" dos servidores, "*com vencimento igual ou referência superior ao vencimento atual*".

Tal situação, embora traga a defendida especificação "**no** cargo/função", denota a possibilidade de enquadramento em cargo diverso, tanto pelas expressões "novo enquadramento", como pela grande variação entre as diversas

Acesso ao Sumário

referências, o que aponta para uma reprovável transposição de cargos, manobra ofensiva aos princípios constitucionais da moralidade e isonomia, permitindo provimento de cargos sem a prévia realização de concurso público.

Há visível afronta aos artigos 111, 115, II e 144 da Constituição Estadual, espelho dos princípios constitucionais insculpidos na Carta Magna.

Com fulcro no artigo 37, II, da Constituição Federal foi editada a **Súmula 685, do Supremo Tribunal Federal**:

> "***É INCONSTITUCIONAL TODA MODALIDADE DE PROVIMENTO QUE PROPICIE AO SERVIDOR INVESTIR-SE, SEM PRÉVIA APROVAÇÃO EM CONCURSO PÚBLICO DESTINADO AO SEU PROVIMENTO, EM CARGO QUE NÃO INTEGRA A CARREIRA NA QUAL ANTERIORMENTE INVESTIDO***".

A transposição de cargos ofende a norma constitucional, notadamente o princípio da isonomia, sobretudo quando alija da investidura o candidato aprovado regularmente em concurso público de provas ou de provas e títulos, uma vez preenchidos os requisitos para sua nomeação.

A exemplo, confira-se o julgamento proferido no AgRg no RE 569.840/MG, de relatoria do Min. Teori Zavascki, julgado em 21/05/2013:

> "***... TRANSPOSIÇÃO, À CARREIRA DE DEFENSOR PÚBLICO, DE SERVIDOR OCUPANTE DE CARGO DISTINTO. INCONSTITUCIONALIDADE. VIOLAÇÃO AOS ARTIGOS 37, II, E 134, § 1º, DA CF/88.***
>
> ***1. ...***
>
> ***2. No caso, o aproveitamento, em desvio de função, como defensores públicos, de servidores ocupantes de cargos de natureza diversa caracteriza a preterição dos autores, os quais foram devidamente aprovados no concurso público realizado para o cargo em questão***".

E, neste Colendo Órgão Especial, assim já se decidiu:

> "**Ementa: Inconstitucionalidade – Ação Direta – Lei Municipal – Disposições relativas ao funcionalismo público – Desrespeito às regras de ingresso no serviço público por meio de concurso, com enquadramento de funcionários sem a realização dele, consagração de desvio de função e permissão de ocupação cargos distintos àquele para o qual o servidor foi habilitado – Inadmissibilidade – Procedência da ação com declaração de inconstitucionalidade das normas infringentes dos princípios constitucionais de igual acessibilidade a cargos públicos por meio de concurso**".
>
> ***(Adin nº 0353604-51.2010 – Rel. Des. MAURÍCIO VIDIGAL, j. 13.4.2011, v.u.).***
>
> "**Ação Direta de Inconstitucionalidade. Lei Complementar**

Acesso ao Sumário

136/04 do Município de Araçatuba. Criação do cargo de Assistente de Secretaria Escolar, extinguindo o cargo de Monitor de Datilografia e Informática, de provimento efetivo, e determinando o aproveitamento de seus ocupantes à nova classe de Assistente de Secretaria Escolar. (...) O aproveitamento do pessoal já existente nos quadros da municipalidade, passando-os de um cargo a outro, de natureza e vencimentos diversos, sem a realização de concurso público, contraria o disposto nos artigos 111, 115, II e 144 da Constituição Estadual. Impossibilidade de modulação no caso vertente. Ação procedente".

(ADin nº 0394959-41.2010, Rel. Des. Ruy Coppola, j. 3.2.2011, v.u.).

Finalmente, não há como se acolher a pretensão esposada pela Prefeitura, no memorial ofertado em fls. 146/149, onde expressa, para o caso de procedência desta ação, pleito de manutenção "*de todos os corretos enquadramentos de referência de vencimento*".

Ora, se o enquadramento se deu com base em lei aqui declarada inconstitucional, não há como ser reputado correto.

Assim, por tais fundamentos, tem lugar o decreto de procedência da ação, reconhecida a inconstitucionalidade dos artigos 3º e 4º, da Lei nº 3.706/05, do município de Tatuí, restando deferida a modulação dos efeitos desta decisão pelo prazo de 60 (sessenta) dias, a contar da data deste julgamento.

3. *Ex positis*, pelo meu voto, julgo procedente a ação.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2140725-20.2014.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é autor PREFEITO DO MUNICÍPIO DE PEREIRAS, é réu PRESIDENTE DA CÂMARA MUNICIPAL DE PEREIRAS.

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 31186)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores JOSÉ RENATO NALINI (Presidente), NEVES AMORIM, BORELLI THOMAZ, JOÃO NEGRINI FILHO, JOSÉ DAMIÃO PINHEIRO MACHADO COGAN, EROS PICELI, ELLIOT AKEL, GUERRIERI REZENDE, ANTONIO

Acesso ao Sumário

CARLOS MALHEIROS, FERREIRA RODRIGUES, EVARISTO DOS SANTOS, MÁRCIO BARTOLI, JOÃO CARLOS SALETTI, ROBERTO MORTARI, FRANCISCO CASCONI, PAULO DIMAS MASCARETTI, VANDERCI ÁLVARES, ARANTES THEODORO, TRISTÃO RIBEIRO, ANTONIO CARLOS VILLEN e ADEMIR BENEDITO.

São Paulo, 3 de dezembro de 2014.

LUIZ ANTONIO DE GODOY, Relator

Ementa: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE – Lei nº 963/2014, que "Institui o Programa de Demissão voluntária de Servidores do Poder Executivo Municipal e dá outras providências" – Alegação de vício de iniciativa – Emenda parlamentar que modificou projeto original do Poder Executivo – Possibilidade – Emendas parlamentares a projeto de lei de iniciativa privativa do Poder Executivo que são admitidas desde que observadas as limitações de pertinência temática com o projeto e de não ensejarem aumento de despesas públicas – Hipótese em que tais parâmetros foram verificados, inexistindo, ainda, qualquer ofensa ao princípio da separação de poderes – Ação improcedente.

VOTO

Trata-se de Ação Direta de Inconstitucionalidade proposta pelo Prefeito do Município de Pereiras, postulando a declaração de inconstitucionalidade da Lei nº 963/2014, do Município de Pereiras. Sustenta, em síntese, ter havido "*o desrespeito ao princípio da Separação dos Poderes, e também a violação à prerrogativa do Executivo de legislar sobre a situação funcional dos servidores*" (fls. 19). Foi indeferido o pedido de liminar suspensão de eficácia da lei impugnada (fls. 78/79). O Procurador-Geral do Estado manifestou desinteresse no feito (fls. 87/89). O Presidente da Câmara de Pereiras prestou informações (fls. 93/97). A Procuradoria Geral de Justiça manifestou-se pela improcedência da ação (fls. 108/114).

É o relatório.

Na hipótese, foi proposta no âmbito da Câmara Municipal de Pereiras Emenda modificativa ao projeto original de Lei de autoria do Poder Executivo Municipal. Em seguida, derrubado o veto do Executivo a tal Emenda, promulgou a Câmara Municipal a Lei nº 963/2014, que "*Institui o Programa de*

Demissão voluntária de Servidores do Poder Executivo Municipal e dá outras providências", cujos dispositivos imputados como inconstitucionais assim dispõem:

> "Art. 1º – Fica instituído, no âmbito do Poder Executivo Municipal, o Programa de Demissão Voluntária – PDV, do Servidor Público Municipal, objetivando melhor alocação dos serviços humanos e equilíbrio das contas públicas, cujo deferimento do pedido deverá passar pelo crivo do chefe imediato do servidor público que requerer a adesão ao referido programa, além de pareceres favoráveis da Coordenação do Setor em que o servidor estiver lotado e do Prefeito Municipal.
>
> (...)
>
> **§ 2º – O limite de 10% (dez por cento) poderá ser excedido em caso de dissolução e ou extinção de autarquia ou fundação municipal, bem como nos casos em que o chefe do Executivo Municipal julgar necessário. (...)**
>
> **Art. 11 – Cumpridas as exigências legais para adesão do PDV, o Chefe do Executivo Municipal não poderá indeferir o pedido de adesão, ressalvadas as exceções e limites dispostos nesta lei. (...)**
>
> **Art. 14 – Esta lei entra em vigor na data de sua publicação e terá vigência de 90 (noventa) dias a partir da data de publicação.**
>
> **Parágrafo único – Esta lei poderá ser prorrogada por igual período quantas vezes forem necessárias, dependendo de autorização legislativa para cada pedido de prorrogação**" (fls. 40/43 – Grifo nosso).

No projeto de lei original do Poder Executivo, sob nº 26/2014, além de não constar o § 2º posteriormente acrescido ao art. 1º, os demais textos modificados assim previam:

> "(...) Art. 11 – Em qualquer hipótese caberá ao Prefeito deferir ou não o pedido de desligamento voluntário, não gerando o requerimento qualquer direito subjetivo ao servidor. (...)
>
> Art. 14 – Esta lei entra em vigor na data de sua publicação e terá vigência de 90 (noventa) dias a partir da publicação, prorrogável por igual período, uma única vez, mediante ato do Prefeito Municipal" (fls. 26/29).

Sem dúvida, a lei impugnada, por tratar de "*Programa de Demissão voluntária de Servidores do Poder Executivo Municipal*", se insere na esfera de competência do Poder Executivo, cabendo a este a iniciativa de sua edição.

Entretanto, é bem certo que "*As emendas parlamentares aos projetos de lei de iniciativa privativa do Poder Executivo e Judiciário são admitidas, desde que guardem pertinência temática com o projeto e não importem em aumento de despesas*" (Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2.583-RS,

Acesso ao Sumário

Pleno do Supremo Tribunal Federal, v. un., Relª. Minª. Cármen Lúcia, em 1º/8/11, DJe de 25/8/11). Outrossim, "*A reserva de iniciativa a outro Poder não implica vedação de emenda de origem parlamentar desde que pertinente à matéria da proposição e não acarrete aumento de despesa: precedentes*" (RE nº 134.278-SP, Pleno do Supremo Tribunal Federal, m. v., Rel. Min. Sepúlveda Pertence, em 27/5/04). Também já foi decidido que "*As normas constitucionais de processo legislativo não impossibilitam, em regra, a modificação, por meio de emendas parlamentares, dos projetos de lei enviados pelo Chefe do Poder Executivo no exercício de sua iniciativa privativa. Essa atribuição do Poder Legislativo brasileiro esbarra, porém, em duas limitações: a) a impossibilidade de o parlamento veicular matérias diferentes das versadas no projeto de lei, de modo a desfigurá-lo; e b) a impossibilidade de as emendas parlamentares aos projetos de lei de iniciativa do Presidente da República, ressalvado o disposto nos §§ 3º e 4º do art. 166, implicarem aumento de despesa pública (inciso I do art. 63 da CF)*" (Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.114-SP, Pleno do Supremo Tribunal Federal, v. un., Rel. Min. Carlos Britto, em 24/8/05).

Não há de falar-se, *in casu*, da ocorrência de quaisquer das limitações acima mencionadas, certo que, afora a matéria veiculada nas emendas parlamentares guardar pertinência temática com o projeto de lei do Poder Executivo, tais emendas não ensejaram aumento de despesas públicas. Com efeito, "*Considerados os ensinamentos extraídos da doutrina e da jurisprudência, é improcedente a arguição de inconstitucionalidade por violação ao princípio da separação dos poderes e à iniciativa legislativa reservada. Afinal, foram respeitados os parâmetros da pertinência temática e não se cogita, na espécie, de criação ou expansão quantitativa de despesa pública*" (fls. 114), consoante anotado no Parecer da Procuradoria de Justiça de fls. 108/114.

Nesse sentido, vale mencionar o seguinte precedente deste Colendo Órgão Especial:

> "AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. Art. 23, § 1º, da Lei Municipal nº 10.589, de 03 de outubro de 2013, referente à alteração da estrutura administrativa da Prefeitura Municipal de Sorocaba. Dispositivo que passou a exigir (i) para o preenchimento do cargo de assessor de assuntos internacionais 'ensino superior completo e fluência em três idiomas, sendo um deles, obrigatoriamente, o inglês' e (ii) para o cargo de supervisor da arrecadação da execução fiscal 'ensino superior completo'. Exigências incluídas no texto da lei por força de emenda parlamentar modificativa, lembrando-se que no projeto original, de autoria do Poder Executivo, as exigências para preenchimento desses cargos eram menos rígidas. VÍCIO DE INICIATIVA E OFENSA AO PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES. Inexistência. Mesmo em relação às Leis cuja iniciativa seja exclusiva do Prefeito Municipal, o Poder Legislativo,

Acesso ao Sumário

no exercício de sua atividade legiferante, pode apresentar emendas que tenham pertinência temática e não gerem aumento de despesas, como ocorre no presente caso. Ação julgada improcedente" (Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2072082-44.2013.8.26.0000 – São Paulo, Órgão Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, v. un., Rel. Des. Antonio Luiz Pires Neto, em 4/6/14).

Nestas circunstâncias, julga-se improcedente a ação.

Custas na forma da lei, sem imposição de honorários advocatícios.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2053610-58.2014.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é autor PROCURADOR GERAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO, são réus PREFEITO DO MUNICÍPIO DE TUPÃ e PRESIDENTE DA CÂMARA MUNICIPAL DE TUPÃ.

ACORDAM, em Órgão Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "POR MAIORIA DE VOTOS, JULGARAM A AÇÃO PROCEDENTE EM PARTE.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 31.851)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores JOSÉ RENATO NALINI (Presidente), JOÃO CARLOS SALETTI, ROBERTO MORTARI, LUIZ AMBRA, FRANCISCO CASCONI, PAULO DIMAS MASCARETTI, VANDERCI ÁLVARES, ARANTES THEODORO, TRISTÃO RIBEIRO, ANTONIO CARLOS VILLEN, ADEMIR BENEDITO, LUIZ ANTONIO DE GODOY, NEVES AMORIM, JOÃO NEGRINI FILHO, JOSÉ DAMIÃO PINHEIRO MACHADO COGAN, EROS PICELI, ELLIOT AKEL, GUERRIERI REZENDE, XAVIER DE AQUINO, ANTONIO CARLOS MALHEIROS, FERREIRA RODRIGUES e EVARISTO DOS SANTOS julgando a ação procedente em parte; e BORELLI THOMAZ, vencido.

São Paulo, 19 de novembro de 2014.

MÁRCIO BARTOLI, Relator

Ementa: Ação Direta de Inconstitucionalidade. Lei nº 4.627, de 7 de janeiro de 2013, de Tupã. Previsão legal de exceção à vedação ao nepotismo que ofende os princípios constitucionais da moralidade e impessoalidade. Violação dos artigos 111 e 144 da

Acesso ao Sumário

Constituição Estadual, c.c. artigo 37, 'caput', da Constituição Federal. Precedentes do STF. Ação julgada parcialmente procedente, declarando-se a inconstitucionalidade da expressão "exceto para cargo de agente político de Secretário Municipal", introduzida pelo artigo 1º da Lei nº 4.627/2013, ao artigo 1º da Lei nº 3.809 de 1999, de Tupã.

VOTO

1. Trata-se de ação direta de inconstitucionalidade ajuizada pelo Procurador-Geral de Justiça, impugnando a Lei nº 4.627, de 7 de janeiro de 2013, do Município de Tupã, que dispõe sobre a proibição de contratação de parentes, até terceiro grau, de agentes públicos que especifica, para cargos de provimento em comissão, ou em caráter temporário, exceto para o cargo de Secretário Municipal. Afirma-se que a lei questionada alterou dispositivo legal que impedia o exercício inclusive do cargo de Secretário Municipal por parentes até o terceiro grau, consanguíneos ou afins, do Prefeito, Vice-Prefeito, Secretários Municipais, Vereadores, diretores de autarquias, empresas públicas e fundações públicas. Argumenta-se que a modificação da lei, admitindo a contratação de Secretários Municipais com vínculo de parentesco com agentes políticos, ofende os princípios do artigo 111 da Constituição Estadual. Aduz-se que a norma impugnada autoriza o nepotismo em Tupã, prática essa condenável e perseguida, por comprometer o funcionamento da máquina administrativa. Salienta-se que a moralidade está prevista como princípio básico da Administração Pública no artigo 111 da Constituição Paulista, e artigo 37 da Constituição Federal, os quais estão sendo desrespeitados pela autorização legal irrestrita de nomeação de Secretários Municipais com vínculo de parentesco com agentes políticos. Por esses fundamentos, requer-se a declaração de inconstitucionalidade da Lei nº 4.627/2013, de Tupã.

A liminar foi deferida, para suspender a vigência da lei atacada até o julgamento da ação (cf. págs. 64/65). O agravo regimental interposto contra a decisão de deferimento da liminar foi negado por julgamento unânime deste Órgão Especial, por decisão de 6 de agosto de 2014 (cf. acórdão de págs. 143/150).

O Presidente da Câmara Municipal e o Prefeito Municipal prestaram informações às fls. 76/109 e 111/117, respectivamente.

O Procurador Geral do Estado manifestou carência de interesse na defesa do ato impugnado (cf. págs. 123/125).

Manifestou-se a Procuradoria-Geral de Justiça pela procedência da ação (cf. fls. 148/152).

Acesso ao Sumário

2. A Lei impugnada tem o seguinte teor:

"***Lei nº 4.627, DE 07 DE JANEIRO DE 2013***

Projeto de Lei nº 59/2012 – Autoria: Vereador Valmir Zoratto

Eu, ANTONIO ALVES DE SOUSA, Presidente da Câmara Municipal de Tupã, usando das atribuições que me são conferidas por Lei, de acordo com o art. 250 do Regimento Interno desta Casa de Leis;

FAÇO SABER que a Câmara Municipal aprovou e eu sanciono e promulgo a seguinte Lei:

DISPÕE SOBRE A PROIBIÇÃO DE CONTRATAÇÃO DE PARENTES ATÉ TERCEIRO GRAU DE AGENTES PÚBLICOS QUE ESPECIFICA PARA CARGOS DE PROVIMENTO EM COMISSÃO OU EM CARÁTER TEMPORÁRIO E DÁ OUTRAS PROVIDÊNCIAS.

***Art. 1º** Altera os artigos 1º e 2º da Lei nº 3.809 de 1999, passando a ter as seguintes redações:*

*Art. 1º. É proibida a contratação de parentes até terceiro grau, consanguíneos ou afins, do Prefeito, Vice-Prefeito Municipal, Secretários Municipais, Vereadores, e dos diretores de autarquias, empresas públicas e fundações públicas, do Município de Tupã, para cargos de provimento em comissão ou em caráter temporário, exceto para cargo de agente político de Secretário Municipal. **(NR)***

*Art. 2º. Para a nomeação para cargo de provimento em comissão ou em caráter temporário, deverá o contratado anexar aos documentos exigidos declaração de que não detém parentesco, por consanguinidade ou afinidade, até o terceiro grau, com os agentes públicos referidos no artigo anterior, exceto para cargo de agente político de Secretário Municipal. **(NR)**.*

***Art. 2º** Esta Lei entrará em vigor na data de sua publicação.*

Câmara Municipal da Estância Turística de Tupã, aos 07 de janeiro de 2013.

ANTONIO ALVES DE SOUSA

Presidente"

3. **A ação deve ser julgada parcialmente procedente**, para que se declare a inconstitucionalidade da expressão "***exceto para cargo de agente político de Secretário Municipal***", introduzida pelo artigo 1º da Lei nº 4.627/2013, aos artigos 1º e 2º da Lei nº 3.809/1999, em razão de sua evidente colidência com os artigos 111 e 144 da Constituição Estadual, c.c. artigo 37, *caput*, da Constituição Federal, notadamente quanto à **violação aos princípios da moralidade e impessoalidade**, que devem ser obedecidos pela Administração Pública no provimento dos cargos de que cuida a Lei nº 4.627/2013, de Tupã.

Com efeito, essa Lei Municipal ao proibir o nepotismo em Tupã, excetuou a vedação, em seu artigo 1º, à nomeação para o cargo de Secretário Municipal.

Acesso ao Sumário

Quanto aos **cargos em comissão**, é necessário esclarecer a sua classificação, segundo a lição de **Celso Antônio Bandeira de Mello**: "*Os cargos de provimento em comissão (cujo provimento dispensa concurso público) são aqueles vocacionados para serem ocupados em* ***caráter transitório*** *por pessoa de confiança da autoridade competente para preenchê-los com liberdade, a qual também pode exonerar 'ad nutum', isto é, livremente, quem os esteja titularizando.*"[1]

José dos Santos Carvalho Filho acentua que "*cargos em comissão somente podem destinar-se a funções de chefia, direção e assessoramento, todas elas de caráter específico dentro das funções administrativas.*" O mesmo autor define os **agentes políticos** como "*aqueles aos quais incumbe a execução das diretrizes traçadas pelo Poder Público. São estes agentes que desenham os destinos fundamentais do Estado e que criam as estratégias políticas por eles consideradas necessárias e convenientes para que o Estado atinja os seus fins. Caracterizam-se por terem funções de direção e orientação estabelecidas na Constituição e por ser normalmente transitório o exercício de tais funções. (...) São eles os Chefes do Executivo (Presidente, Governadores e Prefeitos),* ***seus auxiliares*** *(****Ministros e Secretários Estaduais e Municipais****) e os membros do Poder Legislativo (Senadores, Deputados Federais, Deputados Estaduais e Vereadores)*".[2]

Hely Lopes Meirelles[3] ensina que os agentes políticos são ocupantes de cargos em comissão e a eles são plenamente aplicáveis as regras do artigo 37 da Constituição Federal: "*de acordo com a Constituição Federal, na redação resultante da EC 19, chamada de 'Emenda da Reforma Administrativa', bem como da EC 20, classificam-se em quatro espécies: agentes políticos, servidores públicos em sentido estrito ou estatutários, empregados públicos e os contratados por tempo determinado. Reitere-se que a classificação ora proposta procura espelhar a sistemática da Carta Política, com a ressalva de que esta, nas seçs. I e II do cap. VII ("Da Administração Pública"), embora trate de forma preponderante dos servidores públicos em sentido estrito, também contém vários dispositivos aplicáveis às demais espécies. Os agentes políticos constituem, na realidade, categoria própria de agente público. Porém, sem dúvida, no título e seções referidas, a Carta Magna, para fins de tratamento jurídico, coloca-os como se fossem servidores públicos, sem embargo de os ter como agentes políticos, como se verá mais adiante. Todos os cargos vitalícios são ocupados por* ***agentes políticos, porém estes também ocupam cargos em comissão, como os Ministros de Estado.***"

1 **Curso de Direito Administrativo**. 29ª Edição. Malheiros Editores. São Paulo, 2012. Págs. 309/310.

2 **Manual de Direito Administrativo**, 26ª ed., Ed. Atlas, São Paulo, 2013, págs. 590 e 613.

3 **Direito Administrativo Brasileiro**, 39ª ed., Ed. Malheiros, São Paulo, 2013, págs. 471/472.

Acesso ao Sumário

Desse modo, embora os **cargos em comissão e os cargos exercidos por agentes políticos de que trata a lei tupãense sejam de livre nomeação e exoneração** e tenham por base a **relação de confiança entre a autoridade nomeante e o nomeado**, sua **ocupação deve obedecer rigorosamente os princípios estabelecidos no artigo 111 da Constituição Estadual e 37, *caput*, da Constituição Federal**, dentre os quais, reitera-se, a **moralidade administrativa e a impessoalidade**.

Partindo-se de tal premissa, é certo que a ampla e irrestrita autorização legal para a contratação – para cargos comissionados ou temporários e para cargos de Secretários Municipais – de parentes até terceiro grau do Prefeito, Vice-Prefeito Municipal, Secretários Municipais e Vereadores, bem como de diretores de autarquias, empresas públicas e fundações públicas, claramente não atende à finalidade do interesse público e consiste no vedado nepotismo.

Conforme asseverado pelo **Ministro Ricardo Lewandowski**, do **Supremo Tribunal Federal**, no julgamento do RE 579.951/RN[4], "*o legislador constituinte originário, bem assim o derivado, especialmente a partir do advento da Emenda Constitucional 19/1998, que levou a cabo a chamada 'Reforma Administrativa', instituiu balizas de natureza cogente para coibir quaisquer práticas, por parte dos administradores públicos que, de alguma forma, pudessem buscar finalidade diversa do interesse público. Uma dessas práticas, não é demais repisar, consiste na nomeação de parentes para cargos em comissão ou de confiança, segundo uma interpretação equivocada ou, até mesmo, abusiva dos incisos II e V, do art. 37 da Constituição.*"

A reforçar o disposto no artigo 37 da Constituição Federal assim como o **caráter de normatividade e eficácia dos princípios da moralidade e impessoalidade** insculpidos nesse dispositivo constitucional, o **Supremo Tribunal Federal** editou a Súmula Vinculante nº 13, segundo a qual "*a nomeação de cônjuge, companheiro ou parente em linha reta, colateral ou por afinidade, até o terceiro grau, inclusive, da autoridade nomeante ou de servidor da mesma pessoa jurídica investido em cargo de direção, chefia ou assessoramento, para o exercício de cargo em comissão ou de confiança ou, ainda, de função gratificada na administração pública direta e indireta em qualquer dos poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, compreendido o ajuste mediante designações recíprocas, viola a Constituição Federal.*"

Logo, ressalta-se que a **Súmula Vinculante nº 13** é apenas mais um dos fundamentos da convicção segura de que a contratação de parentes até terceiro grau dos agentes públicos especificados pela norma tupãense para o cargo de Secretário Municipal **colide com os princípios da moralidade e impessoalidade**. Nesse sentido, **independentemente da classificação do cargo**

Acesso ao Sumário

4 RE 579.951-4, Pleno, Min. Relator Ricardo Lewandowski, j. em 20 de agosto de 2008.

de Secretário Municipal como sendo de provimento em comissão ou não, a contratação desses agentes políticos que tenham vínculo de parentesco até o terceiro grau com as autoridades especificadas na Lei Tupãense nº 4.627/2013 afronta indubitavelmente os referidos princípios dos artigos 111, da Constituição Estadual, e 37, *caput*, da Constituição Federal.

Por fim, em relação à posição do **Supremo Tribunal Federal** sobre a matéria, reiteram-se os termos do acórdão unânime deste **Órgão Especial**, proferido no julgamento do agravo regimental interposto contra a decisão concessiva da liminar pleiteada nestes autos: "*é fato que o Supremo Tribunal Federal, após a edição da Súmula Vinculante nº 13, tem, **sempre de maneira excepcional**, flexibilizado a vedação da prática do nepotismo na administração pública. Contudo, conforme registram os próprios precedentes do STF, essa flexibilização é de ser casuística, sempre dependendo da análise do caso posto em julgamento. Descabe, assim, estabelecer uma autorização geral e irrestrita ao nepotismo para determinados cargos da administração pública como pretende o agravante, pois tal entendimento ocasionaria gravame evidente aos princípios da moralidade e da impessoalidade que vinculam constitucionalmente a administração pública. (...) Nesse sentido são os precedentes do **Supremo Tribunal Federal** em casos análogos: 'Esta Corte apreciou exceções à vedação ao nepotismo em pelo menos duas oportunidades. No RE 579.951, Pleno, DJe 24.10.2008, conforme relatado pelo min. Ricardo Lewandowski, tratava-se de recurso extraordinário de acórdão que entendera inexistir ilegalidade na nomeação de irmãos de autoridades municipais aos cargos de motorista e secretário de saúde. O acórdão recorrido fora proferido em ação voltada contra a prática de nepotismo. Os fatores determinantes para que esta Corte concluísse pela legalidade da nomeação do secretário de saúde foram, por um lado, a qualificação normalmente exigida para o cargo de secretário de saúde, especialmente em pequenas localidades do interior, e, por outro, a inexistência de indícios de troca de favores. Essas circunstâncias foram mencionadas nos votos dos mins. Cármen Lúcia, Cezar Peluso e do relator, min. Lewandowski. Importante ressaltar que, na mesma oportunidade, a Corte também assentou que aquele julgamento não deveria ser considerado um precedente específico, pois a abordagem do nepotismo deveria ser realizada caso a caso. Conforme registrado pela min. Ellen Gracie, relatora do agravo regimental contra decisão que deferiu a medida cautelar na Rcl 6.650, Pleno, DJe 21.11.2008, tratava-se ali de reclamação contra decisão de juiz de primeira instância, proferida em ação popular, que suspendera a nomeação do irmão de Governador de Estado ao cargo de secretário estadual de transportes em virtude de ofensa ao princípio da moralidade. Em sede de liminar, este Supremo Tribunal concluiu que a suspensão da nomeação violara a súmula vinculante 13. Mais uma vez, ficou registrado que a exceção à súmula deveria ser verificada caso a caso.*

Acesso ao Sumário

Leio o voto do min. Lewandowski: 'Eu me permitiria fazer uma pequena observação. ***Por ocasião do julgamento do 'leading case' que levou à edição da Súmula 13 estabeleceu-se que o fato de a nomeação ser para um cargo político nem sempre, pelo menos a meu ver, descaracteriza o nepotismo. É preciso examinar caso a caso para verificar se houve fraude à lei ou nepotismo cruzado, que poderia ensejar a anulação do ato.****' O min. Marco Aurélio, por sua vez, destacou a natureza proibitiva da súmula vinculante: '****Indago: o Verbete vinculante nº 13 prevê – não cabe interpretar verbete, muito menos a contrario senso e vou esquecer aqui o precedente, a ocupação de cargo público anterior – a possibilidade de nomeação de parente consanguíneo, no segundo grau, para secretaria de Estado? A resposta é negativa. Não se tem, no teor do verbete, qualquer referência a agente político. Aliás versa proibição e não autorização.****' Assim, em linha com o afirmado pelo reclamante,* ***tenho que os acórdãos proferidos por este Supremo Tribunal Federal no RE 579.951 e na medida cautelar na Rcl 6.650 não podem ser considerados representativos da jurisprudência desta Corte e tampouco podem ser tomados como reconhecimento definitivo da exceção à súmula vinculante 13 pretendida pelo município reclamado.*** *Bem vistas as coisas, o fato é que* ***a redação do verbete não prevê a exceção mencionada e esta, se vier a ser reconhecida, dependerá da avaliação colegiada da situação concreta descrita nos autos, não cabendo ao relator antecipar-se em conclusão contrária ao previsto na redação da súmula****, ainda mais quando baseada em julgamento proferido em medida liminar (Rcl 12478 MC, rel.* ***Min. Joaquim Barbosa****, j. 03.11.2011). Igualmente veja-se: Rcl 16941 MC, rel. Min. Luiz Fux, j. 18.12.2013 e Rcl 11.605 MC, rel.* ***Min. Celso de Mello****, j. 29.06.2012.*" (págs. 146/149).

Portanto, mesmo à luz da jurisprudência da Suprema Corte na aplicação da Súmula Vinculante nº 13, **não se verifica, no caso dos autos, qualquer particularidade na situação do município de Tupã apta a fundamentar a exceção legal à vedação sumular ao nepotismo**, razão pela qual, até mesmo com base nas raras exceções autorizadas em precedentes específicos do Supremo, deve ser reconhecida a inconstitucionalidade material da expressão "*exceto para cargo de agente político de Secretário Municipal*", introduzida pelo artigo 1º da norma impugnada.

4. Ante o exposto, julga-se a ação parcialmente procedente, para declarar a inconstitucionalidade tão somente da expressão "*exceto para cargo de agente político de Secretário Municipal*", introduzida pelo artigo 1º da Lei nº 4.627/2013 aos artigos 1º e 2º, ambos da Lei nº 3.809 de 1999, de Tupã.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2157270-68.2014.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é autor PREFEITO DO MUNICÍPIO DE CRUZEIRO, é réu PRESIDENTE DA CÂMARA MUNICIPAL DE CRUZEIRO.

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 22891 (O.E.))**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores JOSÉ RENATO NALINI (Presidente), 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, XAVIER DE AQUINO, 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, 10 de dezembro de 2014.

TRISTÃO RIBEIRO, Relator

Ementa: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. Lei Municipal nº 4.077/11, que estabelece a reestruturação da carga horária de servidores da Prefeitura. Iniciativa do chefe do Poder Executivo à época. Vício. Inexistência. Inconstitucionalidade da lei não reconhecida. Ação improcedente.

Acesso ao Sumário

VOTO

Trata-se de ação direta de inconstitucionalidade proposta pelo Prefeito do Município de Cruzeiro, visando à retirada do ordenamento jurídico da Lei nº 4.077, de 29 de julho de 2011, que dispõe sobre a reestruturação da carga horária dos servidores públicos efetivos do Poder Executivo local.

Aduz o requerente a infringência aos textos constitucionais, com a ocorrência de invasão de competência e consequente existência de vício de iniciativa. Acrescenta que a Municipalidade sofre com os serviços deficientes e o comprometimento exacerbado do erário com a folha de pagamentos. Aponta,

ainda, a inconstitucionalidade do artigo 3º, da lei mencionada, que permitiria a alteração das jornadas de trabalho de acordo com a discricionariedade do Administrador.

O pleito liminar foi indeferido (fls. 54/55).

O Procurador Geral do Estado manifestou desinteresse em participar da ação (fls. 63/65).

A Câmara Municipal prestou informações sobre o processo de elaboração da norma (fls. 72/74).

Juntou-se parecer da douta Procuradoria Geral de Justiça opinando pela improcedência da ação (fls. 76/88).

É o relatório.

A presente ação visa à retirada do ordenamento jurídico de norma que, em tese, foi elaborada com infringência a disposições constitucionais, consubstanciando-se vício de iniciativa.

Em que pesem os argumentos do autor, não se vislumbra, no caso, desconformidade com as normas constitucionais.

De acordo com as informações prestadas pela Câmara Municipal de Cruzeiro, a lei foi de iniciativa do Executivo, de tal forma que não se pode falar em invasão de competência (fls. 72/74).

A norma combatida encontra-se em vigor desde o ano de 2011 e tem o seguinte teor:

LEI Nº 4.077, de 29 de Julho de 2011.

Assunto: "***Dispõe sobre a reestruturação da carga horária dos servidores públicos municipais efetivos do Poder Executivo Municipal e dá outras providências na forma que menciona.***"

A Exma. Senhora Prefeita Municipal de Cruzeiro, Estado de São Paulo, no uso de suas atribuições legais, FAZ SABER QUE A CÂMARA MUNICIPAL DE CRUZEIRO APROVOU E ELA SANCIONA A SEGUINTE LEI:

Artigo 1º – Fica reestruturado a carga horária de trabalho incidente sobre os cargos públicos municipais de provimento efetivo, do Poder Executivo Municipal, nos termos e condições previstos na presente Lei.

§ 1º – Os cargos de provimento efetivo integrantes dos anexos II e IV da Lei 2.425/91 e suas respectivas alterações que possuírem carga horária correspondente a 40/44 h / semanal passarão a atuar na carga de 30h/semanal.

§ 2º – As alterações correspondentes as cargas horárias definidas nos termos da presente lei deverão ser devida e respectivamente acrescentadas nos respectivos Anexos da Lei 2.425/91 e suas subsequentes alterações.

Acesso ao Sumário

§ 3º – As alterações na reestruturação da carga horária definida neste artigo e seus parágrafos será extensiva a todos os servidores da ESC – Escola Superior de Cruzeiro "Prefeito Hamilton Vieira Mendes" e do SAAE – Serviço Autônomo de Água e Esgoto.

Artigo 2º – A duração normal do trabalho, para os servidores público municipais, será em regra de 6 (seis) horas diárias ou trinta (30) horas semanais, desde que não seja fixado expressamente outro limite inferior.

§ 1º – Não serão descontadas nem computadas como jornada extraordinária as variações de horário no registro de ponto não excedentes de cinco minutos, observado o limite máximo de dez minutos diários.

§ 2º – O tempo despendido pelo servidor até o local de trabalho e para o seu retorno, por qualquer meio de transporte, não será computado na jornada de trabalho.

§ 3º – Fica proibido, em razão da diminuição da duração da jornada prevista no caput, qualquer redução no salário dos servidores públicos municipais.

Artigo 3º – Poderão existir cargos com jornada diferenciada conforme consta dos Anexos II e IV da Lei 2.425/91 e suas posteriores alterações.

Artigo 4º – A duração normal do trabalho poderá ser acrescida de horas suplementares, mediante autorização escrita do Secretário da Pasta e anuência por parte da Chefia do Poder Executivo Municipal ou por intermédio de autoridade expressamente designada para essa finalidade.

Artigo 5º – Nas atividades insalubres, assim consideradas pelo órgão competente municipal, quaisquer prorrogações só poderão ser determinadas mediante licença prévia das autoridades competentes em matéria de higiene do trabalho, as quais, para esse efeito, procederão aos necessários exames locais e à verificação dos métodos e processos de trabalho, quer diretamente, quer por intermédio de autoridades sanitárias federais, estaduais e municipais, com quem entrarão em entendimento para tal fim.

Artigo 6º – Ocorrendo necessidade imperiosa, poderá a duração do trabalho exceder o limite legal, seja para fazer face a motivo de força maior, seja para atender à realização ou conclusão de serviços inadiáveis ou cuja inexecução possa acarretar prejuízo manifesto, desde que observadas as disposições contidas no artigo 4º da presente Lei.

Artigo 7º – O salário-hora normal, no caso de servidor mensalista, será obtido dividindo-se o salário mensal correspondente à duração do trabalho, por 30 (trinta) vezes o número de horas dessa duração.

Acesso ao Sumário

Parágrafo único – Sendo o número de dias inferior a 30 (trinta), adotar-se-á para o cálculo, em lugar desse número, o de dias de trabalho por mês.

Artigo 8º – Entre 2 (duas) jornadas de trabalho haverá um período mínimo de 11 (onze) horas consecutivas para descanso.

Artigo 9º – Será assegurado a todo servidor efetivo um descanso semanal de 24 (vinte e quatro) horas consecutivas, o qual, salvo motivo de conveniência pública ou necessidade imperiosa do serviço, deverá coincidir com o domingo, no todo ou em parte.

Parágrafo único – Nos serviços que exijam trabalho aos domingos, será estabelecida escala prévia de revezamento.

Artigo 10 – O trabalho no domingo, seja total ou parcial, na forma do artigo anterior, será sempre subordinado à permissão prévia da autoridade competente, nos termos do artigo 4º da presente Lei.

Artigo 11 – Em qualquer trabalho contínuo, cuja duração exceda de 6 (seis) horas, é obrigatória a concessão de um intervalo para repouso ou alimentação, o qual será, no mínimo, de 1 (uma) hora e, não poderá exceder de 2 (duas) horas.

§ 1º – Não excedendo de 6 (seis) horas o trabalho, será, entretanto, obrigatório um intervalo de 15 (quinze) minutos quando a duração ultrapassar 4 (quatro) horas.

§ 2º – Os intervalos de descanso não serão computados na duração do trabalho.

Artigo 12 – Nos serviços permanentes de mecanografia (datilografia, escrituração ou cálculo, digitação), a cada período de 90 (noventa) minutos de trabalho consecutivo corresponderá um repouso de 10 (dez) minutos não deduzidos da duração normal de trabalho.

Artigo 13 – Salvo nos casos de revezamento semanal ou quinzenal, o trabalho noturno terá remuneração superior à do diurno e, para esse efeito, sua remuneração terá um acréscimo de 20% (vinte por cento), pelo menos, sobre a hora diurna.

§ 1º – A hora do trabalho noturno será computada como de 52 (cinquenta e dois) minutos e 30 (trinta) segundos.

§ 2º – Considera-se noturno, para os efeitos deste artigo, o trabalho executado entre as 22 (vinte e duas) horas de um dia e as 5 (cinco) horas do dia seguinte.

§ 3º – Nos horários mistos, assim entendidos os que abrangem períodos diurnos e noturnos, aplica-se às horas de trabalho noturno o disposto neste artigo e seus parágrafos.

Artigo 14 – A presente Lei não se aplica aos servidores abrangidos pela Lei Municipal nº 4.054, de 29 de Dezembro de 2010.

Artigo 15 – As disposições da presente lei passam a integrar as informações constantes dos Anexos II e IV da Lei 2.425/1991 e suas

Acesso ao Sumário

posteriores alterações.
Artigo 16 – A presente Lei entra em vigor na data de sua publicação.
Artigo 17 – Revogam-se as disposições em contrário.
Cruzeiro, 29 de julho de 2011
Ana Karin Dias de Almeida Andrade
Prefeita Municipal de Cruzeiro

Como já apontado, se a iniciativa da norma partiu do Chefe do Poder Executivo, não se pode alegar a existência de vício.

A análise do conteúdo da norma também não demonstra a infringência aos textos constitucionais.

Observa-se que a lei questionada estabeleceu a jornada de trabalho de 30 horas para os servidores cujas cargas horárias correspondiam a 40 e 44 horas semanais nos Anexos II e IV, da Lei nº 2.425/91, a qual dispõe sobre o Quadro de Pessoal do Município de Cruzeiro (fls. 25/26 e 28/29).

A redução de jornada de trabalho, por si só, não é inconstitucional.

Embora alegue o autor que a alteração promovida pela lei redundou em piora na qualidade dos serviços à população, isto não é constatável de pronto, sendo necessário exame de provas, o que não cabe em sede de ações desta natureza.

Ademais, o só fato de serem reduzidas as horas de trabalho semanal não implica em piora dos serviços prestados. Conforme apontado pelo autor, no Município de Cruzeiro há turnos de trabalho das 07h00 às 13h00 e das 12h00 às 18h00, o que, em tese, dependendo da forma como são distribuídos os servidores, pode até configurar uma melhora no atendimento, na medida em que há ampliação do horário em que o serviço é prestado, com disponibilidade superior ao tradicional 09h00 às 17h00.

Por outro lado, os turnos de 06 horas não impõem a obrigatoriedade de concessão de horário de almoço, o que pode também ser vantajoso para a Municipalidade.

Acesso ao Sumário

Entende-se equivocada a interpretação dada pelo autor ao conteúdo do artigo 3º, da Lei 4.077/11, segundo a qual o dispositivo possibilitaria a alteração das jornadas de trabalho de acordo com a discricionariedade do administrador. A meu ver, não há inconstitucionalidade alguma no artigo, já que sua redação apenas ressalta a existência de jornadas diversas daquela então estabelecida (30 horas), o que se constata da simples leitura dos anexos mencionados (II e IV da Lei nº 2.425/91). Ali, por exemplo, se verifica que a jornada de biólogo corresponde a 24 horas semanais, a de operador de raio-X a 20 horas, a de dentista a 20 horas etc.

Quanto à alegação de que a mudança promovida onera sobremaneira o erário, percebe-se que a norma encontra-se em vigor desde o ano de 2011,

ou seja, há três anos, não estando comprovada pelo autor a alegação do comprometimento orçamentário.

Ademais, observa-se que, de acordo com o artigo 14, da Lei nº 2.425/91, a escala de salários dos cargos públicos é constituída de 11(onze) referências, com 18 (dezoito) graus determinados de A-I a F-III (fls. 20) e que os cargos efetivos cuja jornada foi reduzida são, em maioria (75%), remunerados com vencimentos iniciais iguais ou inferiores à referência 05 (cinco).

Já na tabela que dispõe sobre os cargos "Em Comissão" (Anexo I da Lei 2.425/91), onde não se estabeleceu jornada de trabalho mínima, quase todos os cargos são remunerados com referências iguais ou superiores à 8, havendo apenas 2 deles remunerados, um com a referência 6 (encarregado de farmácia – Secr. Saúde) e outro com a 2 (Secretário Exec. Cons. Munic. Cultura).

Certamente as observações sobre os pagamentos aos cargos comissionados podem não corresponder ao estado atual do quadro de pessoal do Executivo cruzeirense. É certo que muitos dos cargos em comissão podem estar vagos ou extintos.

Contudo, é feita esta ressalva apenas para salientar que a prioridade dos pagamentos com pessoal do serviço público deve, sempre, ser voltada aos servidores concursados, limitando-se ao mínimo necessário a manutenção de cargos em comissão.

Diante de todo o exposto, conclui-se que a Lei nº 4.077/11 é constitucional, inexistindo infringência aos textos constitucionais.

Nestes termos, julga-se improcedente a ação, declarando-se a constitucionalidade da Lei nº 4.077, de 29 de julho de 2011, do Município de Cruzeiro.

ACÓRDÃO

Acesso ao Sumário

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2141004-06.2014.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é autor PREFEITO DO MUNICÍPIO DE HORTOLÂNDIA, é réu PRESIDENTE DA CÂMARA MUNICIPAL DE HORTOLÂNDIA.

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 25.015/14)**

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 NEGRINI FILHO, JOSÉ DAMIÃO PINHEIRO MACHADO COGAN, EROS PICELI, ELLIOT AKEL, GUERRIERI REZENDE, XAVIER DE AQUINO, FERREIRA RODRIGUES, EVARISTO DOS SANTOS, MÁRCIO BARTOLI, JOÃO CARLOS SALETTI, ROBERTO MORTARI, LUIZ AMBRA, FRANCISCO CASCONI e PAULO DIMAS MASCARETTI.

São Paulo, 10 de dezembro de 2014.

VANDERCI ÁLVARES, Relator

Ementa: Ação Direta de Inconstitucionalidade. Município de Hortolândia. Lei nº 2.975/14, que dispõe sobre o "Dia municipal da luta pela eliminação da discriminação racial", e Lei nº 2.994/14, disciplinando o "transporte de animais domésticos pelo serviço público municipal de transporte coletivo de passageiros". Alegado vício de iniciativa e falta de indicação da fonte de custeio para seu cumprimento.

1. Vício de iniciativa, a configurar invasão de competência do chefe do Poder Executivo na instituição de programas, campanhas e serviços administrativos, incidindo igualmente no óbice da ausência de previsão orçamentária.

2. Ofensa à Constituição do Estado de São Paulo, especialmente os seus artigos 5º, 24, § 2º, 2; 25, 47, II, XIV e XVIII; 144, 158, parágrafo único, e 176, I.

3. Julgaram procedente a ação, declarando a inconstitucionalidade das Leis nºs 2.975/14 e 2.994/14, do Município de Hortolândia.

Acesso ao Sumário

VOTO

Vistos.

1. Trata-se de ação direta de inconstitucionalidade, onde impugna o Prefeito Municipal de Hortolândia duas leis de iniciativa parlamentar.

A primeira delas (Lei 2.975/14) dispõe sobre o "*Dia municipal da luta pela eliminação da discriminação racial*", regulando, a segunda (Lei nº 2.994/14), o "*transporte de animais domésticos pelo serviço público municipal de transporte coletivo de passageiros*", incorrendo, assim, em vício de iniciativa e criação de despesas sem indicação da fonte de custeio, em ofensa aos princípios insculpidos

nos artigos 5º, 25, 47, II, XIV e XVIII, e 144, da Constituição Estadual.

Sobrevieram informações da Câmara Municipal local (fls. 40/54), bem como parecer da douta Procuradoria Geral de Justiça, em fls. 168/179, opinando pela procedência da ação, por vislumbrar afronta aos artigos 5º, 24, § 2º, 2; 47, II, XIV e XVIII; 144 e 176, I, da Constituição Estadual, os dispositivos legais submetidos a este controle de constitucionalidade.

É o sucinto relatório.

2. Voto.

A ação é procedente.

Em que pese a louvável intenção na criação da legislação em foco, sua tramitação exigia rigores constitucionais não cumpridos.

A Lei Municipal nº 2.975/2014 é do seguinte teor:

"***Art. 1º Fica incluída no Calendário Oficial do Município de Hortolândia a data de 21 de março como o 'Dia da Luta pela Eliminação da Discriminação Racial'.***

Art. 2º O evento será comemorado anualmente por meio de ações promovidas pelo Conselho Municipal de Promoção de Igualdade Racial.

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

E, a Lei Municipal nº 2.994/2014, estabeleceu:

"***Art. 1º É permitido o transporte de animal doméstico no serviço público municipal coletivo de passageiros mediante a cobrança de tarifa regular da linha.***

Parágrafo único. Se disponível para utilização, a cobrança da tarifa regular da linha pelo transporte do animal dará direito à utilização de assento para acomodação da caixa de transporte.

Art. 2º É impedido o transporte de animal que por sua espécie, ferocidade, peçonha ou saúde, comprometa o conforto e a segurança do veículo, de seus ocupantes ou de terceiros.

Art. 3º O transporte de animal doméstico vivo, de pequeno porte, será permitido se forem atendidas as seguintes condições:

I – que o animal possua no máximo 10 quilos;

II – o animal deverá estar acomodado em caixa específica de transporte, recipiente de fibra de vidro ou material similar resistente, com porta que contenha travamento e que impeça a sua saída, sem saliências ou protuberâncias, à prova de vazamentos, isento de dejetos, água e alimentos e que garanta a segurança, a higiene e o conforto deste e dos passageiros, não cabendo ao transportador qualquer responsabilidade a que não der causa, pela integridade física do animal no período de transporte;

III – que o carregamento e descarregamento do animal

doméstico sejam realizados sem prejudicar a comodidade e a segurança dos passageiros e de terceiros, e sem acarretar alteração no cumprimento do quadro de regime de funcionamento da linha.

Art. 4º Fica limitado a no máximo 04 (quatro) o número de animais a serem transportados a bordo do veículo, por viagem.

Art. 5º O não cumprimento pelas empresas que compõem o Serviço Coletivo Municipal de Passageiros das disposições contidas nos artigos anteriores acarretará sanção de natureza pecuniária, no valor de 500 (quinhentos) UFMH (Unidade Fiscal do Município de Hortolândia), a ser aplicada em dobro no caso de reincidência.

6º Esta lei entra em vigor na data da publicação".

Possível se observar a imposição ao Poder Executivo municipal atos de administração, incidindo aí no invocado "vício de iniciativa", desestabilizando a regimental harmonia que deve prevalecer entre os Poderes, por força de preceito constitucional, traduzido pelo regramento contido no artigo 5º, da Constituição do Estado de São Paulo ("*Art. 5º – São Poderes do Estado, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário*").

Essa harmonia sofre prejuízo a partir do momento em que um dos Poderes invade a competência normativa do outro, impondo-lhe atribuições a si já previstas como de índole privativa, inclusive onerando seu orçamento, sem especificar a fonte de custeio do programa criado.

O artigo 25, da Constituição Estadual, dispõe que "*Nenhum projeto de lei que implique a criação ou o aumento de despesa pública será sancionado sem que dele conste a indicação dos recursos disponíveis, próprios para atender aos novos encargos*".

A imposição de ato dispendioso aos cofres públicos, como descrito no regramento impugnado por meio desta ação, vai muito além de apenas criar um programa cultural na comunidade onde promulgada a lei que o disciplinou, ou de permitir a utilização do transporte público para fins diversos da locomoção de pessoas.

Acesso ao Sumário

Exige, por óbvio, movimentação financeira envolvendo fiscalização, criação e outros atos capazes de fazer cumprir as novas determinações, desenrolar que esbarra em outra questão: a falta de previsão orçamentária.

As leis municipais em discussão não indicam quais recursos disponíveis poderiam atender à demanda gerada por seus programas.

A par disso, impõe à Administração local a forma como devem se dar as atividades provenientes do evento anual criado, inserindo-o no calendário municipal até mesmo de forma arbitrária, tampouco descrevem o modo de fiscalização no interior do transporte público.

Na interpretação de **Hely Lopes Meirelles**, "*a Prefeitura não pode*

legislar, como a Câmara não pode administrar. Cada um dos órgãos tem missão própria e privativa: a Câmara estabelece regra para a Administração; a Prefeitura a executa, convertendo o mandamento legal, genérico e abstrato, em atos administrativos, individuais e concretos. O Legislativo edita normas; o Executivo pratica atos segundo as normas. Nesta sinergia de funções é que residem a harmonia e a independência dos Poderes, princípio constitucional (art. 2º) extensivo ao governo local. Qualquer atividade, da Prefeitura ou Câmara, realizada com usurpação de funções é nula e inoperante. ... todo ato do Prefeito que infringir prerrogativa da Câmara – como também toda deliberação da Câmara que invadir ou retirar atribuição da Prefeitura ou do Prefeito – é nulo, por ofensivo ao princípio da separação de funções dos órgãos do governo local (CF, art. 2º a.a. o art. 31), podendo ser invalidado pelo Poder Judiciário" **(Direito Municipal Brasileiro, 15ª ed., 2006, atualizada por Márcio Schneider Reis e Edgard Neves da Silva, São Paulo, Ed. Malheiros, páginas 708 e 712).**

Em julgamento realizado na data de 27/11/2013, onde apreciada a ADIn nº 0024761-47.2013, pelo voto do eminente Desembargador Castilho Barbosa, assentou-se:

> "***É pacífico na doutrina, bem como na jurisprudência, que ao Poder Executivo cabe primordialmente a função de administrar, que se revela em atos de planejamento, organização, direção e execução de atividades inerentes ao Poder Público.***
>
> ***De outra banda, ao Poder Legislativo, de forma primacial, cabe a função de editar leis, ou seja, atos normativos revestidos de generalidade e abstração.***
>
> ***O diploma impugnado, na prática, invadiu a esfera da gestão administrativa, que cabe ao Poder Executivo, e envolve o planejamento, a direção, a organização e a execução de atos de governo, no caso em análise, representados pelo controle da segurança e manutenção dos prédios que abrigam as escolas municipais de ensino infantil e fundamental. A atuação legislativa impugnada equivale à prática de ato de administração, de sorte a violar a garantia constitucional da separação dos poderes.***
>
> ***Cumpre recordar aqui o ensinamento de Hely Lopes Meirelles, anotando que '****a Prefeitura não pode legislar, como a Câmara não pode administrar. (...) O Legislativo edita normas; o Executivo pratica atos segundo as normas. Nesta sinergia de funções é que residem a harmonia e independência dos Poderes, princípio constitucional (art. 2º) extensivo ao governo local. Qualquer atividade, da Prefeitura ou Câmara, realizada com usurpação de funções é nula e inoperante****'. Sintetiza, ademais, que '****todo ato do Prefeito que infringir prerrogativa da Câmara – como também toda deliberação da Câmara que invadir ou***

Acesso ao Sumário

retirar atribuição da Prefeitura ou do Prefeito – é nulo, por ofensivo ao princípio da separação de funções dos órgãos do governo local (CF, art. 2º c/c o art. 31), podendo ser invalidado pelo Poder Judiciário' (Direito municipal brasileiro, 15ª ed., atualizada por Márcio Schneider Reis e Edgard Neves da Silva, São Paulo, Malheiros, 2006, p. 708 e 712)".

No mesmo sentido:

"***Criando obrigações a serem cumpridas na forma que regulamentada na lei, a Câmara Municipal invadiu a órbita de competência do chefe do Executivo, estando, portanto, eivada de inconstitucionalidade por ofensa a preceitos contidos na Constituição do Estado de São Paulo. A Lei impugnada interfere na atividade administrativa Municipal, situações de competência do Poder Executivo e que são matérias referentes à administração pública, com gestão exclusiva do Prefeito fora do âmbito de atuação do Poder Legislativo***" *(ADIn nº 127.418-0/4, rel. saudoso Des. ÁLVARO LAZZARINI, j. em 29.03.2006)*.

"***Ao atribuir competência privativa ao Poder Executivo para a iniciativa de leis sobre determinadas matérias, a Constituição levou na devida conta o fato de que sobre elas tem o Poder Executivo melhor visão do que o Legislativo, por as estar gerindo. A administração da coisa pública, não poucas vezes, exige conhecimento que o Legislativo não tem, e outorgar a este Poder o direito de apresentar os projetos que desejasse seria oferecer-lhe o poder de ter iniciativa sobre assuntos que refogem a sua maior especialidade***" *(ADIn nº 99.351.0/0, Rel. Luiz Elias Tâmbara, j. em 21/05/2003)*.

Ainda:

"***Isto porque não pode um Poder exercer a função típica de outro, pois se o fizesse estaria rompendo com a ideia da independência prevista nos artigos 5º, 'caput', da CESP, e do artigo 2º da CF/88, o que ocorria apenas excepcionalmente pelo sistema da 'check and balances' ou dos freios e contrapesos, o que não é caso dos autos.***"

"***Portanto, houve efetivo vício de iniciativa, o que implica na já mencionada inconstitucionalidade formal ou de procedimento (nomodinâmica). A adequação é passível pelo controle concentrado ou via de ação, uma vez que a inconstitucionalidade decorre de vício na produção da norma. Ou seja, está contida dentro do processo de elaboração de lei (processo legislativo), que vai desde a iniciativa encerrando-se com sua publicação***".

(...)" *(ADIn nº 0086852-13.2012.8.26.0000 – j. de 12.12.12 – Rel. Des. ROBERTO MAC CRACKEN)*.

Tem-se, pois, que as normas impugnadas apresentam incompatibilidade

Acesso ao Sumário

com a Constituição do Estado de São Paulo, especialmente com os seus artigos 5º, 24, § 2º, 2; 25, 47, II, XIV e XVIII; 144, 158, parágrafo único, e 176, I, todos da Carta Bandeirante.

3. *Ex positis*, pelo meu voto, julgo procedente a ação, declarando a inconstitucionalidade das Leis nºs 2.975/14 e 2.994/14, do município de Hortolândia.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2133878-02.2014.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é autor ASSOCIAÇÃO DOS AGENTES DE FISCALIZAÇÃO DE GUARULHOS, 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 35461)**

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, EROS PICELI, ELLIOT AKEL, GUERRIERI REZENDE, XAVIER DE AQUINO, 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 e ANTONIO CARLOS VILLEN.

São Paulo, 10 de dezembro de 2014.

ADEMIR BENEDITO, Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: Ação direta de inconstitucionalidade – Município de Guarulhos – Lei que concedeu reajuste geral dos vencimentos, mas determinou o parcelamento do montante aos servidores municipais cuja referência salarial seja superior a R$ 2.500,00 – Direito subjetivo dos servidores à revisão geral anual da remuneração, sem qualquer distinção em relação a datas e índices – Inconstitucionalidade parcial da Lei nº 7.264/2014, do Município de Guarulhos,

reconhecida.

VOTO

Trata-se de ação ajuizada pela Associação dos Agentes de Fiscalização de Guarulhos, pela qual se pretende a declaração de inconstitucionalidade do inciso II do artigo 1º da Lei Municipal nº 7.264/2014, de 08 de maio de 2014, que determinou o parcelamento do reajuste geral dos vencimentos dos servidores municipais de Guarulhos, cuja referência salarial seja superior a R$ 2.500,00 (dois mil e quinhentos reais).

Sustenta a inicial a ocorrência de afronta ao artigo 115, inciso XI, da Constituição Bandeirante (artigo 37, inciso X, da Carta Magna), que dispõe sobre a revisão geral da remuneração dos servidores públicos e a impossibilidade de distinção dos índices entre servidores.

Pediu concessão de liminar, com eficácia *ex tunc*, retroagindo à data de publicação da Lei impugnada, para suspender os seus efeitos.

Foi deferida a medida pleiteada (fls. 30/31), para suspender a vigência e eficácia da norma impugnada até o julgamento final da ação.

A Procuradoria Geral do Estado (fls. 50/52) manifestou desinteresse na lide e na defesa do ato impugnado, verificando que os dispositivos legais atacados tratam de matéria exclusivamente local.

A Câmara Municipal de Guarulhos (fls. 57/62) e o Sr. Prefeito de Guarulhos (fls. 64/71) pugnaram pela improcedência do feito.

A Procuradoria Geral de Justiça lavrou parecer pela procedência da demanda, conforme requerido na inicial (fls. 91/97).

É o relatório.

Cuida-se de ação direta de inconstitucionalidade parcial da Lei Municipal nº 7.264/2014 do Município de Guarulhos, que dispõe sobre o reajuste salarial ao funcionalismo público municipal para o exercício de 2014, estabelecendo o parcelamento da aplicação do índice para os vencimentos baseados em referências salariais superiores a R$ 2.500,00 (em seu artigo 1º, inciso II), *in verbis*:

Acesso ao Sumário

"***Art. 1º Os salários, vencimentos, proventos de aposentadoria, subsídios e pensões, vigentes em 30 de abril de 2014 dos cargos e empregos públicos da Administração Direta e Indireta e da Câmara Municipal de Guarulhos, em atendimento ao disposto no artigo 37, X, da Constituição Federal e do que lhe corresponde na Lei Orgânica do Município de Guarulhos ficam reajustados em 6,78% (seis inteiros e setenta e oito centésimos percentuais), com vigência e aplicação da seguinte forma:***

I – os salários, vencimentos, proventos de aposentadorias, subsídios e

pensões devidos em abril de 2014 baseados em referências salariais de até R$ 2.500,00 (dois mil e quinhentos reais) a aplicação do índice dar-se-á de forma integral com vigência a partir de 1º de maio de 2014;

II – os salários, vencimentos, proventos de aposentadorias, subsídios e pensões devidos em abril de 2014 baseados em referências salariais superiores a R$ 2.500,00 (dois mil e quinhentos reais) a aplicação do índice dar-se-á de forma parcelada, como segue:

a) 3,78% (três inteiros e setenta e oito centésimos percentuais) sobre salários, vencimentos, proventos de aposentadorias, subsídios e pensões devidos em abril de 2014 com vigência a partir de 1º de maio de 2014; e,

b) 3,0% (três inteiros pontos percentuais) sobre salários, vencimentos, proventos de aposentadorias, subsídios e pensões devidos em abril de 2014 com vigência a partir de 1º de agosto de 2014."

Com efeito, tem-se que a referida norma afronta dispositivos da Constituição Estadual.

Ora, estabelece a Constituição bandeirante:

<u>Artigo 115</u> – 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:

XI – a revisão geral anual da remuneração dos servidores públicos, sem distinção de índices entre servidores públicos civis e militares, far-se-á sempre na mesma data e por lei específica, observada a iniciativa privativa em cada caso.

<u>Artigo 144</u> – 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.

Dessa forma, houve clara ofensa ao que dispõe a Carta Estadual nos artigos 111 e 115, inciso XI, ambos da Constituição do Estado São Paulo, bem como ao artigo 37, "caput" e inciso X, da Constituição Federal, os quais devem ser observados, consoante determina o artigo 144 da Constituição de São Paulo.

Como, aliás, bem ressaltado pela D. Procuradoria de Justiça, em seu parecer:

"*O ato normativo impugnado contraria frontalmente os arts. 115, XI e 144 da Constituição do Estado de São Paulo, à qual está subordinada a produção normativa municipal ante a previsão dos arts. 1º, 18, 29 e 31, da Constituição Federal e que estabelecem o seguinte:*

(...)

Assim como a Constituição Federal, a Constituição Estadual assegura aos servidores públicos o direito à revisão geral anual da remuneração sem

Acesso ao Sumário

qualquer distinção em relação às datas e índices adotados (art. 115, XI, da Constituição Estadual, que reproduz o art. 37, X, da Constituição Federal).

Ainda que os índices referentes à revisão anual da remuneração (6,78%) dos servidores públicos tenham sido idênticos, não se pode dizer o mesmo em relação à respectiva vigência.

(...)

A garantia constitucional da revisão anual na mesma data exige não só identidade da data base da categoria para fins de recuperação do valor da remuneração, mas também a vigência temporal idêntica para a percepção dos novos vencimentos.

Desta forma, a vigência diferenciada dos fracionamentos contraria a norma constitucional na medida em que os servidores não contemplados com a integralidade do reajuste receberão nos meses de maio, junho e julho remuneração inferior àquela que teriam direito se observada a regra constitucional.

A revisão geral anual, como se infere do art. 115, XI, da Constituição Estadual, é direito subjetivo exclusivo dos servidores públicos.

Lícito, portanto, concluir a incompatibilidade do inciso II do artigo 1º da Lei Municipal nº 7.264/2014, em razão do tratamento não isonômico conferido aos servidores públicos em relação à vigência da recomposição salarial decorrente da revisão anual".

Mutatis mutandis, o Egrégio Supremo Tribunal Federal já decidiu que:

"***CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. SERVIDOR PÚBLICO: REMUNERAÇÃO: REAJUSTE: 3,17%. MEDIDA PROVISÓRIA Nº 2.225-45/2001. PARCELAMENTO DOS ATRASADOS: MEDIDA PROVISÓRIA Nº 2.225-45/2001, ART. 11.***

I. – O direito dos servidores ao índice residual de 3,17% foi reconhecido pela Administração: Medida Provisória 2.225-45/2001.

II. – Parcelamento dos valores devidos até 31.12.2001, que passam a ser considerados passivos: Medida Provisória 2.225-45/2001, art. 11. Esse parcelamento, assim previsto, se for considerado de aceitação compulsória por parte do servidor público, é inconstitucional. É que dependeria ele do assentimento do servidor. No caso, inocorre a anuência do servidor.

III. – Declaração da inconstitucionalidade parcial, sem redução do texto, do art. 11 da Medida Provisória nº 2.225-45/2001, mediante interpretação conforme, de modo a excluir do seu alcance as hipóteses em que o servidor se recuse, explícita ou tacitamente, a aceitar o parcelamento previsto.

IV. – Recurso extraordinário conhecido e improvido" (STF, RE nº 401.436/GO, Rel. Min. Carlos Velloso, Tribunal Pleno, j. 31/03/2004) (g.n.).

Acesso ao Sumário

Ante o exposto, pelo meu voto, julgo procedente o pedido, para declarar a inconstitucionalidade do inciso II do art. 1º da Lei nº 7.264, de 08 de maio de 2014, do Município de Guarulhos.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2159828-13.2014.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é autor PREFEITO DO MUNICIPIO DE GUARULHOS, é réu PRESIDENTE DA CÂMARA MUNICIPAL DE GUARULHOS.

ACORDAM, em Órgão Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "JULGARAM A AÇÃO PROCEDENTE. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 24827)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores JOSÉ RENATO NALINI (Presidente), 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, GUERRIERI REZENDE, ANTONIO CARLOS MALHEIROS, FERREIRA RODRIGUES, PÉRICLES PIZA, EVARISTO DOS SANTOS, MÁRCIO BARTOLI, JOÃO CARLOS SALETTI e ROBERTO MORTARI.

São Paulo, 26 de novembro de 2014.

LUIZ AMBRA, Relator

Ementa: Direta de inconstitucionalidade – Lei 7300/14, do Município de Guarulhos, que determinou o enterramento de todo o cabeamento existente na Comuna, de modo a torná-lo subterrâneo – Inconstitucionalidade evidente, vício manifesto de iniciativa - Propositura por vereador, rejeitado o veto do Prefeito – Inconstitucionalidade reconhecida, para declarar a ineficácia do diploma legal.

Acesso ao Sumário

VOTO

Trata-se de ação direta de declaração de inconstitucionalidade da Lei Municipal nº 7300/14, de Guarulhos, que determinou o enterramento de todo o cabeamento existente da Comuna, de molde a torná-lo subterrâneo. Nas razões

de irresignação se sustentando o descabimento do *decisum*, pelos fundamentos então expendidos.

Liminar requerida a fl. 1, pelo despacho de fls. 46/50 veio a ser deferida. A Procuradoria Geral do Estado externando desinteresse, a fls. 59/61. A Câmara Municipal prestando informações (fls. 66/76), defendendo o ato impugnado. A douta Procuradoria de Justiça se manifestando pela procedência (fls. 78/89).

É o relatório.

Meu voto, nos termos da manifestação da douta Procuradoria, julga procedente a presente ação, declara a inconstitucionalidade do diploma legal aqui examinado. Fazendo-o, reafirma, em linhas gerais, o quanto inicialmente expendido no despacho inicial, de fls. 46/50, que concedeu a liminar. Ora esta tornada definitiva.

O diploma legal impugnado afigura-se francamente ilegal. Promulgado em 14 de agosto pretérito, bem por isso desde logo veio a ser suspenso, de molde a evitar o descabido início de vigência. O Legislativo, a bem dizer, a se substituir ao Executivo em atos de pura e nítida administração municipal.

A forma de administrar a Comuna representa atribuição específica do Poder Executivo, como é elementar. A propósito o escólio doutrinário de Hely Lopes Meirelles, nesse sentido, inserto em seu *Direito Municipal Brasileiro*, 15ª ed., 2006, pgs. 708 e 712. Daí porque não cabe, ao Legislativo, a ele se substituir como aqui parece estar sucedendo. Em afronta flagrante às regras dos artigos 47, II (ao Governador toca "*a direção superior da administração estadual*"), XIV (ainda lhe compete "*praticar os demais atos de administração*") e XIX, letra "a" (dispor, mediante decreto, "*sobre a administração e o funcionamento da administração estadual*") da Constituição do Estado. Aplicável aos Municípios segundo o artigo 144 subsequente.

Nesse sentido, em hipóteses assemelhadas, o tranquilo entendimento deste Órgão, a casuística a mesma.

Relatada pelo Desembargador Munhoz Soares, na mesma linha, a ADIN nº 150.048-0/9-00 (j. 13.8.08), relativa a lei do Município de Osasco a determinar a "*melhoria de visualização dos equipamentos de radares no Município*", com placas ou sinais indicativos. Da mesma ordem, da relatoria do Desembargador Canguçu de Almeida (j. 16.7.08), a ADIN nº 162.356-0/7-00; lei municipal de Jundiaí a prever "*pintura identificadora nos suportes de radares de fiscalização*".

Ilegal, por invasão do legítimo e exclusivo poder de dispor a respeito pelo Executivo, se julgou também (ADIN nº 152.094-0/2-00, j. 20.2.08, rel. Des. Renato Nalini) lei de São José do Rio Preto, a prever a publicação "*de fotos e dados de pessoas desaparecidas nos boletos bancários do IPTU*", emitidos pela Prefeitura. Ou a instalação de placas, a cargo da Prefeitura de Bertioga, "*em todas as obras de construção civil contratadas pelo Poder Público Municipal*"

(ADIN nº 143.853-0/6-00, j. 16.1.08, rel. Des. Munhoz Soares).

Do Desembargador Aloísio de Toledo César (ADIN nº 151.994-0/2-00, j. 5.3.08) a declaração de inconstitucionalidade de lei de Campo Limpo Paulista, a determinar a "*implantação de dispositivo especial para embarque e desembarque de passageiros em veículos da frota de ônibus pertencente ao sistema de transporte coletivo urbano*". Todas essas hipóteses, aliás, gerando indevido ***aumento de despesas***, carreadas ao Poder Executivo responsável pela sua implementação.

Mais. Nessa mesma linha, a tipificar prática de ato ***nitidamente de administração***, a ADIN nº 149.348-0/5-00 (j. 19.3.08, rel. Des. Maurício Ferreira Leite), lei municipal de Franca a prever – sem que o Executivo estivesse acorde – número máximo de alunos nas salas de aulas municipais. Padecendo dessa mesma eiva lei municipal de São José do Rio Pardo (ADIN nº 150.294-0/0-00, j. 30.4.08. rel. Des. Walter de Almeida Guilherme) que declarou o Rio Pardo "*patrimônio cultural, paisagístico e turístico*" da Comuna e instituiu comissão para regrar a respeito; as despesas carreadas todas – para variar – ao Executivo.

Aqui, a eiva seria da mesma natureza, a ordem de cabeamento enterrado implicado em ato de pura e nítida administração.

Remanesceria dúvida em relação às entidades particulares atingidas pela lei: responsáveis pelo cabeamento telefônico, de Internet, eletricidade, v.g. Aos quais imposta a mesma obrigação. Porque estes não possuiriam capacidade postulatória para a presente ação, em relação a eles o Poder Pública estaria a agir, em última análise, ***em caráter substitutivo***, como verdadeiro substituto estranho à norma legal, em caráter indireto a dela desbordar.

Em se tratando de ***lei que se diria de efeitos concretos***, com efeito, para se furtarem à sua aplicação cabível seria o recurso ao mandado de segurança, não tendo porque serem tutelados via da presente ação.

A jurisprudência deste Órgão, todavia, tem apreciado a questão sob moldes amplos, admite a propositura de ação direta pelo Executivo mesmo quando a lei impugnada imponha obrigações apenas a particulares. Na ADIN nº 139.686-0/9-00 (j. 7.5.08, rel. Des. Junqueira Sangirardi; lei do Município de Ribeirão Preto que impunha às instituições financeiras sediadas no Município a afixação de placas indicativas de que, nas liquidações antecipadas, caberia desconto de parte do débito) assim se havendo decidido. Assim como na ADIN nº 164.946-0/4-00 (j. 1.10.08, rel. Des. José Santana), lei de Taquaritinga a impor às instituições bancárias "*manutenção de segurança através de pessoal especializado, até as 22 horas nos terminais eletrônicos*" (caixas eletrônicos fora de suas dependências).

Da mesma ordem a ADIN nº 141.238-0/5-00 (j. 20.8.08, rel. Des. Renato Nalini), lei municipal de São Paulo abrandando os limites de tolerância de ruídos

Acesso ao Sumário

em estabelecimentos comerciais, por iniciativa exclusiva do Legislativo. Ou a ADIN nº 152.178-0/6-00 (j. 20.2.08, rel. Des. Ribeiro dos Santos), nas mesmas condições, isentando da tarifa de ônibus os integrantes da Guarda Municipal de Guarujá e agentes de trânsito. Ainda, a ADIN nº 148.342-0/0-00 (j. 2.7.08, rel. Des. Palma Bisson), lei municipal de Itu isentando dessa tarifas os portadores das deficiências físicas ali indicadas.

Ainda a ADIN nº 158.598-0/6-00 (j. 4.8.08, rel. Des. Aloísio de Toledo César), lei municipal de Ribeirão Preto a determinar a instalação de dispositivos eletrônicos (câmaras filmadoras de circuito interno de TV, conectadas a empresas de segurança) em postos de gasolina. Do mesmo relator (j. 2.7.08) a ADIN 144.745-0/0-00, outra lei de Ribeirão Preto sem o *placet* do Executivo, determinando afixação de placas "*proibindo a venda de fogos de artifício para menores de idade*", nos estabelecimentos voltados a este comércio; então utilizado o argumento de que haveria também aumento de despesas públicas, já que o Executivo teria que arcar com o custo da fiscalização correspondente.

De Presidente Venceslau a ADIN nº 156.787-0/4-00 (j. 28.5.08, rel. Des. Munhoz Soares), teve como ilegal lei de iniciativa do Legislativo instituindo meia-entrada para estudantes, em estabelecimentos culturais e de lazer. Admitida portanto a ação direta mesmo quando afetados interesses apenas de particulares.

A douta Procuradoria corrobora tais considerações, fornece outras, valiosas, que não têm porque não serem aqui adotadas. Ora as incorporando, como se aqui estivessem transcritas, meu voto julga procedente a presente ação.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2169084-77.2014.8.26.0000, 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.

Acesso ao Sumário

ACORDAM, em Órgão Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "JULGARAM A AÇÃO PROCEDENTE. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 19977)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores JOSÉ RENATO NALINI (Presidente), BORELLI THOMAZ, JOÃO NEGRINI FILHO, JOSÉ DAMIÃO PINHEIRO MACHADO COGAN, EROS PICELI, ELLIOT AKEL, GUERRIERI REZENDE, XAVIER DE AQUINO, ANTONIO CARLOS MALHEIROS, FERREIRA RODRIGUES, PÉRICLES PIZA, EVARISTO DOS SANTOS, MÁRCIO BARTOLI, JOÃO CARLOS SALETTI,

ROBERTO MORTARI, LUIZ AMBRA, FRANCISCO CASCONI, PAULO DIMAS MASCARETTI, ARANTES THEODORO, TRISTÃO RIBEIRO, ANTONIO CARLOS VILLEN, ADEMIR BENEDITO e LUIZ ANTONIO DE GODOY.

São Paulo, 17 de dezembro de 2014.

NEVES AMORIM, Relator

Ementa: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE – MUNICÍPIO DE SÃO JOSÉ DO RIO PRETO – LEI MUNICIPAL Nº 11.568/2014, QUE ALTEROU ALGUNS ARTIGOS DA LEI Nº 5.493/94, PARA TORNAR OBRIGATÓRIA A EXISTÊNCIA DE BEBEDOUROS ADAPTADOS ÀS PESSOAS COM DEFICIÊNCIAS FÍSICAS NOS ESTABELECIMENTOS BANCÁRIOS – INICIATIVA PARLAMENTAR – INVASÃO DA COMPETÊNCIA EXCLUSIVA DO CHEFE DO PODER EXECUTIVO – VÍCIO FORMAL RECONHECIDO – OFENSA DIRETA AO PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES, BEM COMO DOS ARTIGOS 5º, 47, II E XIV, E 144, TODOS DA CONSTITUIÇÃO ESTADUAL – PRECEDENTES DO ÓRGÃO ESPECIAL – AÇÃO PROCEDENTE.

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 11.568/2014, de 09 de setembro de 2014, promulgada pela Câmara Municipal após rejeição do veto integral ao projeto de Lei nº 191/2013 pelo requerente. Referida norma dispõe sobre existência obrigatória de bebedouros adaptados às pessoas com deficiências físicas nos estabelecimentos bancários.

Alega o apelante que a citada lei alterou a redação de alguns artigos da Lei nº 5.493, de 06 de abril de 1994, que versa sobre a expedição de alvará e habite-se para as edificações dos estabelecimentos bancários, cuja competência é exclusiva do Chefe do Executivo, na medida em que diz respeito à organização urbana e administração da cidade. Acrescenta que a lei impugnada representa nítida invasão da competência do Poder Executivo com interferência na administração municipal, pois cria despesas sem prévia dotação orçamentária

Acesso ao Sumário

já que administração terá que dispor de funcionários específicos para exercer a fiscalização ali determinada, implicando em afronta aos artigos 5º, 47, incisos II e XIV e 144 da Constituição Estadual, além de contrariar o disposto no artigo 169, parágrafo único, 1, do mesmo diploma. Em virtude da presença do *fumus boni iuris* e do *periculum in mora*, requer a concessão da liminar com efeito retroativo à data da publicação, suspendendo seus efeitos.

A liminar foi concedida em virtude da presença do *periculum in mora* e do *fumus boni iuris* (fls. 20/21).

Instado a se manifestar para os fins do artigo 90, § 2º, da Constituição do Estado de São Paulo, o Procurador Geral do Estado externou desinteresse na defesa dos dispositivos impugnados, pois tratam de matéria exclusivamente local (fls. 30/31).

Citada, a Câmara Municipal, representada por seu Presidente, Sr. Paulo Roberto Ambrósio, apresentou suas informações (fls. 34/37).

A D. Procuradoria Geral de Justiça se manifestou pela improcedência da ação (fls. 41/49).

É o relatório.

Inafastável a procedência da ação ante a existência do vício de inconstitucionalidade apontado na inicial.

Cuida-se de Ação Direta de Inconstitucionalidade da Lei nº 11.568, de 09 de setembro de 2014, de iniciativa da Câmara Municipal de São José do Rio Preto, que dispõe sobre alterações na Lei nº 5.493/94 para modificar os requisitos referentes à expedição de alvarás e habite-se para as edificações dos estabelecimentos bancários, encontrando-se assim redigida:

"*Art. 1º – Esta lei dispõe sobre alterações da Lei nº 5.493, de 06 de abril de 1994.*

Art. 2º – O artigo 1º da Lei nº 5.493, de 06 de abril de 1994, passa a vigorar acrescido dos parágrafos 1º, 2º e 3º, com as seguintes redações:

'*Art. 1º – ...*

§ 1º – É obrigatória a existência de bebedouros adaptados às pessoas com deficiência.

§ 2º – A instituição bancária que desrespeitar a presente Lei, ficará sujeita ao pagamento de multa de 100 UFMs, por agência bancária que se encontre inadequada, dobrada a cada reincidência.

§ 3º – O Poder Executivo regulamentará a presente Lei, no que couber, no prazo de 60 (sessenta) dias, contados da data de sua entrada em vigor, precipuamente no atinente a fiscalização e aplicação de sanção' (NR)

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

No caso em análise, o ato normativo impugnado implica em violação ao

Acesso ao Sumário

princípio da separação e independência dos Poderes, insculpido nos artigos 5º, 47, incisos II e XIV e 144 da Constituição Estadual, haja vista que a Câmara Municipal extrapolou a competência do Legislativo Municipal, interferindo diretamente na administração pública municipal, da gestão exclusiva do Prefeito e fora da alçada do Poder Legislativo.

Isto porque fixa adequação para os estabelecimentos a ela sujeitos e estabelece sanções pecuniárias para seu descumprimento. Tais determinações são invasivas da esfera reservada de iniciativa legislativa do chefe do Poder Executivo. A imposição de obrigação de fiscalização e de aplicação de sanções administrativas aos particulares configura invasão de competência do Poder Executivo quanto ao critério de conveniência e oportunidade da ação de tais medidas, o que acarreta a incompatibilidade do aludido diploma com os princípios de independência, harmonia e separação dos poderes. A boa doutrina proclama que o Poder Legislativo não pode "*impor ao Executivo a tomada de medidas específicas de sua exclusiva competência e atribuição*" (Hely Lopes Meirelles, 'Direito Municipal Brasileiro', Ed. Malheiros, 16ª ed., 2008, p. 619).

E acrescenta que "*Em sua função normal e predominante sobre as demais, a Câmara elabora leis, isto é, normas abstratas, gerais e obrigatórias de conduta. Esta a sua função específica, bem diferenciada da do Executivo, que é a de praticar atos concretos de administração. Já dissemos – e convém se repita – que o Legislativo provê* in genere*, o Executivo* in specie*: a Câmara edita normas gerais, o prefeito as aplica aos casos particulares ocorrentes. Daí* ***não ser permitido à Câmara intervir direta ou concretamente nas atividades reservadas ao Executivo****, que pedem provisões administrativas especiais manifestadas em* ordens, proibições, concessões, permissões, nomeações, pagamentos, recebimentos, entendimentos verbais ou escritos com os interessados, contratos, **realizações materiais da Administração e tudo o mais que se traduzir em atos ou medidas de execução governamental**" (Hely Lopes Meirelles, 'Direito Municipal Brasileiro', Ed. Malheiros, 17ª ed., 2013, p. 631) – g.n.

A questão já foi analisada em caso semelhante por este Órgão Especial, em que lei municipal de iniciativa do Poder Legislativo impôs às instituições bancárias e de crédito a obrigação de dotar seus estabelecimentos de banheiros à disposição do público e estabeleceu o dever de fiscalização ao Poder Executivo, reconhecendo-se, por unanimidade a ocorrência de vício de iniciativa (Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 155.736-0/5, Rel. Des. Maurício Vidigal, j. 25/11/09).

No mesmo sentido, vale ainda citar recente decisão unânime que declarou inconstitucional lei municipal de iniciativa do Poder Legislativo que tornara obrigatória a colocação de placas indicativas bilíngues (Inglês e Português) em repartições e órgãos públicos, hotéis, hospitais e agências bancárias de São José

Acesso ao Sumário

do Rio Preto, cuja ementa se encontra assim transcrita:

> "**Ação direta de inconstitucionalidade – Lei nº 11.388/13, de São José do Rio Preto, vetada pelo Prefeito por vício de iniciativa, e que teve o veto rejeitado – Inconstitucionalidade flagrante – Obrigatoriedade de placas bilíngues (português e inglês) em repartições e órgãos públicos, hotéis, hospitais e agências bancárias – Prática de ato de administração pelo Legislativo, invadindo a seara do Executivo – Ação procedente, para declarar a ilegalidade do diploma legal em exame, que anteriormente já teve suspensa sua vigência**" (Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2070772-66.2014.8.26.0000, Rel. Des. Luiz Ambra, j. 24/09/2014).

Em suma, a iniciativa legislativa em questão não observou o que dispõem os artigos 47, incisos II e XIV e 144 da Constituição Estadual, ofendendo o princípio da separação dos poderes (art. 5º, caput, da Constituição Estadual). Assim, não pode subsistir, já que o vício de iniciativa aqui é manifesto e macula o diploma legal sob análise.

Destarte, imperiosa a procedência desta ação direta de inconstitucionalidade.

Assim, pelo meu voto, julgo procedente a ação para declarar a inconstitucionalidade da Lei Municipal nº 11.568, de 09 de setembro de 2014, do Município de São José do Rio Preto.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2074285-42.2014.8.26.0000, 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 SÃO PAULO e PREFEITO DO MUNICÍPIO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em Órgão Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "POR MAIORIA DE VOTOS, JULGARAM A AÇÃO IMPROCEDENTE. ACÓRDÃO COM O EXMO. SR. DES. XAVIER DE AQUINO. FARÃO DECLARAÇÃO DE VOTO OS EXMOS. SRS. DES. LUIZ ANTONIO DE GODOY E JOSÉ RENATO NALINI.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 27204)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores JOSÉ RENATO NALINI (Presidente, com declaração), NEVES AMORIM, JOÃO NEGRINI FILHO, ELLIOT AKEL, FERREIRA RODRIGUES, EVARISTO DOS SANTOS, JOÃO CARLOS SALETTI, ROBERTO MORTARI, LUIZ AMBRA, FRANCISCO CASCONI, PAULO DIMAS MASCARETTI, VANDERCI

Acesso ao Sumário

ÁLVARES, ARANTES THEODORO, TRISTÃO RIBEIRO e ANTONIO CARLOS VILLEN julgando a ação improcedente; e LUIZ ANTONIO DE GODOY (com declaração), BORELLI THOMAZ, EROS PICELI, GUERRIERI REZENDE, MÁRCIO BÁRTOLI e ADEMIR BENEDITO julgando a ação procedente.

São Paulo, 10 de dezembro de 2014.

XAVIER DE AQUINO, Relator designado

Ementa: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. – Lei nº 15.802/13 do Município de São Paulo – Gestão patrimonial de bens públicos, como praças e parques – Alegada violação do princípio da separação dos poderes e também do disposto nos artigos 47, II e XIV, e 144, da Carta Bandeirante. Inocorrência. Lei que tem por objetivo maior a preservação da área de natureza já incorporada ao Parque do Ibirapuera, vedando a construção de obra viária ou qualquer outra obra que resulte em prejuízo para a vegetação ali existente. Proteção ao meio ambiente que se insere em matéria de interesse local, legitimando o Município para legislar sobre o tema. Inteligência do artigo 23, II, VI e VII da Magna Carta. Ação improcedente.

VOTO

Trata-se de Ação Direta de Inconstitucionalidade da Lei Municipal Paulistana nº 15.802, de 13 de junho de 2013, que "*dispõe sobre a incorporação da área relativa à Praça Maria Helena Monteiro de Barros Saad ao Parque Ibirapuera, e dá outras providências*".

Alega o Autor que a norma atacada, de iniciativa parlamentar, contém vício de iniciativa, por tratar de matéria relativa a gestão patrimonial de bens públicos, que constitui ato típico da Administração, de reserva privativa do Executivo. Sustenta que, em se tratando de matéria urbanística, não foi observado o plano diretor da cidade sendo que a norma, ainda, viola os princípios da impessoalidade e finalidade, uma vez que privilegia tão somente os moradores da região do Ibirapuera, limitando a circulação pelas vias públicas no local.

Adotado, no mais, o relatório do eminente Relator Sorteado, acrescento que na oportunidade do julgamento, os autos vieram a esta Relatoria, por designação.

É o breve relatório.

Acesso ao Sumário

A ação não merece prosperar.

Com efeito, é do texto da Lei vergastada pela Ação Direta de Inconstitucionalidade que:

> "*Art. 1º Fica a área pública de uso comum do povo denominada Praça Maria Helena Monteiro de Barros Saad, localizada no Jardim Luzitânia, Distrito de Moema, incorporada ao Parque Ibirapuera, passando a dele fazer parte em caráter definitivo e para todos os fins legais e administrativos.*
>
> *Art. 2º Fica vedada a construção de obra viária de qualquer natureza que prejudique a continuidade da área incorporada ao Parque Ibirapuera nos termos do art. 1º desta lei, assim como qualquer obra nessa mesma área que resulte em impermeabilização do terreno ou em prejuízo para a vegetação nela existente.*
>
> *Art. 3º As despesas decorrentes da execução desta lei correrão por conta das dotações orçamentárias próprias, suplementadas, se necessário.*
>
> *Art. 4º O Poder Executivo regulamentará a presente lei, no que couber, no prazo máximo de 60 (sessenta) dias, contados de sua publicação.*
>
> *Art. 5º Esta lei entra em vigor na data de sua publicação, revogadas as disposições em contrário*" (fls. 35).

Percebe-se, ***ab oculi***, que a Lei Municipal Paulistana nº 15.802, de 13 de junho de 2013, objetiva preservar área da natureza já incorporada ao Parque do Ibirapuera, consoante se observa dos documentos de fls. 09/10, vedando, para maior eficácia da preservação construção de obra viária ou obra que resulte em prejuízo para a vegetação ali existente.

Ora, em análise dos autos, é bem de ver que a Lei Municipal atacada se insere em política de proteção ao meio-ambiente e, assim, em tese, não se pode dizer que não haja interesse local, de tal sorte a ter legitimidade o Município para legislar sobre o assunto.

É o que se colhe do artigo 23, incisos II, VI e VII da Magna Carta, que atribui competência à União, aos Estados, Distrito Federal e Municípios para proteger o meio ambiente e combater a poluição em qualquer de suas formas. No mesmo sentido, prevê o artigo 30, incisos I e II do citado dispositivo constitucional, a competência para temas relacionados ao meio ambiente, podendo regular interesse local e, ainda, suplementar legislação federal no que couber.

Acesso ao Sumário

O Egrégio Superior Tribunal de Justiça, referindo-se à competência para legislar sobre o assunto, assim se manifestou: "no que tange à proteção do meio ambiente, não se pode dizer que há predominância do interesse do Município. Pelo contrário, é escusado afirmar que o interesse à proteção do meio ambiente é de todos e de cada um dos habitantes do país e, certamente, de todo mundo" (REsp nº 194.617/PR, relator Min. Franciulli Neto, j. 16.04.2002,

DJ 01.07.2002)."

Neste sentido, aliás, confira-se julgado do Colendo Órgão Especial, Relator Desembargador Roberto Mac Cracken, no recente 05 de fevereiro de 2014, assim ementado:

"AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. Lei de autoria de membro do Poder Legislativo Municipal que estabelece regras específicas de proteção ao meio ambiente em relação a forma de descarte de lubrificantes e derivados. Atividade potencialmente danosa. Necessidade de observância do princípio da prevenção. **Lei municipal que, apesar de ser de 'interesse local', dispõe, em suma, sobre a proteção do meio ambiente, que inegavelmente, ainda que restrita a determinado local, envolve interesse da coletividade. Dever de todos, particulares, individualmente considerados ou de forma coletiva, e entidades ou órgãos públicos, promover a efetiva proteção do meio ambiente a fim de permitir a sua adequada e regular fruição pelas gerações presentes e futuras (princípio da solidariedade intergeracional). Direito ao meio ambiente sadio e sua efetiva proteção que decorre, dentre outros, da dignidade da vida humana e do direto à vida (arts. 1º, III, e 5º, 'caput', ambos da CF/88). Exegese do art. 225, 'caput', da CF/88. Poder Constituinte Originário que impôs combinação de esforços dos entes federativos para aumentar a tutela dos direitos ambientais, prevendo no art. 23, VI, da CF/88, competência administrativa (executiva) concorrente entre as pessoas políticas (União, Estados, Municípios e Distrito Federal) para a proteção do meio ambiente. Vício de Iniciativa. Inexistência.** Ao estabelecer o art. 225, 'caput', da CF/88, que a proteção do meio ambiente também é dever do Poder Público, fixou conceito genérico que abarca não só os órgãos da administração, mas, também, todos os Poderes Estatais, dentre eles o Poder Legislativo, que, na respectiva esfera, é exercido pela Câmara Legislativa Municipal e, assim, legitimando-a para, dentre as suas funções típicas, legislar sobre a tutela do meio ambiente. Questão de competência legislativa que deve ser apreciada sobre a exegese dos artigos 24 e 30 da CF/88, autorizando o Município editar leis suplementares.

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE IMPROCEDENTE.".

Diante do exposto, julgo improcedente a ação.

DECLARAÇÃO DE VOTO DIVERGENTE

(Voto nº 31113)

Trata-se de Ação Direta de Inconstitucionalidade proposta pelo Procurador-Geral de Justiça do Estado de São Paulo, objetivando a declaração

de inconstitucionalidade da Lei 15.802, de 13 de junho de 2013, do município de São Paulo. Sustentou-se que referido ato normativo de iniciativa parlamentar teria violado o princípio da separação de poderes, por ter disciplinado tema relativo à gestão patrimonial de bens públicos, ato típico da Administração. Afirmou-se que a lei de cunho urbanístico seria pontual e estaria desvinculada do planejamento integral urbano, em desconformidade com o plano diretor. Alegou-se, ainda, que a lei impugnada teria violado os princípios de impessoalidade e finalidade, vez que a incorporação da Praça Maria Helena Monteiro de Barros Saad ao Parque do Ibirapuera teria por objetivo privilegiar os moradores da região, limitando a circulação pelas vias públicas no local. Inicialmente, foi deferido o pedido de liminar suspensão de eficácia da lei (fls. 314/315). Dessa decisão foi interposto agravo regimental, tendo sido revogada a determinação liminarmente deferida (fls. 787/795). O Procurador Geral do Estado de São Paulo manifestou desinteresse no feito (fls. 326/328). O Prefeito e o Presidente da Câmara da Capital prestaram informações (fls. 332/348 e 356/385). A Associação dos Moradores do Jardim Luzitânia manifestou-se nos autos requerendo a extinção do feito sem resolução de mérito ou, subsidiariamente, a improcedência da ação (fls. 502/513). A Procuradoria de Justiça opinou pela procedência desta (fls. 809/824).

É o relatório.

Respeitado o entendimento majoritário adotado por este Colendo Órgão Especial, ousei dele divergir, entendendo ser procedente a ação.

De início, em razão da impossibilidade da análise do pedido no momento adequado, deferi, por ocasião do julgamento da ação, o ingresso da Associação dos Moradores do Jardim Luzitânia na qualidade de *amicus curiae*. A pessoa jurídica encontrava-se regularmente constituída e o objeto social guardava pertinência temática com a matéria ora debatida nos autos (fls. 515/529).

A Lei 15.802, de 13 de junho de 2013, do município de São Paulo, "*dispõe sobre a incorporação da área relativa à Praça Maria Helena Monteiro de Barros Saad ao Parque Ibirapuera, e dá outras providências*" e traz a seguinte redação:

> "*Art. 1º Fica a área pública de uso comum do povo denominada Praça Maria Helena Monteiro de Barros Saad, localizada no Jardim Luzitânia, Distrito de Moema, incorporada ao Parque Ibirapuera, passando a dele fazer parte em caráter definitivo e para todos os fins legais e administrativos.*
>
> *Art. 2º Fica vedada a construção de obra viária de qualquer natureza que prejudique a continuidade da área incorporada ao Parque Ibirapuera nos termos do art. 1º desta lei, assim como qualquer obra nessa mesma área que resulte em impermeabilização do terreno ou em*

Acesso ao Sumário

prejuízo para a vegetação nela existente.

Art. 3º As despesas decorrentes da execução desta lei correrão por conta das dotações orçamentárias próprias, suplementadas, se necessário.

Art. 4º O Poder Executivo regulamentará a presente lei, no que couber, no prazo máximo de 60 (sessenta) dias, contados de sua publicação.

Art. 5º Esta lei entra em vigor na data de sua publicação, revogadas as disposições em contrário" (fls. 35).

Cumpre salientar que o exame da matéria estava adstrito à compatibilidade da norma impugnada com a Constituição Estadual, sendo descabida qualquer incursão na questão relativa à viabilidade fática da restauração do acesso à Avenida IV Centenário pela Avenida Pedro Álvares Cabral e ao restabelecimento da Praça Maria Helena Monteiro de Barros Saad ao estado anterior a sua anexação à primeira avenida. Tais matérias foram e ainda são objeto de questionamento nas vias próprias, sendo necessário, ao que tudo indica, dilação probatória, o que seria descabido no âmbito do controle abstrato de constitucionalidade. Repita-se, portanto, que a demanda havia de ser analisada unicamente sob os aspectos constitucionais do ato normativo ora impugnado.

Não se havia de falar em impossibilidade de controle abstrato de constitucionalidade de lei de efeitos concretos. Vale lembrar já ter sido decidido que "*O Supremo Tribunal Federal deve exercer sua função precípua de fiscalização da constitucionalidade das leis e dos atos normativos quando houver um tema ou uma controvérsia constitucional suscitada em abstrato, independente do caráter geral ou específico, concreto ou abstrato de seu objeto*" (Medida Cautelar em Ação Direta de Inconstitucionalidade 4.048-DF, Supremo Tribunal Federal, m. v., Rel. Min. Gilmar Mendes, em 14/5/08, DJe de 21/8/08), o mesmo raciocínio aplicando-se ao controle exercido no âmbito da Justiça Estadual. Ademais, como se fundamentará adiante, a lei teria gerado efeitos concretos, justamente por caracterizar-se como ato típico de gestão administrativa.

Ainda, não se cogitou de preclusão por ausência de arguição incidental de inconstitucionalidade pelo Ministério Público em ação civil pública anterior à presente. Como bem mencionou a Procuradoria de Justiça, "*o vício da inconstitucionalidade não se convalida com o decurso do tempo*" (Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 9028357-27.2006.8.26.0000, Órgão Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, v. un., Rel. Des. Debatin Cardoso, em 26/9/07), não havendo óbice ao exame do mérito da demanda.

Acesso ao Sumário

No mérito, a ação deveria ter sido julgada procedente, *data venia*.

É sabida a possibilidade de edição de leis, por iniciativa do Poder

Legislativo, que tratem de matéria ambiental ou, especificamente, do uso e ocupação do solo urbano, desde que dotadas de generalidade e abstração, o que não ocorreu na hipótese em exame.

Previu o artigo 1º que "*Fica a área pública de uso comum do povo denominada Praça Maria Helena Monteiro de Barros Saad, localizada no Jardim Luzitânia, Distrito de Moema, incorporada ao Parque Ibirapuera, passando a dele fazer parte em caráter definitivo e para todos os fins legais e administrativos*". Tal disposição teria criado obrigação específica ao Poder Executivo municipal interferindo na gestão administrativa de bem público ao determinar a incorporação da Praça Maria Helena Monteiro de Barros Saad ao Parque do Ibirapuera.

Respeitado entendimento em sentido contrário, cabe exclusivamente à Administração, no exercício de sua atividade típica e discricionária, gerir bens públicos, como praças e parques. Por consequência, descabia ao Poder Legislativo impor determinada forma de gestão da Praça Maria Helena Monteiro de Barros Saad, vez que nada havia de genérico e abstrato em tal disposição.

O artigo 2º dispôs que "*Fica vedada a construção de obra viária de qualquer natureza que prejudique a continuidade da área incorporada ao Parque Ibirapuera nos termos do art. 1º desta lei, assim como qualquer obra nessa mesma área que resulte em impermeabilização do terreno ou em prejuízo para a vegetação nela existente*". De igual forma, embora o conteúdo do dispositivo legal visasse a proteção de área verde, a vedação de construção de obra viária em local específico da cidade cuida de matéria relativa ao zoneamento e ao desenvolvimento urbano atribuível Poder Executivo, não se tratando de regramento genérico.

Importante ressaltar, ainda, que, conforme a documentação acostada a fls. 393/452, o projeto de lei foi aprovado sem elaboração de prévio estudo técnico, o que, consoante precedentes deste Órgão Especial, seria apto a ensejar a declaração de inconstitucionalidade do ato normativo (*mutatis mutandis* e exemplificativamente ADI nº 0494837-36.2010.8.26.0000, ADI nº 2098360-48.2014.8.26.0000; ADI nº 9032806-23.2009.8.26.0000). Note-se, ademais, que, inicialmente, houve parecer desfavorável da Comissão de Constituição, Justiça e Legislação Participativa sobre o projeto de lei nº 435/08, por entender-se que haveria indevida interferência na gestão de bens públicos. Além disso, o Vereador José Police Neto observou com razão, na audiência pública realizada em 26 de agosto de 2009 (fls. 427/432), que a matéria deveria ter sido levada "ao fórum mais adequado, que é o processo revisional do Plano Diretor", a fim de "definir com clareza o perímetro de cada área que comporá o sistema de áreas verdes na grande rede estrutural, hídrica e ambiental do Município" (fls. 431).

Data venia, entendi ter restado evidente que a lei de iniciativa parlamentar

Acesso ao Sumário

indevidamente teria invadido a esfera de competência do Poder Executivo, em concreta afronta ao princípio da separação de Poderes, insculpido no artigo 2º, da Constituição Federal e reproduzido no artigo 5º, da Constituição Estadual. Por consequência, teria também violado o disposto nos artigos 47, II e XIV, e 144, da Carta Bandeirante.

Diante disso, pelo meu voto, julgava procedente a ação para declarar a inconstitucionalidade da lei nº 15.802/2013, do município de São Paulo.

LUIZ ANTONIO DE GODOY, Desembargador, Relator sorteado vencido

DECLARAÇÃO DE VOTO VENCEDOR

(Voto nº 21.743)

Vistos, etc.

Ouso divergir da posição esposada pelo Desembargador LUIZ ANTONIO DE GODOY, Douto Relator da presente Ação Direta de Inconstitucionalidade.

Com efeito, não consigo vislumbrar a aludida inconstitucionalidade.

A tese ministerial, nesse sentido, não passa incólume a um exame mais detido, e, em especial, da alegada incompatibilidade formal, por decorrência de vício de iniciativa.

Dispõe a Lei Municipal nº 15.802/2013:

"*Art. 1º Fica a área pública de uso comum do povo denominada Praça Maria Helena Monteiro de Barros Saad, localizada no Jardim Luzitânia, Distrito de Moema, incorporada ao Parque Ibirapuera, passando a dele fazer parte em caráter definitivo e para todos os fins legais e administrativos.*

Art. 2º Fica vedada a construção de obra viária de qualquer natureza que prejudique a continuidade da área incorporada ao Parque Ibirapuera nos termos do art. 1º desta lei, assim como qualquer obra nessa mesma área que resulte em impermeabilização do terreno ou em prejuízo para a vegetação nela existente.

Art. 3º As despesas decorrentes da execução desta lei correrão por conta das dotações orçamentárias próprias, suplementadas, se necessário.

Art. 4º O Poder Executivo regulamentará a presente lei, no que couber, no prazo máximo de 60 (sessenta) dias, contados de sua publicação.

Art. 5º Esta lei entra em vigor na data de sua publicação, revogadas as disposições em contrário"[1].

A tese adotada é a de que o diploma legal apresenta vício de iniciativa, a teor dos artigos 5º, 47, II e XIV, e 144 da Constituição Estadual, por se tratar de lei que interfere na Administração Municipal.

1 Fl. 35 dos autos da Ação Direta de Inconstitucionalidade.

A posição tem sido majoritária no âmbito deste Colendo Órgão Especial. No entanto, e conferida a máxima vênia a quem dela não partilha, afigura-se inadequada à narrativa de direitos e ao projeto jurídico-político de nação do Pacto Fundante de 1988.

Para decodificá-la, entendo ser necessário revisitar o debate acerca dos conceitos "legitimidade" e da "validade".

A moderna teoria do Direito, sobretudo a partir da contribuição teórica de Jürgen Habermas, na obra Direito e Democracia (*Faktizität und Geltung*), trouxe consistente material de reflexão. Realize-se brevíssima digressão. Um primeiro mergulho necessário à compreensão do problema é o conceituar esfera pública. Propõe Jürgen Habermas, em seu "Direito e Democracia" (*Faktzität und Geltung*), que

> "*A esfera pública pode ser descrita como uma rede adequada para a comunicação de conteúdos, tomadas de posição e opiniões; nela os fluxos comunicacionais são filtrados e sintetizados a ponto de se condensarem em opiniões públicas enfeixadas em temas específicos. Do mesmo modo que o mundo da vida tomado globalmente, a esfera pública se reproduz através do agir comunicativo, implicando apenas o domínio de uma linguagem natural; ela está em sintonia com a compreensibilidade geral da prática comunicativa cotidiana*"[2].

Daí se extrai que a democracia, em sua feição participativa, tem por fundamento a máxima de que a legitimidade do Direito deriva de procedimentos nos quais a elaboração das normas encontra o assentimento dos envolvidos. É o resultado de um debate que envolve inúmeras exigências coletivas – de cidadãos, grupos, movimentos e organizações em uma comunidade – e que produzem, a partir de seu confronto em contextos intersubjetivos, um conceito construído de forma procedimental. A discussão alimenta os processos decisórios até a final produção da normatividade.

Nas palavras de Habermas: "*A justificação de existência do Estado não se encontra primariamente na proteção de direitos subjetivos privados iguais, mas sim na garantia de um processo inclusivo de formação da opinião e da vontade políticas em que cidadãos livres e iguais se entendem acerca de que fins e normas correspondem ao interesse comum de todos*"[3].

A regra neste Colegiado tem sido fulminar de inconstitucionalidade a quase totalidade de atos normativos produzidos pelo Parlamento local. Parcela considerável das ações diretas de inconstitucionalidade reconhece vício formal, além das máculas materiais.

No âmbito da esfera pública, edificada pelo legislador constituinte no momento em que este inicia a Magna Carta com um eloquente convite à

Acesso ao Sumário

2 HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia v. 2*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003, p. 92.

3 HABERMAS, Jürgen. *Op. Cit.*, p. 41.

democracia direta, a produção normativa é profundamente afetada pelas aspirações e exigências coletivas produzidas pela sociedade.

Este desenho não suprime as competências constitucionais dos poderes. Serve, todavia, ao fortalecimento do projeto democrático, cuja feição meramente representativa – na qual a participação da sociedade civil organizada está adstrita ao sufrágio periódico – está em evidente crise.

Ele se irradia por todos os poderes. Audiências públicas e consultas realizadas pelo Poder Executivo no momento da elaboração de uma política pública, ou pelo Poder Legislativo no processo de criação de lei nova, ou ainda pelo Poder Judiciário, para incrementar a fundamentação de decisões que envolvam temática socialmente sensível, são um caminho sem volta se for levado a sério o recado dado pela Constituição de 1988.

O fortalecimento da democracia passa também por uma nova compreensão do papel do Poder Legislativo. A constatação é a de que de nada valeu – ou foi resultado de mero exercício retórico – a inclusão do Município como entidade da Federação a partir da Constituição Cidadã. A rigidez na análise das atribuições torna o Legislativo Municipal mero homologador das políticas públicas tomadas pelo Executivo, que concentra todos os poderes, competências e prerrogativas.

Esse vezo emasculou a função que Montesquieu chamava de "*caixa de ressonância das aspirações populares*". O edil é um legislador que nada pode e ao qual resta concordar com, ou repudiar as iniciativas normativas do Executivo.

A tanto colabora a orientação que se adotou em caráter reiterado e uníssono, de se ampliar – desmesuradamente – a reserva de iniciativa cometida ao Chefe do Poder Executivo. Torna-se fácil extirpar do ordenamento inúmeras proposições úteis, democratizantes e benéficas à facilitação do convívio social. Basta invocar vício de iniciativa e, em concreto, está gerado o esvaziamento das Câmaras Municipais.

Ora, tal inclinação legalista está inequivocamente eivada de imprecisões.

Não se extrai dos dispositivos da Constituição Bandeirante citados pelo voto do Relator, como derivação lógica, inequívoca e exclusiva competência legislativa do Poder Executivo para essa matéria.

A aspiração coletiva em torno da ampliação de parques, como na hipótese dos autos, encontra na edilidade um espaço privilegiado de discussão e deliberação. As múltiplas tendências, posições e interesses, amplamente representados naquela arena, são aptos a produzir consensos mais fortes, lastreados na vontade popular e orientados, desde que seguidas as balizas formais e, principalmente, materiais, a gerar uma cidade melhor.

Ausente, portanto, qualquer vício de iniciativa.

Por fim, não se observa incompatibilidade entre o conteúdo da lei e o Plano Diretor Estratégico do Município de São Paulo, sancionado em agosto

Acesso ao Sumário

de 2014. A ampliação das áreas verdes e a criação de novos parques, como, por exemplo, a possível transformação do Elevado Presidente Arthur da Costa e Silva em área dessa natureza, nos termos de art. 375, parágrafo único, sinalizam que a cidade de São Paulo decidiu, em processo em tudo participativo, que é necessário incrementar essa importante dimensão do espaço urbano.

Por estes fundamentos, meu voto diverge daquele exarado pelo Relator Sorteado, para julgar improcedente a Ação Direta de Inconstitucionalidade, acompanhando o voto divergente do erudito Desembargador **XAVIER DE AQUINO**.

RENATO NALINI, Desembargador, Presidente do Tribunal de Justiça

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2132533-98.2014.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é autor PROCURADOR GERAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO, são réus PREFEITO DO MUNICÍPIO DE JAÚ e PRESIDENTE DA CÂMARA MUNICIPAL DE JAÚ.

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 2100-14)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores JOSÉ RENATO NALINI (Presidente), ADEMIR BENEDITO, NEVES AMORIM, BORELLI THOMAZ, JOÃO NEGRINI FILHO, CARLOS BUENO, GRAVA BRAZIL, EROS PICELI, ELLIOT AKEL, GUERRIERI REZENDE, XAVIER DE AQUINO, ANTONIO CARLOS MALHEIROS, FERREIRA RODRIGUES, EVARISTO DOS SANTOS, MÁRCIO BARTOLI, ROBERTO MORTARI, LUIZ AMBRA, FRANCISCO CASCONI, PAULO DIMAS MASCARETTI, VANDERCI ÁLVARES e ARANTES THEODORO.

São Paulo, 21 de janeiro de 2015.

ANTONIO CARLOS VILLEN, Relator

Ementa: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. Lei Complementar nº 447, de 16 de abril de 2013, do Município de Jaú. Cargos em comissão. Cargos de "Assistente Técnico". Advocacia pública. Inexistência de relação

de confiança. Cargos de "Gerente", "Diretor", "Chefe de Seção" e "Chefe de Seção Técnica". Descrição genérica de suas atribuições que impede a verificação do atendimento dos pressupostos constitucionais. Ação julgada procedente, com modulação de efeitos.

VOTO

Trata-se de ação direta de inconstitucionalidade proposta pelo Procurador-Geral de Justiça do Estado de São Paulo, que impugna as expressões "Gerente", "Diretor", "Chefe de Seção", "Chefe de Seção Técnica" e "Assistente Técnico", constantes dos arts. 29, 69 e Anexo I, da Lei Complementar nº 447, de 16 de abril de 2013, do Município de Jaú.

O autor alega, em síntese, que os cargos em questão "não retratam atribuições de assessoramento, chefia e direção", em violação ao disposto pela Constituição do Estado (art. 115, I, II e V).

O pedido de liminar foi deferido em parte, para sustar a realização de novas nomeações para os cargos em discussão (fls. 279/280).

Instado a se manifestar nos termos do art. 90, § 2º, da Constituição do Estado, o Procurador-Geral do Estado afirmou não ter interesse no feito (fls. 290/292).

O Presidente da Câmara Municipal prestou informações, em que relata o trâmite do processo legislativo que resultou na aprovação da lei (fls. 296/299).

Também o Prefeito Municipal prestou informações, em que defende a constitucionalidade da lei (fls. 438/445).

A Procuradoria-Geral de Justiça opinou pela procedência da ação (fls. 502/505).

É O RELATÓRIO.

Os dispositivos impugnados da lei têm o seguinte teor:

Art. 29. Os cargos de provimento em comissão, criados por esta Lei Complementar, têm como atribuição conduzir, gerenciar, dirigir, chefiar, supervisionar e fiscalizar as ações das unidades administrativas a que estiverem lotados, respeitadas as competências a estas atribuídas, com os seguintes poderes decisórios e de comando:

(...)

III – Gerente: autonomia de planejamento nos limites da competência da respectiva unidade administrativa;

IV – Diretor, Chefe de Seção e Chefe de Seção Técnica: no âmbito da execução das ações de competência das respectivas unidades administrativas.

Parágrafo único. O cargo de Gerente a ser lotado na Gerência

Acesso ao Sumário

> Administrativa e Financeira da Secretaria de Saúde tem como pré-requisito para sua ocupação escolaridade de nível técnico ou superior.
> (...)
> Art. 69. Cada cargo de Assistente Técnico previsto no Anexo I desta Lei Complementar será extinto em 90 (noventa) dias, contados do início do exercício de cada cargo de Procurador do Município I.

No Anexo I (fls. 69/71), constam as quantidades, a carga horária e a referência remuneratória de cada cargo em comissão, num total de 190.

Quanto aos cargos de Gerente, Diretor, Chefe de Seção e Chefe de Seção Técnica, a descrição de suas atribuições é genérica, construída a partir de sinônimos ("conduzir, gerenciar, dirigir, chefiar, supervisionar e fiscalizar"). Isso, na prática, corresponde à ausência de atribuições legais, o que "impede a verificação do atendimento dos pressupostos constitucionais para validade dessa forma de provimento" (ADI nº 2036944-79.2014.8.26.0000, Rel. Paulo Dimas Mascaretti, j. 30.07.2014).

Em suas informações, o Prefeito Municipal admite o caráter genérico da descrição das atribuições dos cargos criados pela lei, mas defende que "atribuições específicas" serão "*definidas na norma em questão e conforme a lotação do servidor nesta mesma unidade, por meio de Decreto*" (fl. 440). Contudo, conforme a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, "*para justificar a criação de cargos em comissão como exceção à regra ao concurso público, é necessário que a legislação demonstre, de forma efetiva, que as atribuições dos cargos a serem criados se harmonizam com o princípio da livre nomeação e exoneração*" (ARE 656.666-AgR, 2ª Turma, Rel. Min. Gilmar Mendes, j. 14.02.2012; grifei). A criação dos referidos cargos pela lei impugnada não atende a esse requisito, conclusão que se corrobora pela elevada quantidade de cargos em comissão criados – total de 190 (cento e noventa).

Nem se alegue que esse defeito na descrição das atribuições pode ser sanado por meio da regulamentação da lei, pois "*tratando-se o cargo público, todavia, de um plexo de atribuições, sua disciplina não pode ser desvinculada da previsão legal das competências inerentes ao exercício do cargo, sob pena de grave ofensa ao princípio da legalidade e sérios prejuízos à Administração, ao servidor público e ao administrado*" (ADI nº 0165049-45.2013.8.26.0000, Rel. Des. Márcio Bartoli, j. 30.07.2014). Também nesse sentido a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal: "*A delegação de poderes ao Governador para, mediante decreto, dispor sobre* '*as competências, as atribuições, as denominações das unidades setoriais e as especificações dos cargos, bem como a organização e reorganização administrativa do Estado*'*, é inconstitucional porque permite, em última análise, sejam criados novos cargos sem a aprovação de lei*" (ADI 4125, Rel. Min. Carmen Lúcia, j. 10.06.2010).

Também não impressiona a afirmação, do Prefeito Municipal, de que a lei

Acesso ao Sumário

em discussão moralizou a Administração, "*com a extinção de 100 (cem) cargos comissionados existentes até então*" (fl. 438). Como consignado pelo Relator, Des. Luiz Ambra, na ADI nº 2141210-20.2014.8.26.0000, j. 26.11.2014, "*é a natureza das atividades, e não a quantidade, que determina se um determinado cargo pode ser provido em comissão ou não*". Como observado acima, caso a Administração Municipal realmente requeira cento e noventa cargos em comissão, será necessário que nova lei defina precisamente as respectivas atribuições, de maneira a permitir o controle dessa forma excepcional de provimento.

No que tange aos cargos de Assistente Técnico, embora a lei não descreva suas atribuições, infere-se de seu art. 69 que farão as vezes dos Procuradores do Município. A jurisprudência deste Órgão Especial, contudo, é pacífica no sentido de que a advocacia pública não consiste em atividade que exija relação de confiança. Nesse sentido, ADI nº 0157468-76.2013.8.26.0000, Rel. Enio Zuliani, j. 30.10.2013, ADI nº 0203518-68.2010.8.26.0000, Rel. Souza Nery, j. 21.03.2012, ADI nº 0047614-50.2013.8.26.0000, Rel. Antonio Carlos Malheiros, j. 26.03.2013 e ADI nº 2053613-13.2014.8.26.0000, Rel. Ferreira Rodrigues, j. 29.10.2014.

O Prefeito Municipal justifica a criação dos cargos de Assistente Técnico como forma de evitar "prejuízos aos serviços da Administração" (fl. 445) até a posse dos novos Procuradores do Município. A improcedência dessa alegação se torna patente ao se observar que a lei impugnada data de abril de 2013 e, nesse período de mais de um ano e meio, o Município nem mesmo lançou edital de concurso para provimento dos cargos, conforme informações do próprio Chefe do Executivo (fl. 444). Nesse sentido, a regra de transição estabelecida no referido art. 69, que determina a extinção dos cargos de Assistente Técnico apenas após 90 dias do início do exercício dos Procuradores do Município, permite que a situação, que deveria ser temporária, seja perpetuada, pois não impõe prazo à realização de concurso público para provimento dos cargos efetivos. Ademais, cumpre anotar que a via constitucionalmente adequada para lidar com as necessidades transitórias do Município seria a contratação temporária (art. 115, X, da Constituição do Estado), que tem requisitos e limites próprios.

Por todo exposto, a procedência da ação é medida que se impõe. Para evitar prejuízo à prestação de serviços públicos e à organização municipal, entretanto, também de rigor a modulação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade, para que só tenha eficácia transcorridos 120 (cento e vinte) dias, contados da data do presente julgamento. Nesse sentido, ADI nº 2124992-14.2014.8.26.0000, Rel. Paulo Dimas Mascaretti, j. 26.11.2014, ADI nº 2155570-57.2014.8.26.0000, Rel. Antonio Carlos Malheiros, j. 19.11.2014 e ADI nº 2053613-13.2014.8.26.0000, Rel. Ferreira Rodrigues, j. 29.10.2014.

Acesso ao Sumário

Observe-se, contudo, que a liminar se mantém, vedadas novas nomeações para os cargos em discussão.

Pelo meu voto, julgo procedente a ação para declarar a inconstitucionalidade das expressões "Gerente", "Diretor", "Chefe de Seção", "Chefe de Seção Técnica" e "Assistente Técnico", constantes dos arts. 29, 69 e Anexo I, da Lei Complementar nº 447, de 16 de abril de 2013, do Município de Jaú, com modulação de efeitos, nos termos expostos.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2130766-25.2014.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é autora PREFEITA DO MUNICÍPIO DE OURINHOS, é réu PRESIDENTE DA CÂMARA MUNICIPAL DE OURINHOS.

ACORDAM, em Órgão Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "JULGARAM A AÇÃO PROCEDENTE. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 32.172)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores JOSÉ RENATO NALINI (Presidente), ROBERTO MORTARI, LUIZ AMBRA, FRANCISCO CASCONI, PAULO DIMAS MASCARETTI, VANDERCI ÁLVARES, ARANTES THEODORO, ANTONIO CARLOS VILLEN, ADEMIR BENEDITO, NEVES AMORIM, BORELLI THOMAZ, JOÃO NEGRINI FILHO, CARLOS BUENO, GRAVA BRAZIL, EROS PICELI, ELLIOT AKEL, GUERRIERI REZENDE, XAVIER DE AQUINO, ANTONIO CARLOS MALHEIROS, FERREIRA RODRIGUES e EVARISTO DOS SANTOS.

São Paulo, 21 de janeiro de 2015.

MÁRCIO BARTOLI, Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: Ação direta de inconstitucionalidade. Lei nº 6.069, de 28 de abril de 2014, do Município de Ourinhos, que "Institui a pesquisa de opinião pública acerca da qualidade do atendimento em hospitais e postos de saúde da Rede Pública Municipal e dá outras providências". Ato típico da administração. Ingerência na atribuição do Executivo para a prática de atos de gestão e organização administrativa. Ofensa ao princípio da separação dos poderes. Precedentes.

Ação julgada procedente.

VOTO

1. Trata-se de ação direta de inconstitucionalidade, ajuizada pela Prefeita do Município de Ourinhos, impugnando a Lei Municipal nº 6.069, de 28 de abril de 2014, que "*Institui a pesquisa de opinião pública acerca da qualidade do atendimento em hospitais e postos de saúde da Rede Pública Municipal e dá outras providências*". Afirma a requerente, em síntese, que o aludido diploma legal viola regra de iniciativa de processo legislativo e, em consequência, afronta o princípio da separação e harmonia dos poderes, infringindo, assim, os arts. 5º e 144, da Constituição do Estado de São Paulo, pois compete privativamente ao Prefeito Municipal a iniciativa de leis que versem sobre a organização e funcionamento dos órgãos da Administração Municipal. Acrescenta que a lei impugnada gera, sem a respectiva previsão orçamentária, a criação de novas despesas para o Executivo, o que ofende o art. 25 da Constituição Estadual (cf. fls. 01/7). Anexa documentos (fls. 08/18). Às fls. 34/9, houve complementação da documentação juntada.

Não houve pedido de liminar na petição inicial, tendo sido determinado, pelo então Desembargador Relator Sorteado o processamento da ação (fls. 20/1). Posteriormente, houve aditamento da inicial, com requerimento de liminar para suspensão da norma questionada até o julgamento final da presente (fls. 44/5). Em razão da convocação do Desembargador Walter de Almeida Guilherme para compor Turma Julgadora do Superior Tribunal de Justiça, os autos foram redistribuídos a esta Relatoria (cf. fls. 46, 48 e 50). Por meio do despacho de fls. 51/2, foi **deferida** a liminar requerida.

A Procuradoria Geral do Estado foi citada, afirmando seu desinteresse em realizar a defesa do ato impugnado (fls. 30/2).

O Presidente da Câmara Municipal de Ourinhos prestou as informações requisitadas (fls. 81/2), remetendo cópias de documentos (fls. 83/103).

Manifestação da Procuradoria-Geral de Justiça pela procedência da ação (fls. 60/79).

2. A lei objeto de impugnação neste feito tem a seguinte redação (cf. fls. 17/8):

"*Art. 1º. Cria nos hospitais e postos de saúde da Rede Pública Municipal, a pesquisa de opinião acerca do atendimento prestado nestas unidades.*

Art. 2º. Caberá à Secretaria Municipal da Saúde, para atender o que dispõe o artigo 1º desta Lei, elaborar o questionário das pesquisas, que deverá conter, no mínimo, indagações sobre a qualidade de atendimento prestado pelos profissionais da área de saúde e do apoio administrativo, a higiene das instalações, as condições físicas das unidades e o tempo de espera dos

Acesso ao Sumário

pacientes para atendimento.

Art. 3º. Caberá aos diretores dos hospitais e dos postos de saúde, indicar, dentre os servidores públicos lotados nas respectivas unidades, aqueles que farão parte da equipe de pesquisa, que entrevistará, mensalmente, um número mínimo de pacientes que torne, estatisticamente, o resultado desta pesquisa significativo para a sua avaliação.

Art. 4º. A Secretaria Municipal de Saúde, com base no resultado das pesquisas, formará um ranking das unidades de saúde que deverá ser publicada [sic]*, mensalmente, no Diário Oficial do Município.*

Art. 5º. O Poder Executivo, sem acréscimos de despesas, adotará as providências cabíveis para a aplicação desta Lei, aproveitando os recursos humanos e materiais já existentes.

Art. 6º. O Poder Executivo regulamentará esta Lei no prazo de 30 (trinta) dias, a contar da data de sua publicação.

Art. 7º. Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação, revogadas as disposições em contrário."

3. **É caso de procedência da ação declaratória de inconstitucionalidade**. Embora a autonomia dos Municípios esteja constitucionalmente assegurada, as Constituições da República e do Estado de São Paulo[1] estabelecem que as capacidades de auto-organização e de autolegislação dessa entidade federativa devem observar os ditames da Lei Fundamental do país e da Constituição Estadual.

Dentre os preceitos a serem rigorosamente observados, encontra-se o da separação dos poderes, previsto na Constituição da República, em seu artigo 2º, e na Constituição Estadual, em seu artigo 5º – o qual é aplicável aos Municípios em razão do disposto no art. 144 da Constituição do Estado.

Ao Executivo e ao Legislativo correspondem, tipicamente, funções específicas e separadas. Consta da obra "*Direito Municipal Brasileiro*", de HELLY LOPES MEIRELLES: "*em sua função normal e predominante sobre as demais, a Câmara elabora leis, isto é, normas abstratas, gerais e obrigatórias de conduta. Esta é sua função específica, bem diferenciada da do Executivo, que é a de praticar atos concretos de administração. Já dissemos – e convém se repita – que o Legislativo provê* in genere*, o Executivo* in specie*; a Câmara edita normas gerais, o prefeito as aplica aos casos particulares ocorrentes. Daí não ser permitido à Câmara intervir direta e concretamente nas atividades reservadas ao Executivo, que pedem provisões administrativas*

Acesso ao Sumário

1 Constituição da República, "*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: (...)*" Constituição do Estado de São Paulo, "*Artigo 144 – Os Municípios, com autonomia política, legislativa, administrativa e financeira se auto-organizarão por lei orgânica, atendidos os princípios estabelecidos na Constituição Federal e nesta Constituição*".

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"[2]. Em passagem posterior da obra, em nota de rodapé, consta a menção de que "*muitas vezes o Legislativo invade órbita de competência do Executivo, adentrando área tipicamente da função administrativa do chefe do Executivo, provendo situações concretas e impondo ao prefeito a adoção de medidas específicas de execução, de sua exclusiva competência e atribuição. O Plenário do TJSP tem verberado essa interferência, por afronta ao princípio da independência e harmonia dos Poderes*"[3].

No presente caso, a lei impugnada dispõe sobre da obrigatoriedade do Executivo **criar uma pesquisa de opinião sobre os serviços prestados nos hospitais e postos de saúde da rede pública municipal e, regula, de maneira pormenorizada, quais órgãos e funcionários serão responsáveis pelas pesquisas, bem como sua forma e conteúdo**. Trata, portanto, de matéria típica do Poder Executivo, ao qual cabe a adoção das providências necessárias à administração pública, a definição das prioridades de gestão, a teor do disposto nos incisos II e XIV do artigo 47 da Constituição Estadual.

Ao dispor sobre a organização do Executivo, impondo-lhe a obrigação de fazer pesquisas de opinião em estabelecimentos de saúde municipais, conferindo atribuições a Secretaria do Município, e estabelecendo, **concretamente**, os métodos a serem adotados para a implementação da pesquisa, o Legislativo acabou por invadir esfera reservada àquele Poder para a prática de atos de gestão administrativa, violando, assim, a separação de Poderes prevista constitucionalmente.

Nesse sentido, são os precedentes deste Órgão Especial: "*Ação direta objetivando a inconstitucionalidade de dispositivos da Lei Complementar Municipal nº 3.623, de 30 de agosto de 2011. Vício formal de inconstitucionalidade, por desvio de poder legislativo. Se a competência que disciplina a organização administrativa é de iniciativa privativa do Chefe do Poder Executivo, a iniciativa do Legislativo importa em violação frontal ao texto constitucional que consagra a separação dos poderes estatais. Ofensa aos artigos 5º, 25, da Constituição Paulista, bem como ao 61, § 1º, inciso II, alínea 'b' da Magna Carta, aplicável aos Municípios por força do artigo 144 da Constituição Bandeirante. Inconstitucionalidade configurada. Ação*

Acesso ao Sumário

2 MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Municipal Brasileiro*. 17ª ed., atualizada por Adilson Abreu Dallari (Coordenador). São Paulo: Malheiros, 2014, p. 631.

3 MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Municipal Brasileiro*. 17ª ed., atualizada por Adilson Abreu Dallari (Coordenador). São Paulo: Malheiros, 2014, p. 749.

procedente"[4]. "*Ação Direta de Inconstitucionalidade. Lei 4.464/2011, do Município de Suzano. Norma que institui o programa de divulgação dos serviços relativos à saúde da mulher no âmbito do Município de Suzano. Projeto de lei de autoria de Vereador. Ocorrência de vício de iniciativa. Lei promulgada pela Câmara de Vereadores após veto do Prefeito. Competência privativa do chefe do Executivo para a iniciativa de lei sobre organização e funcionamento da Administração, inclusive as que importem indevido aumento de despesa pública sem a indicação dos recursos disponíveis. Inconstitucionalidade por violação ao princípio da separação, independência e harmonia entre os Poderes. Procedência da ação. É inconstitucional lei, de iniciativa parlamentar, que dispõe sobre programa de divulgação dos serviços relativos à saúde da mulher no âmbito do Município de Suzano, por se tratar de matéria cuja competência exclusiva é do chefe do Poder Executivo, responsável para a iniciativa de lei sobre organização e funcionamento da Administração, configurando violação ao princípio da separação de poderes por invasão da esfera da gestão administrativa*"[5]. "*Ação direta de inconstitucionalidade. Lei nº 7.182, de 17 de outubro de 2013, do Município de Guarulhos. Criação, na rede municipal de saúde, da 'Farmácia 24 horas'. Iniciativa oriunda do Poder Legislativo local. Inviabilidade. Inconstitucionalidade formal caracterizada. Lei que disciplina matéria própria de gestão pública, interferindo na estrutura da Administração Municipal, cuja iniciativa cabe exclusivamente ao Chefe do Executivo. Violação do princípio da separação dos poderes. Ato legislativo impugnado, ademais, que acarreta criação de despesa sem indicar respectiva fonte de custeio. Ofensa aos artigos 24, § 2º, item 2, 25, 47, incisos II e XIV, e 176, inciso I, da Constituição Bandeirante. Precedentes. Pretensão procedente*"[6].

Dessa forma, dispondo a lei impugnada sobre organização e gestão administrativa, deve ser reconhecida a sua inconstitucionalidade por violação à regra da separação dos poderes, insculpida no artigo 5º da Constituição do Estado.

4. Ante o exposto, convalidaram a liminar e julgaram **procedente** a ação para **declarar a inconstitucionalidade** da Lei nº 6.069, de 28 de abril de 2014, do Município de Ourinhos.

Acesso ao Sumário

4 TJSP – Órgão Especial – ADIN nº 0007763-38.2012.8.26.0000 – Rel. Guerrieri Rezende – j. 27.06.2012.

5 TJSP – Órgão Especial – ADIN nº 0006251-20.2012.8.26.0000 – Rel. Kioitsi Chicuta – j. 27.06.2012.

6 TJSP – Órgão Especial – ADIN nº 2088860-55.2014.8.26.0000 – Rel. Francisco Casconi – j. 01.10.2014.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2151842-08.2014.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é autor PREFEITO DO MUNICÍPIO DE TABOÃO DA SERRA, é réu PRESIDENTE DA CÂMARA MUNICIPAL DE TABOÃO DA SERRA.

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 35619)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores JOSÉ RENATO NALINI (Presidente), NEVES AMORIM, BORELLI THOMAZ, JOÃO NEGRINI FILHO, CARLOS BUENO, GRAVA BRAZIL, EROS PICELI, ELLIOT AKEL, GUERRIERI REZENDE, XAVIER DE AQUINO, ANTONIO CARLOS MALHEIROS, FERREIRA RODRIGUES, EVARISTO DOS SANTOS, MÁRCIO BARTOLI, ROBERTO MORTARI, LUIZ AMBRA, FRANCISCO CASCONI, PAULO DIMAS MASCARETTI, VANDERCI ÁLVARES, ARANTES THEODORO e ANTONIO CARLOS VILLEN.

São Paulo, 21 de janeiro de 2015.

ADEMIR BENEDITO, Relator

Ementa: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE – Lei nº 2.124/2012, do Município de Taboão da Serra – Legislação, de iniciativa parlamentar, que estabelece a obrigatoriedade de manutenção de profissional auxiliar de enfermagem nas unidades da rede pública municipal de creches e escolas de educação infantil – Impossibilidade – Matéria de cunho eminentemente administrativo – Função legislativa da Câmara dos Vereadores possui caráter genérico e abstrato – Ofensa ao princípio da separação dos poderes – Competência privativa do Executivo Municipal usurpada – Ação direta julgada procedente, para declarar a inconstitucionalidade da lei.

Acesso ao Sumário

VOTO

Trata-se de ação ajuizada pelo Prefeito do Município de Taboão da Serra, pela qual se pretende a declaração de inconstitucionalidade da Lei Municipal nº 2.124, de 17 de abril de 2012, que estabelece a obrigatoriedade de manutenção de profissional auxiliar de enfermagem nas unidades da rede pública municipal

de creches e escolas de educação infantil, e dá outras providências.

Sustenta a ocorrência de usurpação de atribuições pertinentes à atividade privativa do Executivo, pelo Legislativo local, no tocante à iniciativa de projeto de lei que disponha sobre serviços públicos, ferindo o princípio da independência e harmonia entre os poderes (artigos 61, § 1º, II da CF/88 e 5º, 47, incisos II e XI, e 144, estes da Constituição do Estado de São Paulo), além de criar despesa sem indicação da respectiva fonte, o que ofende os artigos 25 e 176, inciso I, da Constituição Bandeirante.

A liminar foi deferida, suspendendo-se os efeitos da norma impugnada (fls. 15/16).

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. 27/29).

O Presidente da Câmara Municipal de Taboão da Serra prestou as informações requeridas às fls. 31/40, suscitando preliminar de ilegitimidade passiva.

A D. Procuradoria de Justiça, no parecer de fls. 99/105, opinou pela procedência da ação de inconstitucionalidade.

É o relatório.

Primeiramente, afasta-se a preliminar de ilegitimidade passiva arguida pelo Sr. Presidente da Câmara Municipal de Taboão da Serra.

Como bem esclarecido pelo d. Procurador de Justiça, sua legitimidade para figurar como parte *in casu* está respaldada na Lei nº 9.868/99, que disciplina sobre o processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade, mais precisamente em seu art. 6º, que dispõe sobre a solicitação de informações aos órgãos ou às autoridades das quais emanou a lei ou o ato normativo impugnado.

A Lei Complementar Municipal nº 2.124, de 17 de abril de 2012, inquinada de inconstitucional, é de iniciativa parlamentar e estabelece a obrigatoriedade de manutenção de profissional auxiliar de enfermagem nas unidades da rede pública municipal de creches e escolas de educação infantil, além de dar outras providências.

Acesso ao Sumário

É sabido que ao Município é dado legislar sobre assuntos de interesse local, nos termos do artigo 30, inciso I, bem como suplementar a legislação federal e estadual no que couber, segundo o inciso II do mesmo artigo, retirados da Constituição Federal, sendo essencial a observância de determinados requisitos na produção legislativa, em especial os princípios extraídos da Lei Maior.

E, examinando a questão aqui discutida, conclui-se que, observada a distribuição de competências relativas a cada ente federado e a cada Poder, bem como a matéria constitucional referente ao tema, a ação deve ser julgada

procedente.

De plano verifica-se não ter sido observada a iniciativa do projeto de lei, pertencente única e exclusivamente ao Poder Executivo municipal, pois é o Prefeito quem tem competência, segundo a regra constitucional, de administrar o Município (artigo 47, II, III, XIV e XIX da Constituição Estadual).

No nosso sistema político, a função legislativa atribuída à Câmara dos Vereadores tem caráter genérico e abstrato, restando as questões específicas aos cuidados do Poder Executivo, que, com o auxílio de seus secretários e demais membros integrantes da Administração Pública, terá mais aptidão ao regramento de questões práticas e concretas que afetem a população.

Hely Lopes Meirelles, em seu "Direito Municipal Brasileiro", 3ª edição, pág. 440, explica que "***de um modo geral, pode a Câmara, por deliberação do plenário, indicar medidas administrativas ao prefeito* adjuvandi *causa, isto é, a título de colaboração e sem força coativa ou obrigatória para o Executivo; o que não pode é prover situações concretas por seus próprios atos e impor ao Executivo a tomada de medidas específicas de exclusiva competência e atribuição. Usurpando funções do Executivo ou suprimindo atribuições do prefeito, a Câmara praticará ilegalidade reprimível por via judicial***".

A legislação, na forma que apresentada, denota a ingerência da Câmara Municipal de Jacareí em atribuições exclusivas do Poder Executivo, ofendendo o princípio de separação dos poderes, peça essencial de nosso sistema de organização e direção das funções públicas, e que, dentre outros objetivos, traduz forma de prevenção de arbitrariedades por um dos poderes.

Concretamente, verifica-se no caso em exame uma indevida usurpação de atividade atribuída a um Poder da República, por outro, de nefasta consequência para a organização jurídica, como já afirmado pelo Supremo Tribunal Federal, no julgamento, por seu Pleno, da Adin nº 1.391-2, relator o Ministro Celso de Mello:

"***O desrespeito à prerrogativa de iniciar o processo de positivação do Direito, gerado pela usurpação do poder sujeito à cláusula de reserva, traduz vício de gravidade inquestionável, cuja ocorrência reflete típica hipótese de inconstitucionalidade formal, apta a infirmar, de modo irremissível, a própria integridade do ato legislativo eventualmente editado.***"

A atividade jurisdicional deve fazer prevalecer a supremacia da norma constitucional, para expurgar do ordenamento toda a sorte de antinomias que possam eventualmente inibir a plena eficácia das normas constitucionais.

Essa conclusão é, em suma, decorrência de técnica de interpretação constitucional, que tem, na supremacia das normas estabelecidas pelo legislador constituinte, a expressão máxima dos princípios e vetores que conformam toda a ordem jurídica a ela subordinada.

Acesso ao Sumário

Ressalte-se que as regras gerais trazidas pela Carta Magna possuem caráter impositivo, devendo ser observadas nas três esferas de governo, de modo que o Município não pode delas se afastar, em harmonia com o artigo 144 da Constituição do Estado, que exige observância também aos princípios estabelecidos na Carta Federal.

Pelo exposto, julga-se procedente a presente ação, para se reconhecer a inconstitucionalidade da Lei Complementar Municipal nº 2.124, de 17 de abril de 2012 de Taboão da Serra, confirmando-se a liminar anteriormente concedida em todos os seus efeitos.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2140689-75.2014.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é autor PREFEITO DO MUNICÍPIO DE CHAVANTES, é réu PRESIDENTE DA CÂMARA MUNICIPAL DE CHAVANTES.

ACORDAM, em Órgão Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "JULGARAM A AÇÃO PROCEDENTE. V.U. SUSTENTOU ORALMENTE O ADV. DR. ARAÍ DE MENDONÇA BRAZÃO.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 20.784)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores JOSÉ RENATO NALINI (Presidente), JOÃO NEGRINI FILHO, CARLOS BUENO, GRAVA BRAZIL, ENIO ZULIANI, EROS PICELI, ELLIOT AKEL, GUERRIERI REZENDE, ANTONIO CARLOS MALHEIROS, FERREIRA RODRIGUES, PÉRICLES PIZA, EVARISTO DOS SANTOS, MÁRCIO BARTOLI, ROBERTO MORTARI, LUIZ AMBRA, FRANCISCO CASCONI, PAULO DIMAS MASCARETTI, VANDERCI ÁLVARES, ARANTES THEODORO, ANTONIO CARLOS VILLEN, ADEMIR BENEDITO, LUIZ ANTONIO DE GODOY e NEVES AMORIM.

São Paulo, 28 de janeiro de 2015.

BORELLI THOMAZ, Relator

Ementa: Ação direta de inconstitucionalidade. Adicional de assiduidade. Município de Chavantes. Artigos 43, 44 e 45 da Lei Complementar 127/2012 (Dispõe sobre o Plano de Cargos, Vencimentos e Evolução Funcional dos Profissionais do

Magistério Público e dá outras providências). Inconstitucionalidade. Ausência de critério, pois não se foi além da assiduidade, dever e obrigação do servidor. Dispositivos que em nada asseguram valorização dos profissionais do magistério. Ação procedente.

VOTO

Ação Direta de Inconstitucionalidade proposta pelo Prefeito do Município de Chavantes para declaração de inconstitucionalidade dos artigos 43, 44 e 45 da Lei Complementar 127, de 25 de junho de 2012, que disciplinam instituição de gratificação por assiduidade aos profissionais do magistério daquele Município.

Aduz não ser referida gratificação *contemplada aos demais servidores do Município*, a resultar em inconstitucionalidade por violação do princípio da isonomia, além dos postulados da moralidade, razoabilidade e supremacia do interesse público, pois entende não haver *justificativa jurídica a embasar o tratamento diferenciado entre os profissionais do magistério e os demais servidores públicos municipais*.

Indeferida a liminar (fls. 129/130), não houve manifestação de *interesse na defesa do ato impugnado* pela D. Procuradoria Geral do Estado (fls. 140/142).

O Presidente da Câmara Municipal de Chavantes apresentou informações e documentos (fls. 144/290), e, a fls. 312/320, a D. Procuradoria Geral de Justiça opinou pela procedência da ação.

É o relatório.

Os artigos 43, 44 e 45 da Lei Complementar nº 127, de 25 de junho de 2012, do Município de Chavantes, assim dispõem:

> **Art. 43**. Fica instituída a Gratificação de assiduidade aos profissionais do magistério, aos quais são atribuídas as funções de ministrar aulas e planejar a educação básica.
>
> **Art. 44**. A gratificação por assiduidade será concedida mensalmente, exceto no mês de férias, conforme os critérios constantes do Anexo V que é parte integrante dessa lei.
>
> **Art. 45**. Os valores concedidos a título de gratificação por assiduidade não serão incorporados e não gerarão direitos à remuneração dos funcionários, visto que tem caráter meritório.

Uma das denúncias na petição inicial é sobre violação do princípio da isonomia por esses dispositivos.

Para HELY LOPES MEIRELLES *o que a Constituição assegura é a igualdade jurídica, ou seja, tratamento igual aos especificamente iguais perante*

Acesso ao Sumário

a lei. A igualdade genérica dos servidores públicos não os equipara em direitos e deveres e, por isso mesmo, não os iguala em vencimentos e vantagens[1].

Por esse viés, num primeiro lanço, a lei objurgada não traria qualquer ofensa ao princípio, mas o sempre lembrado publicista prossegue em que, *genericamente, todos os servidores são iguais, mas pode haver diferenças específicas de função, de tempo de serviço, de condições de trabalho, de habilitação profissional e outras mais, que desigualem os genericamente iguais. Se assim não fosse, ficaria a Administração obrigada a dar os mesmos vencimentos e vantagens aos portadores de iguais títulos de habilitação, aos que desempenham o mesmo ofício, aos que realizam o mesmo serviço embora em cargos diferentes ou em circunstâncias diversas. Todavia, não é assim, porque cada servidor ou classe de servidor pode exercer as mesmas funções (v.g., de médico, engenheiro, escriturário, porteiro, etc.) em condições funcionais ou pessoais distintas, fazendo jus a retribuições diferentes, sem ofensa ao princípio isonômico. (...) A situação de fato é que dirá da identidade ou não entre cargos e funções nominalmente iguais*.

Agora a análise há de ser outra, e nem é necessário ir-se a qualquer situação fática, pois basta ir ao Anexo V referido no artigo 44 da Lei Complementar 127/12, do Município de Chavantes, e não se vê situação alguma suficiente para desigualar os servidores atingidos por ele em relação a todos os demais daquela municipalidade.

Assim é que o único critério, e a palavra critério é a usada no Anexo V, é "número de faltas", pois quem o igualar a zero, terá adicional de 10%, enquanto faltas acima de uma retiram o adicional (fls. 91).

Então, nos termos da petição inicial e na forma indicada pela D. Procuradoria de Justiça em seu escorreito parecer (fls. 312/320), ocorre a denunciada inconstitucionalidade, embora seja lei de iniciativa da então Prefeita Municipal (fls. 159), sob rubrica de dispor sobre Plano de Cargos, Vencimentos e Evolução Funcional dos Profissionais do Magistério Público Municipal de Chavantes, editada em atendimento a dispositivos constitucionais (artigo 205, inciso V, Constituição Federal; artigo 251, Constituição Estadual).

Acesso ao Sumário

Dir-se-ia, na esteira desses verdadeiros princípios constitucionais, vir a lei para conferir efetividade ao princípio da valorização dos profissionais da educação escolar, no sentido do que afirma MARCOS AUGUSTO MALISKA, *procura resguardar o prestígio social do professor. Nenhuma sociedade se desenvolve se o profissional da educação não é prestigiado, incentivado e motivado a desempenhar o seu mister dando o melhor de si. O futuro do país e o destino das próximas gerações dependem desse profissional, que desempenha uma função social de importância inquestionável. São direitos do profissional da*

1 Direito Administrativo Brasileiro, Ed. Malheiros, 23ª ed., 1998, p. 385/386.

educação, além de outros, o ingresso no serviço público por concurso público, o aperfeiçoamento profissional continuado, com licenciamento periódico remunerado para esse fim, piso salarial profissional e um plano de cargos e salários que confiram dignidade ao profissional. O exercício da atividade de magistério não se pode constituir em uma atividade secundária, desenvolvida paralelamente a outras de maior prioridade. Para que isso não ocorra, ao profissional da educação deve ser garantida a sua estabilidade financeira[2].

Malgrado seja (ainda) imperioso conferir especial valorização aos profissionais da educação, como constitucionalmente se lhes assegura, a forma pela qual se legislou em Chavantes, além de ir de encontro à denunciada violação ao princípio da isonomia, cria situação defesa na própria Constituição Federal.

Assim ocorre porque foi eleito e identificado "critério" único para a mercê, o da assiduidade, que não é apanágio para qualquer servidor, tampouco é qualidade que se exalce, mas é, isso sim, dever que se lhe impõe, é obrigação imposta pelo princípio da eficiência da Administração, dentre outros insculpidos no art. 37 da Constituição Federal.

Além disso, corre-se risco de violação da supremacia do interesse público, com ofensa ao princípio da razoabilidade, pois os dispositivos legais impugnados apenas em aparência foram editados para conferir efetividade ao já mencionado preceito determinante da valorização dos profissionais do ensino (art. 206, V, Constituição Federal; art. 251, Constituição do Estado).

Nem se descure ser descabido benefício ante dever funcional, ou obrigação funcional, ainda que se cuide de instituição de adicional ***ex facto temporis***.

É certo haver benesses concedidas em razão do tempo por que o servidor esteja em exercício, como se dá em situações dos chamados adicionais temporais (v.g. por quinquênios ou sexta-parte), favorecimento financeiro decorrente apenas do tempo de serviço, mas sempre com característica de valorizar a adequação do servidor ao cargo e à função, além do seu correto proceder funcional, em que, em última análise, premiam-se a estabilidade e a experiência.

Concluo, pois, por violação aos princípios da isonomia, moralidade, razoabilidade e supremacia do interesse público, a resultar em serem inconstitucionais os artigos 43, 44 e 45 da Lei Complementar 127, de 25 de junho de 2012, do Município de Chavantes.

Pelo meu voto, **JULGO PROCEDENTE** esta ação.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

2 **in** Comentários à Constituição do Brasil, coordenação científica de J. J. GOMES CANOTILHO, GILMAR FERREIRA MENDES, INGO WOLFGANG SARLET e LENIO LUIZ STRECK, Ed. Saraiva, 5ª tiragem, 2014, p. 1.968.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2176309-51.2014.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é autor PREFEITO DO MUNICÍPIO DE CAÇAPAVA, é réu PRESIDENTE DA CÂMARA MUNICIPAL DE CAÇAPAVA.

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 31.780)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores JOSÉ RENATO NALINI (Presidente), MÁRCIO BARTOLI, ROBERTO MORTARI, LUIZ AMBRA, FRANCISCO CASCONI, PAULO DIMAS MASCARETTI, VANDERCI ÁLVARES, ARANTES THEODORO, ANTONIO CARLOS VILLEN, ADEMIR BENEDITO, LUIZ ANTONIO DE GODOY, NEVES AMORIM, BORELLI THOMAZ, JOÃO NEGRINI FILHO, CARLOS BUENO, GRAVA BRAZIL, ENIO ZULIANI, EROS PICELI, ELLIOT AKEL, GUERRIERI REZENDE, ANTONIO CARLOS MALHEIROS, FERREIRA RODRIGUES e PÉRICLES PIZA.

São Paulo, 28 de janeiro de 2015.

EVARISTO DOS SANTOS, Relator

Ementa: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. Lei municipal de iniciativa parlamentar dispondo sobre denominação de 'rua'. No exercício de sua função legislativa, a Câmara Municipal está autorizada a editar normas gerais e abstratas disciplinando denominação de vias e logradouro. Inadmissível a prática de atos concretos de administração e a nomenclatura de logradouros e próprios públicos. Essa a hipótese dos autos. Vício de iniciativa. Ingerência na gestão local. Imposição de ônus sem indicação da fonte de custeio, sendo insuficiente referência genérica. Precedentes deste C. Órgão Especial. Afronta aos arts. 5º, 25, 47, incisos II e XIV e 144, todos da Constituição Estadual. Procedente a ação.

VOTO

1. Trata-se de **ação direta de inconstitucionalidade** do Prefeito Municipal de Caçapava tendo por objeto a **Lei Municipal nº 5.317**, de 30.09.14, de iniciativa parlamentar, dispondo sobre denominação de rua lá especificada.

Sustenta, em resumo, incompatibilidade com o sistema constitucional vigente. Fruto de iniciativa parlamentar, lei em questão apresenta vício formal afrontando a separação de poderes. Ainda contraria o interesse público, posto contribuir para configuração de eventual parcelamento irregular do solo. Norma questionada invade competência reservada ao chefe do Poder Executivo, pela necessária vinculação às regras de sinalização e planejamento urbanístico do Município. Formaliza via pública em área particular. Afronta dispositivos da Lei Federal nº 6.766/79. Cria ônus sem previsão de dotação orçamentária. Mencionou doutrina e jurisprudência. Daí a liminar e, ao final, a declaração de inconstitucionalidade (fls. 01/11).

Concedeu-se a liminar (fls. 124). Declinou de sua intervenção o d. Procurador Geral do Estado (fls. 130/132). Vieram informações do Presidente da Câmara Municipal (fls. 140/144) com documentos (fls. 145/152). Opinou a d. Procuradoria Geral de Justiça (fls. 154/163).

É o relatório.

2. Procedente a ação.

Trata-se de **ação direta de inconstitucionalidade** do Prefeito Municipal de Caçapava tendo por objeto a **Lei Municipal nº 5.317**, de 30.09.14, de iniciativa parlamentar, dispondo sobre denominação de rua que especifica:

> "*Art. 1º. Fica denominada* '*Maria Anunciata*' *a via pública que especifica, localizada no Residencial São Miguel, conforme croqui em anexo.*"
>
> "*Art. 2º. As despesas com a execução da presente Lei correrão à conta de dotações orçamentárias próprias, suplementadas se necessário.*" (fls. 98).

Bem observou a Douta Procuradoria-Geral de Justiça:

> "*... é necessário distinguir as seguintes situações: (a) a edição de regras que disponham genérica e abstratamente sobre a denominação de logradouros públicos, ou alterações na nomenclatura já existente, caso em que a iniciativa é concorrente; (b) o ato de atribuir nomes a logradouros públicos, segundo as regras legais que disciplinam essa atividade, que é da competência privativa do Executivo.*"
>
> *(...)*
>
> "*Em sua função normal e predominante sobre as outras, a Câmara elabora leis, isto é, normas abstratas, gerais e obrigatórias de conduta. Esta é sua atribuição específica, bem diferente daquela outorgada ao Poder Executivo, caracterizada pela prática de atos concretos de administração*"
>
> "*(...).*
>
> "*Assim, **no exercício de sua função legislativa, a Câmara***

Acesso ao Sumário

está autorizada a editar normas gerais, abstratas e coativas a serem observadas pelo Prefeito, para a denominação das vias e logradouros públicos*, como, por exemplo: proibir que se atribua o nome de pessoa viva, determinar que nenhum nome poderá ser composto por mais de três palavras, exigir o uso de vocábulos da língua portuguesa, etc. (Cf, ADILSON DE ABREU DALLARI, 'Boletim do Interior', Secretaria do Interior do Governo do Estado de São Paulo, 2/103).*"

(...)

"*Em suma,* ***a Câmara pode, por meio de lei, compelir o Prefeito a atender tal determinação, sem usurpar sua função. Mas não poderá editar norma de conteúdo concreto e individualizado, oficializando e conferindo a denominação a logradouro específico.***"

Assim concluindo:

"*Nesse contexto, a aprovação de lei, pela Câmara, que atribui nome a logradouro ou prédio público só pode ser interpretado como atentatório ao postulado constitucional da independência e harmonia entre os poderes (Constituição Estadual, art. 5º).*"

(...)

"***A Câmara não pode arrogar a si a competência para autorizar a prática de atos concretos de administração. E a nomenclatura de logradouros e próprios públicos – que constitui atividade relacionada ao serviço público municipal de sinalização e identificação – enquadra-se exatamente nessa hipótese, resultando, daí, a conclusão de que a lei em epígrafe é manifestamente incompatível com o princípio da separação dos poderes.***"

"***Em suma, a denominação de bens, prédios, logradouros e vias do patrimônio público consiste em ato privativo da gestão administrativa reservada ao chefe do Poder Executivo. Lei municipal de iniciativa parlamentar sobre o assunto usurpa a reserva da Administração*** *(art. 5º da Constituição Estadual).*" (grifei – fls. 158/162).

À luz inclusive dessas lúcidas ponderações, situação posta em debate está a autorizar o decreto de **procedência** da ação.

Não foge do alegado vício de inconstitucionalidade a norma impugnada.

Ora, cabe observar competências próprias de administração e gestão, insuscetíveis de interferência de outro poder (**art. 47, II** e **IX** da **Constituição Estadual** – a ser observado no âmbito municipal por forma do **art. 144** do mesmo diploma).

Nesse contexto, Lei Municipal em apreço é dominada pelo **vício de iniciativa**, fere a **independência e separação dos poderes** ("***Artigo 5º*** *– São Poderes do Estado, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário.*") e configura **inadmissível** invasão do Legislativo na

Acesso ao Sumário

esfera Executiva.

A **rejeição** do **veto integral** do Prefeito do Município de Caçapava (fls. 96), bem como sua promulgação (fls. 97), afetam diretamente seara do Poder Executivo.

Como já se decidiu neste **Colendo Órgão Especial**:

"*Compete, portanto, com exclusividade ao Executivo o exercício dos atos que impliquem no* ***gerir das atividades administrativas*** *da cidade, a ele cabendo a iniciativa das leis que lhe propiciem a boa execução das tarefas que lhe são atribuídas.*"

"*Deste modo, quando a pretexto de legislar, o Poder Legislativo administra, editando leis de efeitos concretos, ou que equivalem, na prática, a verdadeiros atos de administração, viola a harmonia e a independência que deve existir entre os Poderes.*" (grifei – ADIn nº 990.10.163283-7 – v.u. j. de 13.10.10 – Rel. Des. **RIBEIRO DOS SANTOS**).

E, ainda:

"*... vislumbra-se que as Magnas Cartas Estadual e Federal houveram por bem, para fins de segurança jurídica, estabelecer a separação dos Poderes Públicos para que cada ente atue, de forma típica, em sua própria área de competência e, de forma atípica, apenas internamente, ou seja, não produzindo neste último caso efeitos* 'extra corporis'."

"*Isto porque não pode um Poder exercer a função típica de outro, pois se o fizesse estaria rompendo com a ideia da independência prevista nos artigos 5º,* 'caput'*, da CESP, e do artigo 2º da CF/88, o que ocorria apenas excepcionalmente pelo sistema da* 'check and balances' *ou dos freios e contrapesos, o que não é caso dos autos.*"

"*Portanto, houve efetivo vício de iniciativa, o que implica na já mencionada inconstitucionalidade formal ou de procedimento (nomodinâmica). A adequação é passível pelo controle concentrado ou via de ação, uma vez que a inconstitucionalidade decorre de vício na produção da norma. Ou seja, está contida dentro do processo de elaboração de lei (processo legislativo), que vai desde a iniciativa encerrando-se com sua publicação.*"

(...)

"*Portanto, a lei impugnada padece de vício de iniciativa porque sua elaboração partiu do Poder Legislativo Municipal, dispondo sobre matéria que deveria ser de iniciativa do Chefe do Poder Executivo Municipal, razão pela qual caracterizada está sua inconstitucionalidade formal.*" (ADIn nº 0.086.852-13.2012.8.26.0000 – j. de 12.12.12 – Rel. Des. **ROBERTO MAC CRACKEN**).

Acesso ao Sumário

Dentre outros específicos quanto ao assunto:

"*AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE – Lei nº 3.640, de 25 de outubro de 2011, do Município de Amparo, que* ***atribui denominação a via local****, editada a partir de processo deflagrado perante a Câmara de Vereadores – Legislação que versa questão atinente à organização e execução de atos da administração municipal, afeta 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 – Previsão legal, ademais, que acarreta o aumento de despesas do Município, que ficará obrigado a proceder à sinalização do logradouro objeto do ato normativo impugnado, 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.*" (grifei – ADIn nº 0.155.919-65.2012.8.26.0000 – j. de 12.12.12 – Rel. Des. **DIMAS MASCARETTI**).

"*Ação Direta de Inconstitucionalidade. Lei Municipal que* ***atribui nome a logradouro público*** *oficializando-o. Princípio da causa petendi aberta que rege as ações diretas de inconstitucionalidade.* ***Vício de iniciativa****. Invasão da esfera privativa do Chefe do Poder Executivo em atos de gestão administrativa. Ademais, há criação de despesas, sem indicação de recursos disponíveis. Ação procedente.*" (grifei – ADIn nº 0.134.317-18.2012.8.26.0000 – j. de 05.12.12 – Rel. Des. **CAUDURO PADIN**).

"*Ação Direta de Inconstitucionalidade – Ajuizamento pelo Prefeito em face de* ***lei municipal que deu nome a via pública*** *– Denominação de ruas* ***é ato privativo do Chefe do Executivo****, uma vez que a nomenclatura de logradouros públicos constitui elemento da sinalização urbana –* ***Vício de iniciativa configurado*** *– Ademais, trata-se de área particular, não doada ao Município, o que enseja a possibilidade de futuro pedido de ressarcimento – Reconhecimento desta circunstância pela Câmara – Inconstitucionalidade configurada.*" (grifei – ADIn nº 0.048.097-51.2011.8.26.0000 – j. de 05.10.11 – Rel. Des. **WALTER GUILHERME**).

Tal é o caso dos autos.

Além do mais, descabe invocar legislação municipal (fls. 141/142) na tentativa de conferir legitimidade ao diploma, **máxime** quando "... ***não*** *é possível, nesta ação, examinar a alegação de que o dispositivo normativo impugnado contraria a Constituição Federal, ou mesmo normas contidas na* ***legislação infraconstitucional****, seja ela federal, estadual, ou* ***do próprio***

Acesso ao Sumário

Município...", como bem ponderado pela d. Procuradoria (grifei – fls. 156).

Não é só.

Razoável identificar no questionável proceder, a inequívoca **geração de despesas** (ônus ao erário, sem a necessária indicação da fonte de custeio), na medida em que o cumprimento da lei, como posto, demanda recursos materiais e humanos. **Não** devidamente indicada a **fonte de custeio** para as despesas geradas.

Disposição constitucional é clara quanto ao ponto:

"*Art. 25. Nenhum projeto de lei que implique a criação ou aumento de despesa pública será sancionado sem que dele conste a indicação dos* ***recursos disponíveis, próprios*** *para atender aos novos encargos.*" (grifei).

Sobre questão similar, assim já decidiu este **Colendo Órgão Especial**:

"*AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE – Lei nº 3.640, de 25 de outubro de 2011, do Município de Amparo, que atribui denominação a via local, editada a partir de processo deflagrado perante a Câmara de Vereadores – Legislação que versa* ***questão atinente à organização e execução de atos da administração municipal, afeta 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 – Previsão legal, ademais, que acarreta o* ***aumento de despesas do Município, que ficará obrigado a proceder à sinalização do logradouro objeto do ato normativo impugnado, 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.*" (grifei – ADIn nº 0.155.919-65.2012.8.26.0000 – v.u. j. de 12.12.12 – Rel. Des. **PAULO DIMAS MASCARETTI**).

Essa situação se amolda ao caso dos autos.

Confiram-se, no mesmo sentido: ADIn nº 0.083.101-18.2012.8.26.0000 – v.u. j. de 07.11.12 – Rel. Des. **CASTILHO BARBOSA**; ADIn nº 0.134.317-18.2012.8.26.0000 – v.u. j. de 05.12.12 – Rel. Des. **CAUDURO PADIN**; ADIn nº 0.236.533-57.2012.8.26.0000 – v.u. j. de 08.05.13 – Rel. Des. **FERRAZ DE ARRUDA** e ADIn nº 0.056.125-37.2013.8.26.0000 – v.u. j. de 14.08.13 – Rel. Des. **PAULO DIMAS MASCARETTI**, dentre outros arestos.

Deixou a norma questionada de **indicar a fonte de custeio** para atender as determinações feitas.

Não basta, para tanto, **referência genérica** constante do **art. 2º**

Acesso ao Sumário

da questionada lei local ("*As despesas com a execução da presente Lei correrão à conta de dotações orçamentárias próprias, suplementadas se necessário.*" – fls. 98), como reiteradamente aqui julgado (ADIn nº 0.186.864-35.2012.8.26.0000 – j. de 08.05.13 – Rel. Des. **CAUDURO PADIN**; ADIN nº 0.039.795-62.2013.8.26.0000 – j. de 12.06.13 – Rel. Des. **ENIO ZULIANI**; ADIn nº 0.084.460-66.2013.8.26.0000 – j. de 12.03.14 – Rel. Des. **FERREIRA RODRIGUES**; ADIn nº 0.189.321-06.2013.8.26.0000 – v.u. j. de 26.03.14 e ADIn nº 2.003.084-87.2014.8.26.0000 – v.u. j. de 11.06.14 – de que fui Relator, dentre outros no mesmo sentido).

Mais não é preciso acrescentar.

Diante dos aludidos vícios de inconstitucionalidade (iniciativa parlamentar, disciplina urbanística dispondo sobre bem particular e despesas sem indicação de fonte de custeio), invalida-se a **Lei Municipal nº 5.317**, de 30.09.14, por afronta aos **arts. 5º, 25, 47, incisos II e XIV, e 144 da Constituição Estadual**.

3. Julgo procedente a ação.

Agravos Regimentais

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo Regimental nº 2167814-18.2014.8.26.0000/50001, da Comarca de São Paulo, em que é agravante SINDICATO DOS TRABALHADORES DO SERVIÇO PÚBLICO MUNICIPAL DE RIO CLARO/SP, são agravados FUNDAÇÃO MUNICIPAL DE SAÚDE DE RIO CLARO e MUNICÍPIO DE RIO CLARO.

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 31.978)**

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, NEVES AMORIM, BORELLI THOMAZ, JOÃO NEGRINI FILHO, JOSÉ DAMIÃO PINHEIRO MACHADO COGAN,

Acesso ao Sumário

EROS PICELI, ELLIOT AKEL, GUERRIERI REZENDE, XAVIER DE AQUINO, ANTONIO CARLOS MALHEIROS, FERREIRA RODRIGUES e EVARISTO DOS SANTOS.

São Paulo, 19 de novembro de 2014.

MÁRCIO BARTOLI, Relator

Ementa: Agravo regimental interposto contra decisão que deferiu medida liminar para determinar a manutenção na integralidade dos serviços essenciais de saúde e segurança pública. Pleito do Sindicato para a revisão da decisão e autorização para retomada do movimento grevista. Impossibilidade. Movimento grevista que violou o disposto no art. 6º, § 1º, da Lei 7.783/89. Necessidade de manutenção dos serviços essenciais de saúde e segurança (art. 11, Lei 7.783/89). Precedente do Órgão Especial. Agravo indeferido.

VOTO

1. Trata-se de agravo regimental interposto pelo Sindicato dos Trabalhadores do Serviço Público Municipal de Rio Claro, contra decisão que deferiu pedido de reconsideração de liminar formulado pelo Município de Rio Claro e pela Fundação Municipal de Saúde de Rio Claro para determinar a manutenção na integralidade dos serviços essenciais, nas áreas de saúde e segurança do Município sob pena de imposição de multa diária. Argumenta o agravante que não houve violação ao art. 6º, § 1º, da Lei 7.783/89, pois "*os vídeos apresentados pelos agravados não demonstram em momento algum um movimento grevista violento e capaz de provocar constrangimento a direitos do Prefeito e de seus Secretários*", e a "*matéria veiculada no jornal local, trata-se de matéria sensacionalista e não tem força probatória*" (textual – fls. 5). Pleiteiam, em conclusão, a autorização para retomada do movimento grevista, mantendo os serviços essenciais, e a exclusão da multa diária.

2. **É caso de indeferimento do agravo.** Preliminarmente, deve ficar consignado que o deferimento da medida liminar ora agravada, não se deu por razão relativa ao mérito do dissídio coletivo, até por que em nenhum momento os agravados negaram o direito dos funcionários ao recebimento das horas extras ou o atraso nos pagamentos. Assim, fique consignado, não se discutiu ou se discutirá, nesta decisão, a questão de fundo da ação, mas tão somente a legalidade da greve.

Superado esse ponto, cabe verificar a legalidade do movimento grevista sob a ótica da legislação vigente. Como é sabido, diante da ausência de edição

Acesso ao Sumário

de lei específica para regulamentar o direito de greve no setor público – apesar do mandamento constitucional para edição dessa norma[1] –, o Supremo Tribunal Federal adotou como parâmetro as regras da Lei 7.783/89[2].

Seguindo esse entendimento, sob a égide da Lei 7.783/89, verifica-se a prática de abuso no exercício do direito de greve pelos funcionários públicos do Município de Rio Claro. Com efeito, conforme apontado na decisão que deferiu a reconsideração da liminar, constata-se, **não só** pelas matérias jornalísticas colocadas em dúvida pelos agravantes, **mas**, **sobretudo**, **pelo teor de vídeo disponível na internet**[3], que além dos grevistas empregarem publicamente, com uso de equipamento sonoro, linguagem pejorativa[4] contra o Prefeito do Município de Rio Claro, ao menos um dos indivíduos que estavam entre os grevistas se utiliza expressamente da frase: "**pode chamar a militar senão ele não sai**", referindo-se, claramente, à necessidade de que o prefeito se utilizasse da polícia militar para poder deixar o prédio de uma emissora de televisão do Município.

Há mais. Embora quando da saída do Prefeito da emissora, o indivíduo que se manifestava pelo microfone tenha dito para que o veículo não fosse tocado, é fato que momentos antes, conforme se verifica do mesmo vídeo, o automóvel de uma Secretária da Prefeitura fora alvo dos grevistas que correram em sua direção e golpearam repetidamente suas janelas com nítido tom ameaçador.

Desses elementos extraídos, repita-se, de **vídeo gravado e publicado pelos próprios grevistas** (o que se conclui não só pelo modo que os grevistas trataram o(a) operador(a) de câmera, mas também pelo fato de que o "usuário" que publicou o vídeo na internet é denominado "Sindi Muni"[5]) fica evidente a infração ao art. 6º, § 1º, da Lei 7.783/89[6] e, em consequência, a ilegalidade do movimento grevista, em razão dos meios empregados violarem ou, ao menos, constrangerem os direitos e garantias fundamentais do Prefeito e de ao menos uma Secretária municipal.

3. Acrescente-se que embora se reconheça na greve um direito social fundamental, seu exercício não prescinde da obediência às balizas legais. Nesse sentido, entre as regras para o regular exercício da greve, determina o art. 11

Acesso ao Sumário

1 Art. 37. (...) VII – **o direito de greve será exercido nos termos e nos limites definidos em lei específica**;

2 Especialmente: MI 708, rel. **Min. Gilmar Mendes** e MI 712, rel. **Min. Eros Grau**, ambos julgados em 25.10.2007.

3 Especialmente: (endereço eletrônico constante do texto original)

4 São utilizados por meio de microfone, portanto, provavelmente por representante dos funcionários, termos como "seu pilantra, covarde, caloteiro", "parece um rato com nosso dinheiro no bolso", "ratão", entre outros.

5 Conforme se verifica no endereço virtual: (endereço eletrônico constante do texto original)

6 Art. 6º, § 1º. Em nenhuma hipótese, os meios adotados por empregados e empregadores poderão violar ou constranger os direitos e garantias fundamentais de outrem.

da Lei 7.783/89 que "nos serviços ou atividades essenciais, os sindicatos, os empregadores e os trabalhadores ficam obrigados, de comum acordo, a garantir, durante a greve, a **prestação dos serviços indispensáveis ao atendimento das necessidades inadiáveis da comunidade**", considerados como inadiáveis, segundo o parágrafo único desse artigo, "**aquelas que, não atendidas, coloquem em perigo iminente a sobrevivência, a saúde ou a segurança da população**", compreendendo, entre outros, os serviços de saúde e segurança do Município, cuja manutenção integral foi determinada pela liminar recorrida, nos moldes da jurisprudência do **Supremo Tribunal Federal**: "*Em razão dos imperativos da continuidade dos serviços públicos, contudo,* ***não se pode afastar que, de acordo com as peculiaridades de cada caso concreto e mediante solicitação de entidade ou órgão legítimo, seja facultado ao tribunal competente impor a observância a regime de greve mais severo em razão de tratar-se de* '*serviços ou atividades essenciais*'*, nos termos do regime fixado pelos arts. 9º a 11 da Lei nº 7.783/1989****. Isso ocorre porque não se pode deixar de cogitar dos riscos decorrentes das possibilidades de que a regulação dos serviços públicos que tenham características afins a esses* '*serviços ou atividades essenciais*' *seja menos severa que a disciplina dispensada aos serviços privados tidos* '*essenciais*'"[7].

De rigor, assim, a manutenção da liminar deferida até o julgamento do presente dissídio coletivo, conforme precedentes deste **Órgão Especial**: "***Não pode o munícipe aguardar indefinidamente o desfecho das negociações entre servidores e ente público****, que, como retro mencionado, após duas semanas de paralisações, nada avançaram. Por fim,* ***acrescente-se que a greve, entendida como meio de pressão, dirigido pela coletividade de trabalhadores sobre os empregadores, pode ser relacionada a diversas condutas, não apenas à paralisação total dos serviços****. Há diversos outros mecanismos de pressão dos quais dispõem os trabalhadores, relacionados com o movimento paredista, mas que com ele não se confundem. Assim sendo, entende-se que os trabalhadores não estão alijados de mecanismos de pressão para conquista dos direitos que reivindicam*"[8].

4. Ante o exposto, indefere-se o agravo.

Acesso ao Sumário

7 **STF**, Pleno, MI 708, rel. **Min. Gilmar Mendes**, j. 25.10.2007, DJe nº 206 de 30.10.2008 – trecho da ementa.

8 **TJSP**, Órgão Especial, AR 2119228-47.2014.8.26.0000/50001, rel. **Des. Péricles Piza**, j. 17.09.2014.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo Regimental nº 2197710-09.2014.8.26.0000/50000, da Comarca de Mogi Mirim, em que é agravante IVANDIR ACÁCIO COSTA, é requerido JUÍZO DE DIREITO DA 1ª VARA JUDICIAL DE MOGI MIRIM.

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 21.582)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores JOSÉ RENATO NALINI (Presidente), EROS PICELI, ELLIOT AKEL, GUERRIERI REZENDE, ANTONIO CARLOS MALHEIROS, FERREIRA RODRIGUES, EVARISTO DOS SANTOS, MÁRCIO BARTOLI, JOÃO CARLOS SALETTI, ROBERTO MORTARI, 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, 3 de dezembro de 2014.

JOSÉ RENATO NALINI, Presidente e Relator

Ementa: Agravo Regimental – Deferimento do pedido de suspensão de antecipação de tutela concedida em ação popular, pela qual foi suspensa a cobrança da contribuição de iluminação pública instituída pela LC Municipal nº 280/2013 – Constitucionalidade da COSIP admitida pelo E. STF – Precedentes do C. Órgão Especial do TJSP – Tributo desatrelado de uma atuação estatal – Custeio do serviço de iluminação como finalidade da exação – Produto da arrecadação vinculado a uma despesa – Formação de fundo – Exigência não contida na CF – Provado o risco de dano grave à ordem, à economia e à segurança públicas – Comprometimento das contas do Município e do investimento planejado no serviço de iluminação pública – Juízo mínimo de delibação – Princípio constitucional da proporcionalidade – Perigo de dano reverso – Agravo não provido.

Acesso ao Sumário

VOTO

Vistos, etc.

Irresignado com a decisão que deferiu o pedido de suspensão dos efeitos da antecipação da tutela concedida nos autos da ação popular nº 0009073-86.2014.8.26.0363, Ivandir Acácio Costa interpôs agravo regimental sob a alegação de que tal decisão causará sérios prejuízos à coletividade-contribuintes.

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 da ação popular.

A suspensão dos efeitos das tutelas de urgência é medida **excepcional**, urgente, então destinada a evitar grave lesão à ordem, à saúde, à segurança e à economia públicas, quando manifesto o **interesse público primário**, jamais importando sucedâneo de recurso.

Conforme a compreensão pacífica de nossos tribunais, em especial do E. STF[1], trata-se de providência constitucionalmente admitida.

No entanto, por não ter natureza recursal, este incidente não franqueia a apreciação das provas, tampouco o reconhecimento de nulidades processuais, exigindo apenas o exame da efetiva ou possível lesão aos bens jurídicos de interesse público tutelados.

Nessa linha, os Tribunais Superiores decidiram que o pedido de suspensão não se presta à *modificação de decisão desfavorável ao ente público*[2], pois, embora tolerado um juízo mínimo de delibação[3], *na suspensão de segurança não se aprecia o mérito do processo principal, mas tão-somente a ocorrência dos aspectos relacionados à potencialidade lesiva do ato decisório em face dos interesses públicos relevantes consagrados em lei, quais sejam, a ordem, a saúde, a segurança e a economia públicas*[4]

Embora interposto recurso de agravo de instrumento[5], a atribuição de efeito suspensivo foi concedida após a análise do pedido de suspensão[6]. Vale dizer, não houve inovação na situação jurídica preexistente, subsistindo, até então, em sua inteireza, os efeitos emergentes do comando judicial de primeiro

1 SS nº 432-8 AgR/DF, rel. Min. Sidney Sanches, j. 11.3.1992; SS nº 1.149-9 AgR/PE, rel. Min. Sepúlveda Pertence, j. 3.4.1997; ADC nº 4-6/DF, rel. p/ acórdão Min. Celso de Mello, j. 1.10.2008.

2 STJ – AgRg na SL nº 39/SC, rel. Min. Edson Vidigal, j. 19.5.2004.

3 SS-AgR nº 846/DF, rel. Min. Sepúlveda Pertence, j. 29.5.1996; SS-AgR nº 1.272/RJ, rel. Min. Carlos Velloso, j. 10.2.1999.

4 STF – SS-AgR nº 2.385/BA, rel. Min. Ellen Gracie, j. 10.3.2008.

5 AI n.º 2195935-56.2014.8.26.0000.

6 Conforme consulta ao andamento do recurso distribuído no dia 5 de novembro de 2014, realizada hoje por meio do *site* do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, houve despacho proferido em 12/11/2014 pela e. Des. Mônica Serrano.

Acesso ao Sumário

grau, passíveis de suspensão, em tese, pela Presidência deste Tribunal.

Conforme consta na decisão agravada, a tutela antecipada suspendeu a cobrança da contribuição de iluminação pública instituída por meio da Lei Complementar Municipal nº 280/2013, escorada na inconstitucionalidade parcial da legislação local, causa de pedir exposta na ação popular ajuizada pelo agravante.

Malgrado, em uma primeira análise, tenha descartado a ofensa aos princípios da isonomia e da capacidade contributiva, a decisão vislumbrou o maltrato da moralidade administrativa, uma vez que a legislação municipal atacada desprezou as despesas suportadas pelo erário com o custeio do serviço de iluminação pública e não institui fundo específico ou outro meio idôneo a permitir o controle da utilização dos recursos arrecadados com o tributo em testilha.[7]

O E. Supremo Tribunal Federal, ao examinar o RE nº 573.675-0/SC, em 25 de março de 2009, rel. Min. Ricardo Lewandowski, assentou, *após admitir a repercussão geral da questão constitucional discutida*, que a **contribuição para o custeio do serviço de iluminação pública é um tributo de caráter *sui generis***, sujeito a disciplina própria, **a do art. 149-A da CF**, e aos princípios constitucionais tributários.

Naquele julgamento, em que aceita a constitucionalidade da **COSIP**, afirmou-se que essa nova espécie de contribuição *não se confunde com um imposto, porque sua receita se destina a finalidade específica, nem com a taxa, por não exigir a contraprestação individualizada de um serviço ao contribuinte*.

Foi além, quando tratou da base de cálculo e das alíquotas estabelecidas na legislação do Município de São José/SC – que variam *conforme a qualidade dos consumidores de energia elétrica e a quantidade de consumo* –, e afastou as levantadas violações aos princípios da isonomia e da capacidade contributiva:

> *... o Município de São José, **ao empregar o consumo mensal de energia elétrica de cada imóvel**, como parâmetro para ratear entre os contribuintes o gasto com a prestação do serviço de iluminação pública, **buscou realizar, na prática, a almejada justiça fiscal, que consiste, precisamente, na materialização, no plano da realidade fática, dos princípios da isonomia tributária e da capacidade contributiva**, porquanto é lícito supor que quem tem um consumo maior tem condições de pagar mais.* (grifei)

No caso vertente, a situação, *prima facie*, não diferiu muito, considerado o art. 3.º, *caput*, da lei impugnada, segundo o qual *os valores mensais da CIP **variam de acordo com as classes e faixas de consumo mensal de energia elétrica, medido em kWh (quilowatt-hora)**, conforme o Anexo I desta Lei*

7 Fls. 329-330.

Acesso ao Sumário

Complementar, e serão atualizados anualmente nas formas já utilizadas para os demais tributos municipais.[8] (grifei)

A falta de referência, na base de cálculo da exação, **às despesas suportadas com o custeio do serviço de iluminação pública** – a lei paradigma do Município de São José/SC alude ao custo mensal do serviço de iluminação pública –, **parece não ter muita relevância**, porque a COSIP, **ao reverso da taxa**, não decorre da prestação de um serviço público específico e divisível, enfim, **não está atrelada a uma atuação estatal**.

O custeio do serviço de iluminação pública **é a finalidade**, **o objetivo** dessa exação, **o destino específico dos recursos provenientes de sua arrecadação**. Ora, a **COSIP** servirá, por vezes, para cobrir despesas futuras, permitir atividades e obras que ainda serão realizadas.

O art. 149-A da CF, na acurada percepção de Roque Antonio Carraza, *indicou para quê ela se destina: dar supedâneo econômico à prestação, pelos Municípios e pelo Distrito Federal, deste serviço público geral, ou seja, prestado uti universi*.[9]

E isso, ao que consta, foi observado pela legislação municipal, no seu art. 1.º, *in verbis*:

> ***Art. 1º.*** *Fica instituída a Contribuição de Iluminação Pública – CIP,* ***destinada ao custeio do serviço de iluminação pública no âmbito do Município de Mogi Mirim****.*
>
> ***Parágrafo único****. Considera-se serviço de iluminação pública destinado a iluminar vias, praças, passarelas, jardins, abrigos de usuários de transporte coletivo e logradouros, bem como quaisquer outros bens públicos de uso comum e livre acesso, inclusive a iluminação de monumentos, fachadas, fontes luminosas e obras de arte de valor histórico, cultural ou ambiental, localizadas em áreas públicas,* ***assim como de atividades acessórias de instalação, manutenção, melhoramento e expansão da rede de iluminação pública e serviços correlatos****.*[10] (grifei)

Não se discute, sob outro prisma, que a **COSIP** está livre do *critério orçamentário da não afetação de receitas a despesas públicas*, previsto no inc. IV do art. 167 da CF, então *por expressa vontade constitucional*. É da sua essência, já se sublinhou, a vinculação a uma finalidade particular.

Isso, porém, não quer significar que a instituição de fundo próprio para receber o produto da arrecadação da COSIP é necessária. **Não há essa exigência no texto constitucional**, que foi expresso ao estabelecer, por exemplo, o fundo

Acesso ao Sumário

8 Fls. 38.

9 *Curso de Direito Constitucional Tributário*. 29ª ed. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 730.

10 Fls. 38.

de combate e erradicação da pobreza e o *fundo estadual de fomento à cultura*[11]. A propósito, insista-se, **a vinculação que se impõe é a uma despesa, não a um fundo**.

Para garantir, assim, o cumprimento dessa exigência constitucional e, particularmente, a fiscalização da utilização dos recursos advindos da **COSIP**, o Município de Mogi Mirim esclareceu, por certidão subscrita pela Secretária de Administração e Finanças, que *a arrecadação será controlada através do código 1.2.2.0.29.00.00*, com os recursos ficando disponíveis em conta específica aberta na CEF, e as despesas serão monitoradas *em fichas específicas* da Secretaria de Obras e Serviços, denominadas *obras de iluminação pública e manutenção da iluminação pública*[12].

Desse modo, **um juízo mínimo de delibação** da controvérsia, **forte no princípio da proporcionalidade**, cuja pertinência é admitida pela jurisprudência do E. STF[13], levou ao acolhimento do pedido de suspensão, porque, no mais, presente o risco grave de dano à ordem, economia e à segurança públicas.

Aliás, ainda a respeito da validade da **COSIP**, em favor de sua constitucionalidade, o E. STF tornou a manifestar-se em mais de uma ocasião, como, por exemplo, nos julgamentos do Ag. Reg. no RE n.º 724.104/SP, rel. Min. Ricardo Lewandowski, em 12.3.2013[14], e do Ag. Reg. no RE n.º 642.938/SP, rel. Min. Luiz Fux, em 29.5.2012.

Nessa linha caminhou o C. Órgão Especial deste Tribunal, em juízo de retratação que foi exercido na ADIn nº 0006224-81.2005.8.26.0000, rel. Des. Walter de Almeida Guilherme, em 1º.6.2011, e na Arguição de Inconstitucionalidade nº 0288570-95.2011.8.26.0000, rel. Des. Enio Zuliani, julgada em 14.12.2011.

Por sua vez, a reboque das alegações e dos documentos apresentados pelo recorrido, a manutenção dos efeitos da tutela antecipada inibiria um investimento de R$ 16.000.000,00, programado para os próximos oito anos com vistas à ampliação, modernização e aprimoramento enérgico do **parque de iluminação pública** do Município de Mogi Mirim, e comprometeria o custeio de seu consumo, estimado em R$ 2.500.000,00 por ano.[15]

É evidente, dentro desse quadro, que a supressão da fonte de receita representada pela **COSIP** (ou **CIP**) desestabilizaria seriamente as contas

Acesso ao Sumário

11 Cf., respectivamente, arts. 79-83, do ADCT, e 216, § 6º, do corpo permanente da Carta Magna.

12 Fls. 232.

13 SS-AgR nº 846/DF, rel. Min. Sepúlveda Pertence, j. 29.5.1996; SS-AgR nº 1.272/RJ, rel. Min. Carlos Velloso, j. 10.2.1999.

14 Neste precedente, em especial, reafirmou-se **a possibilidade do consumo de energia elétrica servir de base de cálculo da COSIP**, a legitimidade da alíquota progressiva e, também, **a admissibilidade da utilização do produto arrecadado para fins de melhoramento e expansão da rede de iluminação pública**.

15 Fls. 210.

do Município de Mogi Mirim, cuja lei orçamentária anual – **exercício 2015**, informa o recorrido, prevê despesas com iluminação pública que totalizam R$ 4.500.000,00[16].

Afetaria, por conseguinte, o regular desenvolvimento das funções da Administração, ou seja, a ordem administrativa, de forma a repercutir sobre o planejamento estratégico referido, idealizado inclusive para atender a demanda reprimida de anos, **com reflexos negativos para a economia da região, o bem-estar e a segurança da população**.

Ficou caracterizado, nesse contexto, e em auxílio do deferimento do pedido, o risco concreto de **dano reverso**. Enfim, **o perigo de dano inverso mostrou-se mais acentuado**, a justificar a suspensão pleiteada, **em prestígio do princípio da proporcionalidade**.

Ao deparar-se com hipóteses símiles, **o E. Supremo Tribunal Federal resolveu pela suspensão de decisões** que sustaram a eficácia de leis instituidoras da **COSIP**.[17]

Por estes fundamentos, **nega-se** provimento ao agravo regimental.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo Regimental nº 0185146-66.2013.8.26.0000/50000, da Comarca de Campinas, em que são agravantes (...) (DEPUTADO ESTADUAL) e (...).

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. XAVIER DE AQUINO.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 32.283)**

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, 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,

Acesso ao Sumário

16 Fls. 19-20.

17 SS nº 2.908/PB, j. 31.03.2006; SL nº 183/GO, j. 13.8.2007, **decidida, como a outra, pela Min. Ellen Gracie**; SL nº 258/GO, j. 11.12.2008; SL nº 285/GO, j. 19.2.2009; SL nº 287/SP, j. 8.5.2009; SL nº 307/RJ, j. 17.6.2009, **todas decididas pelo Min. Gilmar Mendes**.

EROS PICELI, ELLIOT AKEL e GUERRIERI REZENDE.

São Paulo, 17 de dezembro de 2014.

ANTONIO CARLOS MALHEIROS, Relator

Ementa: Agravo Regimental. Inquérito Policial. Pretendida nulidade dos atos investigatórios em primeiro grau e em sede policial, ao fundamento de prerrogativa de função. Atos que foram realizados diante da incerteza da eventual participação do Deputado Estadual, ora agravante, nos fatos narrados pelas testemunhas e que deram origem à instauração do inquérito policial. Deslocamento para o Colendo Órgão Especial tão logo apurada a participação do Deputado Estadual, com determinação de oitiva de testemunhas através de Carta de Ordem, com vistas a ânimos acirrados entre o acusado e a Delegada que iniciou os atos investigatórios. Ausência de prejuízo que afasta a pretendida nulidade, diante do princípio do *pas de nullité sans grief*. Agravo não provido.

VOTO

Trata-se de Agravo Regimental interposto nos autos do Inquérito Policial alegando os Agravantes que após examinar os elementos probatórios coligidos nos autos, peticionou pleiteando o reconhecimento da ilicitude dos atos investigatórios por vício de origem na instauração da investigação, realizada por Delegada de Polícia desafeta e adversária política de um dos Agravantes, bem como pleiteou o reconhecimento da ilicitude de toda a prova obtida por meio da medida cautelar de busca e apreensão, realizada no canil da (...) e as demais dela decorrentes, dada a incompetência absoluta do r. juízo de primeiro grau que a autorizou, quando era certo que o principal investigado é o Deputado Estadual.

Assevera que em manifestação, o *parquet* opinou pelo indeferimento do pleito, sustentando que a despeito de ter a Delegada desde o nascedouro da investigação reconhecido indícios da prática do crime por autoridade com prerrogativa de função, competia a ela dar seguimento às investigações diante de dúvidas quanto à prática do ato pelo mesmo; aduz que esta Relatoria indeferiu a pretensão, sendo certo que a delegada referida nos autos, com fundamento em depoimentos colhidos antes e também no mesmo dia da instauração do inquérito policial em 10 de junho de 2013 teve conhecimento antecipado da possível participação e envolvimento de um Deputado Estadual o que, *per se*, lhe tirava por completo a competência para dar seguimento àquela investigação; a investigação

Acesso ao Sumário

foi construída pela Delegada (...) para atingir o Deputado Estadual ora Agravante, seu inimigo político e pessoal, como forma de beneficiar os interesses políticos e pessoais da Delegada que pessoalmente presidiu a investigação; acrescenta que não poderia se cogitar que a investigação, de natureza criminal, objetivasse investigar a ONG (...) que não poderia ser apontada como autora do crime, restando incontroverso que o principal investigado, desde o início, era o ora Agravante, Deputado Estadual; afirma ser evidente que os atos investigatórios de parte da Delegada tiveram a finalidade única de atingir o agravante (...) em sua imagem política e parlamentar, em atitude de vingança que fez com que a Delegada desconsiderasse a legislação vigente que a impede de investigar um Deputado; transcreve trechos de depoimentos colhidos na fase investigatória pela Delegada, aduzindo que houve direcionamento da investigação, restando nítido que todos os atos investigatórios levados a efeito pela Polícia Judiciária e sem autorização da Corte são inválidos e insuscetíveis de convalidação; afirma que é evidente a ilicitude da prova obtida por meio de medida cautelar de busca e apreensão efetivada na (...), por incompetência absoluta do juízo que a determinou, diante da prerrogativa de função de parte do Deputado Estadual. Cita precedentes da Corte Superior e finaliza, pleiteando o reconhecimento da ilicitude dos atos investigatórios por vício de origem na instauração da investigação, bem como o reconhecimento da ilicitude de toda a prova obtida por meio de medida cautelar de busca e apreensão realizada no Canil da (...), bem como as demais dela decorrentes dada a incompetência absoluta do juízo *a quo* que autorizou e determinou a realização dessa diligência.

É o relatório.

O agravo não merece prosperar.

Com efeito, em sede de medida cautelar de busca e apreensão formalizada na Fazenda (...), Município de (...), com a finalidade de apurar condutas ambientais e tratamento dispensado a animais em desalinho com a legislação em vigor, efetivou-se a medida, noticiando-se à oportunidade provável ligação do Agravante (...), Deputado Estadual com a ONG (...) que ali estava instalada.

Colhe-se dos autos que os atos foram efetivados para confirmação das afirmações colhidas das testemunhas em relação aos fatos e muito embora houvesse referência ao agravante como Deputado Federal, era necessária a verificação *in locu*, posto não figurar o mesmo como membro formal da Diretoria da (...); inadmissível, naquela oportunidade, deslocar-se a competência em razão da prerrogativa de função, sem nenhum elemento de certeza sobre eventual liame entre o agravante (...) e a (...).

Acesso ao Sumário

E por estas razões, andou-se com as investigações preliminares em sede judicial e policial, apurando-se, consoante dos autos se colhe, que os animais acolhidos pela ONG (...) estavam em péssimas condições, desidratados,

feridos, com ferimentos expostos, com inadequação de alojamento, entre outras irregularidades.

Ao contrário do que afirmam os agravantes, razões não há para a propalada nulidade dos atos passados, seja do MM. Juiz de Direito *a quo*, seja da Delegada que oficiou no caso, na medida em que, como dito, pendia de certeza a participação do Deputado (...), ora Agravante, nos fatos narrados na exordial. E, tão logo tal se constatou, os autos foram encaminhados a este Órgão Especial para que, respeitada a prerrogativa de função, se processe a apuração dos fatos.

Por outro lado, não se vislumbra o prejuízo que seria condição *sine qua non* ao reconhecimento da nulidade dos atos pretendidos pelos agravantes e, consoante sabido e ressabido, *pas de nullité sans grief*.

A propósito do tema, aliás, confira-se julgado do Supremo Tribunal Federal, no HC 88.917-4/MS[1] onde se deixou assente, *verbis*:

> "***O prejuízo constitui viga mestra do sistema das nulidades, sendo decorrência da idéia geral de que as formas processuais representam tão-somente um instrumento para a correta aplicação do Direito. Nesse diapasão, a desobediência às formalidades estabelecidas pelo legislador só deve conduzir ao reconhecimento da invalidade do ato quando a sua própria finalidade estiver comprometida por causa do vício (GRINOVER, Ada Pellegrini. As nulidades no processo penal, 7ª ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001, p. 28).***
>
> ***Não basta, para a nulidade perseguida, a mera conjectura da existência de prejuízo. Conforme ensina Ada Pellegrini Grinover:*** '***a decretação da nulidade implica perda da atividade processual já realizada, transtornos ao juiz e às partes e demora na prestação jurisdicional almejada, não sendo razoável, dessa forma, que a simples possibilidade de prejuízo dê lugar à aplicação da sanção; o dano deve ser concreto e efetivamente demonstrado em cada situação.***' ***(GRINOVER, Ada Pellegrini, As nulidades no processo penal, 7ª ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001, p. 29).***
>
> *A doutrina tem sido uníssona em relação ao princípio do prejuízo, enfatizando a disposição contida no art. 563 do CPP: 'Nenhum ato processual será declarado nulo, se da nulidade não tiver resultado prejuízo para uma das partes'.*
>
> *Assim sendo, as nulidades não devem ser decretadas por apego excessivo à lei ou ao procedimento, e mesmo no caso de nulidades absolutas, deve-se observar o princípio do interesse, agregado ao prejuízo efetivo ou potencial para a parte ou para o processo (Nesse sentido cfr: DE*

Acesso ao Sumário

1 Julgado em 10 de abril de 2007, Relator Ministro Gilmar Mendes

QUIRÓS, Carlos; RODRÍGUES, Walter, Nulidades en el processo penal. Mendoza: Ediciones Jurídicas Cuyos: 1982, p. 21, **apud** *Nassif, Aramis. Considerações sobre nulidades no processo penal. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 29-30).*

Na espécie, a violação alegada diz respeito tão-somente a suposta nulidade que seria decorrente de inquirição realizada diretamente por juízo de uma subseção da Justiça Federal em outra subseção, sendo que, na situação concreta, ambas as subseções integram a Seção Judiciária do Estado do Mato Grosso do Sul."

Desnecessária, pois, a suspensão da oitiva das testemunhas pois, acolhendo manifestação da douta Procuradoria Geral de Justiça e com vistas, inclusive, "*as circunstâncias a envolver a apuração que se desenvolve nestes autos, especialmente o alegado acirramento dos ânimos, por questões políticas, entre a Delegada de Polícia que iniciou as investigações e o Deputado Estadual investigado*" (c. fls. 105), determinou-se a oitiva das testemunhas através de Carta de Ordem, o que será feito, com o acompanhamento em todos os atos da douta Procuradoria Geral da Justiça.

Isto posto, nega-se provimento ao recurso.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo Regimental nº 2220471-34.2014.8.26.0000/50000, da Comarca de São Paulo, em que é agravante PREFEITO DO MUNICÍPIO DE EMILIANÓPOLIS, é agravado PROCURADOR GERAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em Órgão Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "NEGARAM PROVIMENTO AO AGRAVO REGIMENTAL. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 20131)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores JOSÉ RENATO NALINI (Presidente), BORELLI THOMAZ, JOÃO NEGRINI FILHO, CARLOS BUENO, GRAVA BRAZIL, EROS PICELI, ELLIOT AKEL, GUERRIERI REZENDE, XAVIER DE AQUINO, ANTONIO CARLOS MALHEIROS, FERREIRA RODRIGUES, EVARISTO DOS SANTOS, MÁRCIO BARTOLI, ROBERTO MORTARI, LUIZ AMBRA, FRANCISCO CASCONI, PAULO DIMAS MASCARETTI, VANDERCI ÁLVARES, ARANTES THEODORO, ANTONIO CARLOS VILLEN e ADEMIR BENEDITO.

Acesso ao Sumário

São Paulo, 21 de janeiro de 2015.
NEVES AMORIM, Relator

Ementa: AGRAVO REGIMENTAL – RECURSO INTERPOSTO CONTRA LIMINAR CONCEDIDA EM AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE APENAS PARA OBSTAR NOVAS CONTRATAÇÕES COM BASE NA LEI CONTESTADA – DECISÃO AGRAVADA QUE SE TRATA DE PROVIDÊNCIA LIMINAR, CONCEDIDA EM JUÍZO DE COGNIÇÃO PROVISÓRIA, SEM QUALQUER PRONUNCIAMENTO OU INTERFERÊNCIA SOBRE O MÉRITO DA CAUSA, APENAS PARA IMPEDIR NOVAS CONTRATAÇÕES – DECISÃO MANTIDA – RECURSO IMPROVIDO.

VOTO

Trata-se de agravo regimental interposto pelo Prefeito do Município de Emilianópolis contra decisão de fls. 71/72, que concedeu em parte a liminar nos autos da ação direta de inconstitucionalidade nº 2220471-34.2014.8.26.0000 apenas para obstar novas contratações pela Municipalidade de Emilianópolis, com base na lei contestada.

Alega o agravante que embora a liminar tenha sido concedida em parte, acarretará graves e irreversíveis prejuízos ao prejudicar o regular funcionamento da administração. Aduz não estarem presentes os requisitos para a concessão parcial da liminar ante a ausência do *periculum in mora*. Assevera que a decisão impede o Município de atender excepcional interesse público ao proibir a contratação temporária nos casos de afastamento de servidores.

É o relatório.

O recurso não comporta provimento.

A liminar concedida nos autos da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2220471-34.2014.8.26.0000 suspendeu temporariamente a eficácia do inciso II, do artigo 1º e dos artigos 3º e 5º da Lei nº 07, de 28 de janeiro de 1993, do Município de Emilianópolis, uma vez que apenas obstou **novas contratações** temporárias pela Municipalidade de Emilianópolis, com base na lei impugnada.

As razões deste agravo regimental não são suficientes para afastar a conclusão da decisão agravada no sentido de concessão da liminar.

Com efeito, através de uma cognição sumária, foi possível constatar que

Acesso ao Sumário

o *periculum in mora* e *fumus boni iuris* encontravam-se presentes, na medida em que se constata eventual e provável ofensa aos preceitos constitucionais previstos nos artigos 115, II e X, da Constituição Estadual, que reproduz o art. 37, IX, da Constituição Federal.

Aliás, por diversas vezes, a jurisprudência também tem deixado patente que a concessão de liminar em sede de ação direta de inconstitucionalidade deve levar em consideração, como requisitos inafastáveis, os critérios que se encontram lançados no inciso III do art. 7º da Lei nº 12.016/2009, exigindo-se do autor que demonstre, na exordial, a plausabilidade jurídica e o risco do perecimento do direito, ou, ainda, na linguagem atinente à representação de inconstitucionalidade, demonstrar que a vigência da lei impugnada ou dos dispositivos atacados acarretam graves transtornos, com lesão de difícil reparação (Ag. Reg. nº 0198524-89.2013.8.26.0000/50000, Rel. Des. Itamar Gaino, j. 15/01/2014).

Insta salientar, ainda, que a suspensão dos efeitos da lei impugnada, no presente caso, deu-se por meio de liminar, em caráter provisório, a fim de garantir resultado útil à eventual decisão final favorável ao requerente. As demais questões deduzidas não podem ser analisadas em fase de cognição sumária, pois constituem o próprio mérito da ação direta de inconstitucionalidade e exigem cognição exauriente e, portanto, serão apreciadas no momento oportuno.

Destarte, o inconformismo não prospera, eis que ausentes os requisitos necessários para a suspensão dos efeitos da liminar concedida, que objetivou tão somente impedir novas contratações.

Assim, pelo meu voto, nego provimento ao recurso.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo Regimental nº 2172302-16.2014.8.26.0000/50000, da Comarca de São Paulo, em que é agravante BRUNO MARTINI SILVEIRA, é agravado GOVERNADOR 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 27.957)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores JOSÉ RENATO NALINI (Presidente sem voto), EVARISTO DOS SANTOS, MÁRCIO BARTOLI, ROBERTO MORTARI, LUIZ AMBRA, FRANCISCO CASCONI,

Acesso ao Sumário

PAULO DIMAS MASCARETTI, VANDERCI ÁLVARES, ARANTES THEODORO, ANTONIO CARLOS VILLEN, ADEMIR BENEDITO, NEVES AMORIM, BORELLI THOMAZ, JOÃO NEGRINI FILHO, CARLOS BUENO, GRAVA BRAZIL, EROS PICELI, ELLIOT AKEL, GUERRIERI REZENDE, XAVIER DE AQUINO e ANTONIO CARLOS MALHEIROS.

São Paulo, 21 de janeiro de 2015.

FERREIRA RODRIGUES, Relator

Ementa: AGRAVO REGIMENTAL. Interposição contra decisão que indeferiu liminar pleiteada em autos de Mandado de Segurança, deixando, consequentemente, de suspender o ato impugnado, consistente na decisão que exonerou o impetrante do cargo de Escrivão de Polícia. Indeferimento da liminar que ficou apoiado em fundamentação adequada e suficiente para justificar o posicionamento adotado. Ausência dos requisitos do inciso III, do art. 7º, da Lei nº 12.016/2009. Decisão mantida. Agravo desprovido.

VOTO

Trata-se de Agravo Regimental interposto por *BRUNO MARTINI SILVEIRA*, com fundamento no art. 253 do RITJSP contra a decisão que indeferiu liminar pleiteada nos autos do Mandado de Segurança nº 2172302-16.2014.8.26.0000, deixando de suspender o ato impugnado, consistente na decisão que exonerou o impetrante do cargo de Escrivão de Polícia de 3ª classe.

O agravante alega que estão preenchidos os requisitos exigidos para concessão da liminar, porque sua absolvição no processo penal (em 1ª instância) decorreu do reconhecimento de causa excludente de antijuridicidade (legítima defesa), o que seria suficiente para demonstrar a existência do "*fumus boni juris*". Com relação ao requisito referente ao "*periculum in mora*", alega a dificuldade de conseguir nova colocação profissional em razão da mácula decorrente de sua exoneração do cargo.

Mantida a decisão agravada, os autos foram remetidos à Mesa para este julgamento (art. 255 do RITJSP).

É o relatório.

Em que pese o esforço dos ilustres Advogados do impetrante no sentido de demonstrar o cabimento da liminar, os argumentos expostos na minuta deste agravo não autorizam a modificação ou reforma da decisão agravada, que, aliás, ficou apoiada em fundamentação adequada e suficiente para justificar o

Acesso ao Sumário

posicionamento adotado, conforme segue:

> *Vistos. Trata-se de mandado de segurança, com pedido de liminar, impetrado por* ***Bruno Martini Silveira*** *contra ato do Exmo. Sr.* ***Governador do Estado de São Paulo****, datado de 04/04/2014 (publicado no Diário Oficial de 05/05/2014), que, nos autos do Processo Administrativo nº 02/2013, exonerou o impetrante (em estágio probatório) do Quadro da Secretaria da Segurança Pública, "por não atender o pressuposto contido no requisito 2, do § 1º, do artigo 7º, da Lei Complementar nº 1.151/11" (fl. 754). O impetrante alega que o fato que justificou a instauração do mencionado processo administrativo ocorreu no dia 25/12/2012, referindo-se a um episódio em que teria reagido a agressão e atingido seu agressor com disparos de arma de fogo, causando-lhe a morte. Sustenta que, embora tenha sido punido com exoneração na esfera administrativa, posteriormente, na esfera criminal, foi absolvido da imputação, diante do reconhecimento da excludente da legítima defesa, daí porque –* ***reputando ilegal e abusiva a exoneração em razão do que ficou apurado na ação penal*** *– pede sua recondução aos quadros da Polícia Civil.*
>
> *Em sede de cognição sumária e provisória é importante considerar, desde logo, que o controle do ato administrativo, a cargo do Poder Judiciário, é restrito ao aspecto da legalidade, ou seja, diz respeito ao exame da regularidade do procedimento, à luz dos princípios do contraditório, da ampla defesa e do devido processo legal, sem possibilidade, portanto, de avançar sobre o mérito administrativo para corrigir eventual injustiça da decisão (MS 6.861/DF, Rel. Min. Hamilton Carvalhido, DJ 04/02/2002).*
>
> *No presente caso, não há vício aparente na constituição e desenvolvimento do processo administrativo; e em razão da reconhecida independência entre as esferas criminal e administrativa, não se há de cogitar, também, em hipótese de patente ilegalidade ou abuso de poder no ato de julgamento desse processo antes da definição da ação penal, lembrando-se que "a absolvição criminal só afastará o ato punitivo se ficar provada, na ação penal, a inexistência do fato ou que o acusado não foi o seu autor" ("Direito Administrativo Brasileiro", 32ª edição, Malheiros Editores, 2006).*
>
> *De qualquer forma, o preenchimento do requisito do "periculum in mora" também não ficou evidenciado nos autos, porque a situação de desemprego do impetrante, embora possa acarretar dificuldade financeira, não implica, necessariamente, na possibilidade de dano irreparável ou de difícil reparação, na acepção do artigo 7º, inciso III, da Lei nº 12.016, de 07 de agosto de 2009 ("do ato impugnado puder resultar a ineficácia da medida, caso seja finalmente deferida"), especialmente diante do tramite célere do "writ".*

Acesso ao Sumário

Como tem entendido o Superior Tribunal de Justiça, "a configuração do periculum in mora não se consubstancia na existência de prejuízos quaisquer, senão exige a demonstração de existência ou da possibilidade de ocorrer um ***dano jurídico ao direito da parte*** *de obter uma tutela jurisdicional eficaz" (AgRg no MS 14.898/DF, Rel. Min. Alderita Ramos de Oliveira, j. 12/06/2013), mesmo porque "meras alegações no sentido de que a parte impetrante não tem outras fontes de renda para manter sua subsistência não configuram periculum in mora" (STJ, AgRg no MS 16.192/DF, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, j. 14/09/2011).*

Pelo exposto e em suma, INDEFIRO A LIMINAR. Requisitem-se as informações, nos termos do art. 7.º, inciso I, da Lei nº 12.016/2009. Ao final, encaminhem-se os autos à douta Procuradoria Geral de Justiça para a competente manifestação. Int. São Paulo, 06 de outubro de 2014.

Não custa lembrar, ademais, em acréscimo a essa fundamentação, que o impetrante exercia o cargo de Escrivão de Polícia **em estágio probatório** e sua exoneração, no caso, não decorreu do reconhecimento de prática criminosa, e sim da falta de preenchimento do requisito referente à "*conduta ilibada, na vida pública e na privada*" (artigo 7º, § 1º, n. 02, da Lei Complementar Estadual nº 1.151, de 25 de outubro de 2011), com base no que ficou apurado no processo administrativo.

De qualquer forma, o exame dessa questão foi realizado em **juízo de cognição sumária e superficial**, sem avançar sobre o mérito da impetração, já que as questões suscitadas na petição inicial, por exigirem avaliação minuciosa e mais aprofundada em razão de estarem relacionadas diretamente ao mérito do "*mandamus*" devem ser reservadas para futura decisão do C. Órgão Especial no momento oportuno.

Pelo exposto e em suma, nega-se provimento ao agravo, nos termos do Acórdão.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo Regimental nº 2218303-59.2014.8.26.0000/50000, da Comarca de São Paulo, em que é agravante CASSIO MUSSAWER MONTENEGRO, é agravado IRINEU FAVA (DESEMBARGADOR).

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 21.593)**

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, ROBERTO MORTARI, LUIZ AMBRA, FRANCISCO CASCONI, PAULO DIMAS MASCARETTI, VANDERCI ÁLVARES, ARANTES THEODORO, ANTONIO CARLOS VILLEN, ADEMIR BENEDITO, NEVES AMORIM, BORELLI THOMAZ, JOÃO NEGRINI FILHO, CARLOS BUENO e GRAVA BRAZIL.

São Paulo, 21 de janeiro de 2015.

JOSÉ RENATO NALINI, Presidente e Relator

Ementa: Agravo Regimental – Exceção de impedimento/suspeição contra Desembargador sob a alegação de parcialidade – Inexistência de qualquer fato concreto que possa conspurcar a imparcialidade do excepto – Agravo não provido.

VOTO

Vistos, etc.

Irresignado com a decisão que determinou o arquivamento da petição de exceção de suspeição/impedimento, Cássio Mussawer Montenegro interpôs agravo regimental sob a alegação de parcialidade do Desembargador excepto.

É uma síntese do necessário.

Sem embargo de zelo e cuidado que se reconhece na atuação dos ilustres subscritores, o recurso não comporta provimento.

Como consignado na decisão hostilizada, a exceção de suspeição/impedimento é meio pelo qual *a parte, denunciando a falta de capacidade subjetiva do juiz, provoca seu afastamento da relação processual* (SANTOS, Moacyr Amaral. Primeiras Linhas de Direito Processual Civil. 2º vol. 10ª Ed. São Paulo: Saraiva, 1985, p. 197).

Consoante a lição de Alfredo Buzaid (BUZAID, Alfredo. Estudos e Pareceres de Direito Processual Civil – Exceção de Suspeição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 189), comentando o que significa no art. 135, inciso V, do CPC, a locução "interessado no julgamento da causa em favor de uma das partes", *o enunciado da lei quer exprimir com essas palavras é que o juiz tem um vínculo de interesse próprio, que se identifica com o interesse da parte, em cujo benefício profere ou vai proferir a sentença. Ele estará julgando causa* ***alheia****, mas na qual tem um interesse* ***próprio****.*

Acesso ao Sumário

Não se indicou especificamente qual o interesse do Magistrado na solução da causa.

Decisões contrárias ao interesse da parte, *error in judicando*, *error in procedendo*, ou eventual não apreciação ou má intelecção das teses ou da prova não são passíveis de correção por meio da exceção de suspeição e nem a justificam quando inexistente o dolo e caberia à parte valer-se do recurso adequado.

O excepto justificou fundamentadamente em sua decisão porque negou provimento ao agravo de instrumento, mantendo na íntegra a decisão que indeferiu os benefícios da assistência judiciária, determinando o recolhimento de custas iniciais, sob pena de indeferimento da petição inicial.

É imposição Constitucional que serão fundamentadas todas as decisões do Poder Judiciário (art. 93, inciso IX, Constituição Federal) e entendimento consolidado perante o Supremo Tribunal Federal, que *a fundamentação constitui pressuposto de legitimidade das decisões judiciais. A fundamentação dos atos decisórios qualifica-se como pressuposto constitucional de validade e eficácia das decisões emanadas do Poder Judiciário. A inobservância do dever imposto pelo art. 93, IX, da Carta Política, precisamente por traduzir grave transgressão de natureza constitucional, afeta a legitimidade jurídica da decisão e gera, de maneira irremissível, a consequente nulidade do pronunciamento judicial. Precedentes* (HC 80.892, Rel. Min. Celso de Mello, julgamento em 16-10-01, 2ª Turma, *DJ* de 23-11-07). **No mesmo sentido**: HC 90.045, Rel. Min. Joaquim Barbosa, julgamento em 10-02-09, 2ª Turma, *DJE* de 20-3-09.

Não importa em prejulgamento os argumentos objetivos constantes da decisão de forma a justificar o *decisum*.

Inexistindo qualquer fato concreto *que possa macular a imparcialidade do julgador, ficando a alegação somente no campo da retórica, não rende ensejo ao acolhimento de exceção de suspeição* (AgRg na ExSusp. 87/GO, Rel. Min. Fernando Gonçalves, Segunda Seção, jugado em 09-09-2009, *DJE* 16-09-2009).

Posto isso, **nega-se** provimento ao agravo regimental.

Acesso ao Sumário

Arguições de Inconstitucionalidade

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Arguição de

Inconstitucionalidade nº 0055619-27.2014.8.26.0000, da Comarca de Atibaia, em que é suscitante 6ª CÂMARA DE DIREITO PÚBLICO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em Órgão Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "ACOLHERAM A ARGUIÇÃO. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 25.660)**

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, EROS PICELI, ELLIOT AKEL, GUERRIERI REZENDE, ANTONIO CARLOS MALHEIROS, FERREIRA RODRIGUES, EVARISTO DOS SANTOS, MÁRCIO BARTOLI, JOÃO CARLOS SALETTI, ROBERTO MORTARI, FRANCISCO CASCONI, PAULO DIMAS MASCARETTI e VANDERCI ÁLVARES.

São Paulo, 3 de dezembro de 2014.

ARANTES THEODORO, Relator

Ementa: Arguição de inconstitucionalidade. Artigo 4º da Lei Complementar nº 654/2012, do Município de Atibaia, que suprimiu restrições previstas em regulamentos de empreendimentos de parcelamento do solo licenciados antes de 30 de outubro de 1996. Inconstitucionalidade reconhecida ante o disposto nos artigos 5º, inciso XXXVI, e 30, inciso VIII, da Constituição da República, bem como artigo 180, inciso II, e 191 da Constituição paulista. Arguição conhecida e acolhida.

VOTO

Cuida-se de arguição de inconstitucionalidade suscitada em autos de mandado de segurança pela 6ª Câmara de Direito Público desta Corte em face da Lei Complementar nº 654, de 23 de novembro de 2012, do Município de Atibaia.

A Câmara considerou que aquele diploma, ao abolir de forma genérica e abstrata todas as restrições urbanísticas instituídas para loteamentos licenciados até 30 de outubro de 1996, extrapolou a competência conferida pelo artigo 30 inciso VIII da Constituição da República e o fez sem observar as Leis Federais nºs 6.766/79 e 10.257/2001.

Acesso ao Sumário

A Procuradoria de Justiça opinou pelo conhecimento e acolhimento do incidente, ao fundamento de que a lei questionada violou os artigos 180, 181 e 191 da Constituição Estadual, bem como os artigos 1º e 30, inciso VIII, da Constituição Federal.

É o relatório.

Dentre outras providências a Lei Complementar nº 654/2012 do Município de Atibaia veio a alterar dispositivos do Código de Urbanismo e Meio Ambiente daquela localidade, tendo seu artigo 4º, especificamente, assim disposto:

"*Ficam suprimidos por esta Lei Complementar os regulamentos particulares dos empreendimentos de parcelamento do solo licenciados antes de 30 de outubro de 1996.*"

Note-se que os regulamentos voltados àquela sorte de empreendimentos usualmente anunciam restrições convencionais e legais, isto é, restrições de ordem urbanística e de posturas advindas da vontade do loteador ou dos titulares dos lotes e, na segunda categoria, provenientes da própria lei.

Como anota Fernanda Lousada Cardoso, "*A lei autoriza que as partes estabeleçam exigências mais restritivas daquelas previstas nas normas urbanísticas locais vigentes, na forma do art. 26, VII. Há, portanto, um espaço de atuação da vontade privada que será validada desde que conforme o espírito da lei de tutelar o bem com da ordem urbana.*" (Direito Urbanístico – Leis nºs 6.766/79 e 10.257/2001 e MP nº 2.220/2001, ed. JusPodium, 2012, p. 65).

Conforme o artigo 26 inciso VII da Lei federal nº 6.766/79, as restrições convencionais são necessariamente arquivadas no registro imobiliário e transcritas nas escrituras de alienação, já as outras gozam da presunção de publicidade advinda da lei que as instituiu e, por isso, independem de transcrição.

Na espécie assim ocorreu como se vê a fls. 35/36 e 45/46, já que foram instituídas restrições urbanísticas supletivas à legislação vigente à época, que passaram então a figurar na escritura e no registro imobiliário.

Pois forçoso é reconhecer que ao cassar de modo indistinto as restrições regulamentares, nas quais se inseriam as convencionais, o dispositivo legal aqui questionado contrariou o artigo 5º, inciso XXXVI, da Constituição da República.

Afinal, ao assim proceder ele acabou por violar o ato jurídico perfeito, eis que negou eficácia às restrições validamente instituídas por particulares em regular exercício do direito de dispor sobre seus interesses privados.

Lembre-se que no dizer de Maria Helena Diniz "*o ato jurídico perfeito é o já consumado, segundo a norma vigente, ao tempo em que se efetuou, produzindo efeitos jurídicos, uma vez que o direito gerado já foi exercido. É o que já se tornou apto para produzir os seus efeitos.*" (Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro Interpretada, Saraiva, 18ª edição, 208).

Acesso ao Sumário

Além disso, o dispositivo violou o direito adquirido de cada um dos titulares de imóveis de ver respeitada a disciplina aprovada para o local, o que naturalmente incluía as disposições urbanísticas e de posturas construtivas.

Não se olvida que compete ao Município dispor sobre o adequado ordenamento territorial (art. 30, inciso VIII, da Constituição da República).

Mas certo também é que por exigência da Carta paulista a edição de lei dessa ordem deve assegurar a participação popular na discussão da matéria (artigos 180 inciso II e 191), o que na espécie não consta ter ocorrido.

De todo modo, a competência municipal quanto ao tema nem é absoluta, já que se sujeita ao chamado "princípio da não regressão".

A propósito assim enfatizou o Superior Tribunal de Justiça:

"*6. Em decorrência do princípio da prevalência da lei sobre o negócio jurídico privado, as restrições urbanístico-ambientais convencionais devem estar em harmonia e ser compatíveis com os valores e exigências da Constituição Federal, da Constituição Estadual e das normas infraconstitucionais que regem o uso e a ocupação do solo urbano.*

7. Negar a legalidade ou legitimidade de restrições urbanístico-ambientais convencionais, mais rígidas que as legais, implicaria recusar cumprimento ao art. 26, VII, da Lei Lehmann, o que abriria à especulação imobiliária ilhas verdes solitárias de São Paulo (e de outras cidades brasileiras), como o Jardim Europa, o Jardim América, o Pacaembu, o Alto de Pinheiros e, no caso dos autos, o Alto da Lapa e Bela Aliança (City Lapa).

8. As cláusulas urbanístico-ambientais convencionais, mais rígidas que as restrições legais, correspondem a inequívoco direito dos moradores de um bairro ou região de optarem por espaços verdes, controles de adensamento e da verticalização, melhoria da estética urbana e sossego.

9. A Administração não fica refém dos acordos "egoísticos" firmados pelos loteadores, pois reserva para si um ius variandi, sob cuja égide as restrições urbanístico-ambientais podem ser ampliadas ou, excepcionalmente, afrouxadas.

10. O relaxamento, por via legislativa, das restrições urbanístico-ambientais convencionais, permitido na esteira do ius variandi de que é titular o Poder Público, demanda, por ser absolutamente fora do comum, ampla e forte motivação lastreada em clamoroso interesse público, postura incompatível com a submissão do Administrador a necessidades casuísticas de momento, interesses especulativos ou vantagens comerciais dos agentes econômicos.

11. O exercício do ius variandi, para flexibilizar restrições urbanístico-ambientais contratuais, haverá de respeitar o ato jurídico perfeito e o licenciamento do empreendimento, pressuposto geral que, no Direito Urbanístico, como no Direito Ambiental, é decorrência da crescente escassez

Acesso ao Sumário

de espaços verdes e dilapidação da qualidade de vida nas cidades. Por isso mesmo, submete-se ao princípio da não-regressão (ou, por outra terminologia, princípio da proibição de retrocesso), garantia de que os avanços urbanístico-ambientais conquistados no passado não serão diluídos, destruídos ou negados pela geração atual ou pelas seguintes." (REsp. nº 302.906-SP, rel. Min. Herman Benjamin, DJU 1º.12.2010).

Em suma, o artigo 4º da Lei Complementar nº 654/2012 do Município de Atibaia incorreu em inconstitucionalidade ao abolir, sem relevante razão de ordem pública, as restrições convencionais atinentes a empreendimentos licenciados até 30 de outubro de 1996 e registrados nos moldes do que determinava a Lei nº 6.766/79.

Pelos motivos indicados a arguição é conhecida e acolhida.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Arguição de Inconstitucionalidade nº 0185001-10.2013.8.26.0000, da Comarca de Barueri, em que é suscitante 5ª CÂMARA DE DIREITO PÚBLICO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em Órgão Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "ACOLHERAM A ARGUIÇÃO. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 20.553)**

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, EROS PICELI, ELLIOT AKEL, GUERRIERI REZENDE, XAVIER DE AQUINO, FERREIRA RODRIGUES, EVARISTO DOS SANTOS, MÁRCIO BARTOLI, JOÃO CARLOS SALETTI, ROBERTO MORTARI, LUIZ AMBRA e FRANCISCO CASCONI.

São Paulo, 10 de dezembro de 2014.

PAULO DIMAS MASCARETTI, Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: INCIDENTE DE INCONSTITUCIONALIDADE – Leis nºs 804/91 (artigo 3º) e 1.039/96, do Município de Jandira – Atos normativos que dispuseram acerca da desafetação

de área institucional reservada em loteamento para posterior permuta com imóvel desapropriado – Previsões que evidenciam a desconsideração da expressa vedação da destinação dessas áreas contida no artigo 180, inciso VII, da CE – Exceções acrescentadas com a superveniência das Emendas Constitucionais nº 23/07 e nº 26/08 que não têm aplicação no caso em exame, haja vista que a aferição da compatibilidade deve ter por parâmetro o Ordenamento Constitucional vigente ao momento da edição da legislação questionada – Legislação que, de qualquer modo, não atende os requisitos previstos nessa disposição constitucional mais complacente – Vícios de inconstitucionalidade que, destarte, ficaram evidenciados na espécie – Precedentes desta Corte – Arguição de inconstitucionalidade julgada procedente.

VOTO

O anterior incidente de inconstitucionalidade levantado pela Colenda Quinta Câmara de Direito Público desta Corte em face das Leis nºs 804/1991 (artigo 3º) e 1.039/1996, ambas do Município de Jandira, nos autos da ação civil pública ajuizada pelo Ministério Público do Estado de São Paulo em face da Municipalidade de Jandira, Nicanor Filadelfo Pereira e Nic Imóveis S/C Ltda. (v. fls. 692/697), à unanimidade de votos, deixou de ser conhecido pela falta de pressuposto necessário ao seu regular processamento, ante a ausência de manifestação expressa daquele órgão fracionário acerca do alentado vício existente na legislação municipal impugnada (v. fls. 718/725).

Por acórdão da lavra da ilustre Desembargadora Maria Laura Tavares, nova arguição de inconstitucionalidade foi suscitada, suspendendo-se, então, o julgamento do mérito do recurso, com o encaminhamento dos 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 o entendimento externado pelo órgão fracionário, citados atos normativos dispõem sobre a desafetação de área institucional de loteamento, em afronta ao artigo 180, inciso VII, da Constituição Estadual, quer em sua redação original, vigente ao tempo em que editados, na qual aludida alteração de destinação era totalmente vedada, quer posteriormente à vigência das Emendas Constitucionais nºs 23/2007 e 26/2008, que a permitiam, porém mediante a devida compensação ou justificação da dispensa, que não foram previstas nas

Acesso ao Sumário

leis questionadas (v. fls. 736/745).

Oportunizou-se, então, nova vista à Procuradoria de Justiça, que opinou pelo acolhimento do incidente (v. fls. 752/756).

É o relatório.

A presente arguição de inconstitucionalidade foi suscitada em face do artigo 3º da Lei nº 804, de 26 de agosto de 1991, e da Lei nº 1.039, de 4 de julho de 1996, ambas do Município de Jandira, que dispõem, *in verbis*:

"**Lei nº 804/1991**:

Artigo 1º) Fica o Executivo Municipal autorizado a desafetar, por Decreto, as glebas que especifica, que terão como finalidade o 'Projeto Habitacional de Casa Própria'[1].

(...)

Artigo 3º) Uma gleba de terra com área de 4.341,30 m² (quatro mil, trezentos e quarenta e um metros e trinta decímetros quadrados), que se localiza na Rua Natalício Oliveira Cesar – Jardim do Líbano, neste Município.

Lei nº 1.039/1996:

Artigo 1º) O artigo 1º, da Lei nº 804, de 26 de agosto de 1991, passa a vigorar com a seguinte redação:

'ARTIGO 1º) Fica o Executivo Municipal autorizado a desafetar por Decreto, as glebas que especifica nos artigos posteriores, que terão como finalidade o 'Projeto Habitacional da Casa Própria'.

PARÁGRAFO ÚNICO – Excetua-se da finalidade expressa no 'caput', a gleba de terra com 4.341,30 m² (quatro mil, trezentos e quarenta e um metros e trinta decímetros quadrados), que se localiza na Rua Natalício Oliveira César, Jardim do Líbano, neste município, cujo objeto é a permuta com área desapropriada'

Artigo 2º) Fica revogado o artigo 3º, da Lei nº 804, de 26 de agosto de 1991.

Artigo 3º) Continuam em vigência os artigos 2º, 4º, 5º, 6º, 7º, 8º, 9º, 10, 11, 12, 13, 14, 15 e 16, da Lei nº 804, de 26 de agosto de 1991.

Artigo 4º) Esta lei entrará em vigor na data de sua publicação, ficando revogadas as disposições em contrário".

O voto condutor do acórdão proferido na Apelação Cível nº 0003331-54.2009.8.26.0299, que suscitou o incidente de inconstitucionalidade em causa, deixou assentado, precisamente, que:

"Discute-se a constitucionalidade das Leis Municipais de Jandira nºs 804/91 (art. 3º) e 1.039/96, que dispõem sobre a desafetação de área

1 Disposição não impugnada no incidente, reproduzida para simples conhecimento.

Acesso ao Sumário

institucional de loteamento sem a devida compensação do patrimônio coletivo ou a justificação da dispensa e a sua permuta com área desapropriada pertencente aos corréus.

Trata-se de área objeto de parcelamento ilegal do solo constante da matrícula nº 50.161 do Cartório de Registro de Imóveis de Barueri, surgida após a aprovação do loteamento denominado Jardim do Líbano, sendo certo que naquele momento foi destinada à área institucional do parcelamento e, como tal, incorporada ao patrimônio da Municipalidade de Jandira.

No momento da edição das Leis Municipais nºs 804/91 e 1.039/96 estava em vigor a redação original do artigo 180 da Constituição do Estado de São Paulo que, ao dispor sobre as diretrizes e normas relativas ao desenvolvimento urbano, vedava a alteração da destinação, fim e objetivos das áreas definidas como verdes ou institucionais em projeto de loteamento.

É certo que essa regra foi mitigada pelas Emendas Constitucionais 23/2007 e 26/2008, passando a ser admitida a alteração da destinação, fim e objetivos dessas áreas em determinadas situações, desde que realizada a devida compensação ou formalmente justificada a sua dispensa:

'***Artigo 180 – No estabelecimento de diretrizes e normas relativas ao desenvolvimento urbano, o Estado e os Municípios assegurarão:***

(...)

VII – as áreas definidas em projetos de loteamento como áreas verdes ou institucionais não poderão ter sua destinação, fim e objetivos originariamente alterados, exceto quando a alteração da destinação tiver como finalidade a regularização de:

a) loteamentos, cujas áreas verdes ou institucionais estejam total ou parcialmente ocupadas por núcleos habitacionais de interesse social destinados à população de baixa renda, e cuja situação esteja consolidada ou seja de difícil reversão;

b) equipamentos públicos implantados com uso diverso da destinação, fim e objetivos originariamente previstos quando da aprovação do loteamento;

c) imóveis ocupados por organizações religiosas e para suas atividades finalísticas.

§ 1º – As exceções contempladas nas alíneas a e b do inciso VII deste artigo serão admitidas desde que a situação das áreas objeto de regularização esteja consolidada até dezembro de 2004, e mediante a realização de compensação, que se dará com a disponibilização de outras áreas livres ou que contenham equipamentos públicos já implantados nas proximidades das áreas

Acesso ao Sumário

objeto de compensação.

§ 2º – A compensação de que trata o parágrafo anterior poderá ser dispensada, por ato fundamentado da autoridade municipal competente, desde que nas proximidades da área pública cuja destinação será alterada existam outras áreas públicas que atendam as necessidades da população.

§ 3º – A exceção contemplada na alínea '***c***' ***do inciso VII deste artigo será permitida desde que a situação das áreas públicas objeto de alteração da destinação esteja consolidada até dezembro de 2004, e mediante a devida compensação ao Poder Executivo Municipal, conforme diretrizes estabelecidas em lei municipal específica.***'

Todavia, é forçoso reconhecer que a Lei Municipal nº 804/1991 autorizou a desafetação de glebas de terra, dentre as quais a área institucional objeto desta demanda, antes de existir previsão constitucional permitindo tal modificação e sem estabelecer qualquer compensação ao patrimônio coletivo ou justificar a sua dispensa:

'***Artigo 1º) Fica o Executivo Municipal autorizado a desafetar, por Decreto, as glebas que especifica, que terão como finalidade o Projeto Habitacional de Casa Própria.***

(...)

Artigo 3º) Uma gleba de terra com área de 4.341,30 m² (quatro mil, trezentos e quarenta e um metros e trinta decímetros quadrados), que se localiza na Rua Natalício Oliveira Cesar Jardim de Líbano, neste Município.'

Merece ser observado que a Lei Municipal nº 1.039/1996 adicionou o parágrafo único ao art. 1º da Lei nº 804/1991 para excetuar daquela finalidade a gleba de terra '*sub judice*', destinando-a à permuta com área desapropriada:

'***Artigo 1º) O artigo 1º, da Lei nº 804, de 26 de agosto de 1991, passa a vigorar com a seguinte redação:***

ARTIGO 1º) Fica o Executivo Municipal autorizado a desafetar por Decreto, as glebas que especifica nos artigos posteriores, que terão como finalidade o Projeto Habitacional da Casa Própria.

PARÁGRAFO ÚNICO Excetua-se da finalidade expressa no caput, a gleba de terra com 4.341,30 m² (quatro mil, trezentos e quarenta e um metros quadrados e trinta decímetros quadrados), que se localiza na Rua Natalício Oliveira César, Jardim do Líbano, neste município, cujo objeto é a permuta com área desapropriada'.

Em razão da desafetação de referida área institucional foi firmado o Termo de Acordo de fls. 113/116, em 07.08.1996, através do qual a Municipalidade de Jandira permutou a gleba de terra que, originariamente, era área institucional do loteamento Jardim do Líbano por outro lote de

Acesso ao Sumário

terreno de propriedade dos corréus, que havia sido expropriado pela Municipalidade para fins de prolongamento de logradouro público, a título de indenização pela desapropriação.

Anoto, por oportuno, não ser o caso de aplicação da exceção prevista no inciso VII, alínea 'a', do artigo 180 da Constituição do Estado de São Paulo, pois à época da desafetação este dispositivo ainda não integrava a Constituição Estadual e a área não estava '*total ou parcialmente ocupada por núcleos habitacionais de interesse social destinados à população de baixa renda, e cuja situação esteja consolidada ou seja de difícil reversão*'.

Assim, na hipótese dos autos, encontram-se presentes indícios de inconstitucionalidade das leis municipais que, possuindo efeitos concretos reservados aos atos administrativos, desafetaram área institucional do loteamento sem a devida compensação do patrimônio municipal, merecendo ser anotado que em casos análogos o C. Órgão Especial deste E. Tribunal de Justiça já declarou a inconstitucionalidade de dispositivos semelhantes:

'***Incidente de inconstitucionalidade. Incidente suscitado pela 11ª Câmara da Seção de Direito Público do Tribunal de Justiça objetivando a declaração de inconstitucionalidade da Lei Municipal nº 1.528/97 do Município de Tambaú, que desafetou área institucional reservada em loteamento, alterando sua destinação para conceder direito de uso a entidade privada filantrópica, para destinação especial e diversa da prevista originalmente. Alteração vedada pela Constituição Estadual. Inconstitucionalidade da lei municipal em face dos arts. 180, VII, e 144 da Constituição Paulista. Arguição incidenter tantum procedente***' **(Incidente de Inconstitucionalidade de Lei nº 172.801-0/7-00 – Órgão Especial, Rel. Des. JOSÉ SANTANA j. 01.04.2009)**" (v. fls. 92/95).

E tais argumentos devem realmente prevalecer.

Com efeito, a gleba de terra cuja desafetação fora autorizada pelo artigo 3º da Lei Municipal nº 804/91, prevendo a Lei Municipal nº 1.039/96 a sucessiva "permuta com área desapropriada", tratava-se de área institucional do loteamento denominado Jardim do Líbano, matriculado sob nº 50.161 no Cartório de Registro de Imóveis de Barueri (v. fl. 222).

Todavia, ao tempo em que editadas as leis municipais questionadas, o artigo 180, inciso VII, da Constituição do Estado de São Paulo, dispunha expressamente que:

"Artigo 180 – (...)

(...)

VII – as áreas definidas em projeto de loteamento como áreas verdes ou institucionais não poderão, em qualquer hipótese, ter sua destinação, fim

Acesso ao Sumário

e objetivos originariamente estabelecidos, alterados".

Como se vê, os atos normativos impugnados dispõem contrariamente a expressa previsão constitucional, cuidando-se de fato que prescinde de maiores ilações.

É certo que, posteriormente, as Emendas Constitucionais nº 23/2007 e nº 26/2008 introduziram alterações nessa citada disposição constitucional, que passou a estabelecer, *in verbis*:

> "Artigo 180 – No estabelecimento de diretrizes e normas relativas ao desenvolvimento urbano, o Estado e os Municípios assegurarão:
>
> (...)
>
> VII – as áreas definidas em projetos de loteamento como áreas verdes ou institucionais não poderão ter sua destinação, fim e objetivos originariamente alterados, exceto quando a alteração da destinação tiver como finalidade a regularização de:
>
> a) loteamentos, cujas áreas verdes ou institucionais estejam total ou parcialmente ocupadas por núcleos habitacionais de interesse social destinados à população de baixa renda, e cuja situação esteja consolidada ou seja de difícil reversão;
>
> b) equipamentos públicos implantados com uso diverso da destinação, fim e objetivos originariamente previstos quando da aprovação do loteamento;
>
> c) imóveis ocupados por organizações religiosas para suas atividades finalísticas.
>
> § 1º – As exceções contempladas nas alíneas 'a' e 'b' do inciso VII deste artigo serão admitidas desde que a situação das áreas objeto de regularização esteja consolidada até dezembro de 2004, e mediante a realização de compensação, que se dará com a disponibilização de outras áreas livres ou que contenham equipamentos públicos já implantados nas proximidades das áreas objeto de compensação.
>
> § 2º – A compensação de que trata o parágrafo anterior poderá ser dispensada, por ato fundamentado da autoridade municipal competente, desde que nas proximidades da área pública cuja destinação será alterada existam outras áreas públicas que atendam as necessidades da população.
>
> § 3º – A exceção contemplada na alínea 'c' do inciso VII deste artigo será permitida desde que a situação das áreas públicas objeto de alteração da destinação esteja consolidada até dezembro de 2004, e mediante a devida compensação ao Poder Executivo Municipal, conforme diretrizes estabelecidas em lei municipal específica".

Acesso ao Sumário

Impende considerar, no entanto, que aludida alteração constitucional não produz qualquer reflexo no incidente sob exame, voltado ao exame da compatibilidade das normas questionadas com a Ordem Constitucional vigente

ao momento em que editadas, o que, como já visto precedentemente, não ocorreu.

De qualquer modo, ainda que apenas *ad argumentandum tantum* fosse desconsiderada tal restrição procedimental, forçoso reconhecer a inconstitucionalidade da legislação municipal objurgada também sob a égide da nova redação do aludido artigo 180, inciso VII, da Carta Estadual, haja vista que a hipótese ali tratada não se amolda a nenhuma das exceções previstas nos incisos "a" a "c" e parágrafos 1º a 3º daquele dispositivo, permanecendo restrita à regra geral, a qual prevê que as "as áreas definidas em projetos de loteamento como áreas verdes ou institucionais não poderão ter sua destinação, fim e objetivos originariamente alterados".

Em suma, a desafetação prevista no artigo 3º da Lei Municipal nº 804/91, cuja finalidade foi posteriormente alterada pela Lei Municipal nº 1.039/96, encontra textual vedação no artigo 180, inciso VII, da Constituição do Estado de São Paulo, tanto em sua redação original, quanto naquela que lhe impuseram as Emendas Constitucionais nº 23/2007 e nº 26/2008, evidenciando realmente a incompatibilidade vertical aduzida pelo órgão fracionário.

Na verdade, os vícios de inconstitucionalidade das disposições legais municipais objeto do incidente em causa foram bem delimitados pela ilustre Procuradoria-Geral de Justiça, ao realçar, na justa medida, que:

> "A Lei n. 804, de 26 de agosto de 1991, autorizou o Poder Executivo a desafetar por decreto várias glebas de terra para atendimento do Projeto Habitacional de Casa Própria (fls. 105/107) e inclusive, segundo consta da petição inicial, a delimitada no art. 3º que foi definida em loteamento registrado como área institucional (fl. 04).
>
> Em 04 de julho de 1996 foi editada a Lei n. 1.039 (fl. 112) alterando o *caput* do art. 1º da Lei n. 804/91 e acrescentou-lhe parágrafo único para excepcionar da finalidade indicada a gleba descrita no art. 3º desta que, aliás, foi por ela revogado no art. 2º daquela.
>
> O art. 180 da Constituição do Estado de São Paulo na redação vigente à época da edição dessas leis municipais assim dispunha em seu inciso VII:
>
> 'as áreas definidas em projeto de loteamento como áreas verdes ou institucionais não poderão, em qualquer hipótese, ter sua destinação, fim e objetivos originariamente estabelecidos alterados'.
>
> O contraste das normas locais com o parâmetro constitucional denota a inconstitucionalidade daquelas.
>
> Sabe-se que a inconstitucionalidade é congênita, nunca superveniente e que o controle de constitucionalidade é descabido se houver alteração substancial do parâmetro constitucional. Neste sentido:
>
> '(...) 2. A cláusula de reserva de plenário (*full bench*) é aplicável

Acesso ao Sumário

somente aos textos normativos erigidos sob a égide da atual Constituição. 3. As normas editadas quando da vigência das Constituições anteriores se submetem somente ao juízo de recepção ou não pela atual ordem constitucional, o que pode ser realizado por órgão fracionário dos Tribunais sem que se tenha por violado o art. 97 da CF. Precedentes: AI-AgR 582.280, Segunda Turma, Rel. Min. Celso de Mello, DJ 6.11.2006 e AI 831.166-AgR, Segunda Turma, Rel. Min. Gilmar Mendes, Dje de 29.4.2011' (STF, AgR-ARE 705.316-DF, 1ª Turma, Rel. Min. Luiz Fux, 12-03-2013, m.v., DJe 17-04-2013).

Destarte, 'a alteração da Carta inviabiliza o controle concentrado de constitucionalidade de norma editada quando em vigor a redação primitiva' (STF, ADI-MC 3.833-DF, Tribunal Pleno, Rel. Min. Marco Aurélio, 19-12-2006, m.v., DJe 13-11-2008), sendo julgada 'prejudicada a ação direta quando, de emenda superveniente à sua propositura, resultou inovação substancial da norma constitucional que – invocada ou não pelo requerente – compunha necessariamente o parâmetro de aferição da inconstitucionalidade do ato normativo questionado' (STF, ADI 2.112-MC, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, 15-05-2002, DJ 18-05-2001). Neste sentido:

'(...) Prejudicialidade da ação direta quando se verifica inovação substancial no parâmetro constitucional de aferição da regra legal impugnada. Precedentes. (...)' (STF, ADI 2.197-RJ, Tribunal Pleno, Rel. Min. Maurício Corrêa, 10-03-2004, v.u., DJ 02-04-2004).

Mas, essa orientação é própria apenas para o controle de constitucionalidade concentrado, não se aplicando ao incidental. De qualquer sorte, a modificação do parâmetro provocada pelas Emendas Constitucionais n. 23/07 e n. 26/08 não altera a convicção de inconstitucionalidade das leis locais.

As alterações introduzidas contemplaram exceção à proibição do inciso VII do art. 180 para permitir a alteração de destinação que objetive a regularização de: loteamentos, cujas áreas verdes ou institucionais estejam total ou parcialmente ocupadas por núcleos habitacionais de interesse social destinados à população de baixa renda, e cuja situação esteja consolidada ou seja de difícil reversão; equipamentos públicos implantados com uso diverso da destinação, fim e objetivos originariamente previstos quando da aprovação do loteamento; e imóveis ocupados por organizações religiosas para suas atividades finalísticas.

Essa exceção é condicionada aos requisitos. Exige-se que a situação das áreas objeto de regularização esteja consolidada até dezembro de 2004, e mediante a realização de compensação, que se dará com a disponibilização de outras áreas livres ou que contenham equipamentos públicos já implantados nas proximidades das áreas objeto de compensação (art. 180, § 1º), podendo ser dispensada essa medida, entretanto, por ato fundamentado da autoridade municipal competente,

Acesso ao Sumário

desde que nas proximidades da área pública cuja destinação será alterada existam outras áreas públicas que atendam as necessidades da população (art. 180, § 2º).

Ou seja, se não bastasse a inconstitucionalidade congênita pela incompatibilidade das leis locais com o inciso VII do art. 180 da Constituição Estadual em sua redação primitiva, as leis locais seriam consideradas não recepcionadas em face de inexistência de compensação exigida pela alteração do parâmetro constitucional" (v. fls. 753/756).

Aliás, nesse mesmo sentido, precedentes deste Colendo Órgão Especial, lançados em casos análogos ao dos autos, decidiram que:

"Ação direta de inconstitucionalidade – Lei municipal que autoriza permuta de áreas verdes e institucionais fixadas em projetos de loteamentos aprovados, admitindo, inclusive, compensação com áreas menores – Violação aos arts. 144 e 180, VII, § 1º, da Constituição Estatual – Disciplina constitucional que proíbe a alteração dos fins e definições de tais áreas, a não ser em hipóteses excepcionais que não estão presentes no caso – Possibilidade ampla de permutas que favorece a lesão às expectativas dos particulares e riscos à proteção ambiental e à qualidade de vida da comunidade – Declaração com efeitos 'ex nunc', nos termos do art. 27, da Lei 9.869/99, para preservar situações consolidadas e a segurança jurídica – Ação procedente" (v. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 0142820-28.2012.8.26.0000, relator Desembargador ENIO ZULIANI, j. 30/01/2013);

"INCIDENTE DE INCONSTITUCIONALIDADE – Município de Caçapava – Lei Complementar Municipal nº 101/1998 – Normas que dispuseram sobre a desafetação de bem de uso comum do povo, área institucional (praça) integrante de loteamento urbano e autorizaram sua permuta com imóvel de propriedade particular – Afronta aos arts. 180, VII e 144, ambos da Carta Constitucional Paulista – Incidente acolhido, inconstitucionalidade total decretada" (v. Incidente de Inconstitucionalidade nº 0056648-83.2012.8.26.0000, relator Desembargador ALVES BEVILACQUA, j. 12/09/2012);

"INCIDENTE DE INCONSTITUCIONALIDADE DE LEI – Lei nº 2.435/2002 do Município de Salto, que desafetou área verde definida em projeto de loteamento, para ceder seu uso a entidade de natureza privada, alterando a destinação originariamente estabelecida – Descabimento – Afronta aos artigos 180, inciso VII, e 144, ambos da Constituição Estadual – Precedentes deste Órgão Especial – Arguição de Inconstitucionalidade procedente" (v. Incidente de Inconstitucionalidade nº 0267438-79.2011.8.26.0000, relator Desembargador RENATO NALINI, j. 18/01/2012).

Nesse passo, forçoso reconhecer a inconstitucionalidade do artigo 3º da

Acesso ao Sumário

Lei nº 804, de 26 de agosto de 1991, e da Lei nº 1.039, de 4 de julho de 1996, ambas do Município de Jandira, por violação ao disposto no artigo 180, inciso VII, da Constituição Estadual.

Ante o exposto, julga-se procedente a arguição, restituindo-se os autos à Colenda Quinta Câmara de Direito Público deste Tribunal de Justiça, para que prossiga no julgamento do recurso de apelação interposto nos autos da presente ação civil pública.

Conflitos de Competência

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Conflito de Competência nº 0070780-77.2014.8.26.0000, da Comarca de Mogi-Guaçu, em que é suscitante 28ª CÂMARA DE DIREITO PRIVADO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO, é suscitado 12ª CÂMARA DE DIREITO PÚBLICO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em Órgão Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "JULGARAM O CONFLITO PROCEDENTE E COMPETENTE UMA DAS CÂMARAS DA SEÇÃO DE DIREITO PÚBLICO (ENTRE A 14ª, 15ª E 18ª CÂMARAS) DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 32.280)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores JOSÉ RENATO NALINI (Presidente sem voto), 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, 19 de novembro de 2014.

ANTONIO CARLOS MALHEIROS, Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: CONFLITO DE COMPETÊNCIA – Apelação interposta contra r. sentença prolatada em ação de execução fiscal visando o recebimento de débitos oriundos de mensalidades escolares – Parte litigante que pertence à Municipalidade de Mogi-Guaçu – Pessoa Jurídica de Direito Público – Tema relativo à competência afeta às Câmaras de Direito Público do Egrégio Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, consoante se infere da Resolução 623/13, inciso II, desta Corte – Dúvida acolhida, reconhecida a competência Seção de Direito Público dentre a 14ª, 15ª e 18ª Câmaras.

VOTO

Trata-se de dúvida suscitada pela 28ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo em razão do V. Acórdão, proferido pela 12ª Câmara de Direito Privado, que se deu por incompetente para o julgamento do recurso de Apelação nº 0008946-93.2010.8.26.0362 interposto contra r. sentença prolatada em ação de execução fiscal visando o recebimento de débitos oriundos de mensalidades escolares.

É o relatório.

Depreende-se da petição inicial (fls. 02/04) e dos documentos que a instruíram, tratar-se Apelação Cível, interposto contra r. sentença prolatada em ação de execução fiscal visando o recebimento de débitos oriundos de mensalidades escolares.

Distribuídos os presentes autos à 12ª Câmara de Direito Público, através de voto proferido pelo do Eminente relator sorteado, foi determinada a remessa dos autos à distribuição da Seção de Direito Privado, tendo os autos sido redistribuídos à 28ª Câmara desta Seção.

Traçada esta premissa, verifica-se que a competência para apreciar e julgar o presente é da Seção de Direito Público.

A discussão sobre o menu processual utilizado para a satisfação das mensalidades não pagas pelo devedor é irrelevante.

Na verdade estamos diante de uma ação onde uma das partes é pessoa jurídica de direito público, prestadora de serviços que tem como mantenedora uma Fundação Pública, pertencentes ao Município de Mogi Guaçu.

Consoante se infere da Resolução nº 605/2013, art. 3º, inciso II, deste Tribunal:

Acesso ao Sumário

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:

II – 14ª, 15ª e 18ª Câmaras, com competência preferencial para as ações relativas a tributos municipais e execuções fiscais municipais, tributárias ou não.

Como bem observado no parecer da Procuradoria Geral de Justiça, afirma que a competência firma-se pelos termos do pedido inicial.

Como se infere dos autos, a pretensão inicial é de ressarcimento de serviços educacionais prestados, por ente pertencente ao Poder Executivo Municipal, assim a competência preferencial merece ser destinada à Egrégia Seção de Direito Público dentre a 14ª, 15ª e 18ª Câmaras.

Isto posto, acolhe-se a presente dúvida e julga-se competente Seção de Direito Público dentre a 14ª, 15ª e 18ª Câmaras, determinando-se a redistribuição dos autos.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Conflito de Competência nº 0067044-51.2014.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é suscitante CÂMARA ESPECIAL DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO, é suscitada 9ª CÂMARA DE DIREITO CRIMINAL DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em Órgão Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "JULGARAM O CONFLITO PROCEDENTE E COMPETENTE A 9ª CÂMARA DE DIREITO 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 32.054)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores JOSÉ RENATO NALINI (Presidente sem voto), JOÃO CARLOS SALETTI, ROBERTO MORTARI, 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, ELLIOT AKEL,

Acesso ao Sumário

GUERRIERI REZENDE, ANTONIO CARLOS MALHEIROS, FERREIRA RODRIGUES e EVARISTO DOS SANTOS.

São Paulo, 3 de dezembro de 2014.

MÁRCIO BARTOLI, Relator

Ementa: Conflito Negativo de Competência entre a 9ª Câmara de Direito Criminal e a Câmara Especial. Agravo interposto contra decisão que, em sede de execução penal, rejeitou exceção de incompetência oposta pelo Ministério Público. Competência da Câmara Especial não verificada porquanto a matéria tratada nos autos de origem não se encontra entre as previstas no parágrafo único do artigo 33 do Regimento Interno do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Precedentes deste Órgão Especial. Conflito julgado procedente. Competência da 9ª Câmara de Direito Criminal reconhecida.

VOTO

1. Trata-se de conflito de competência suscitado pela Câmara Especial deste Tribunal de Justiça no julgamento do Agravo em Execução Penal nº 0188142-37.2013.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que aquela Câmara declina de sua competência, entendendo tratar-se de feito cuja matéria se insere na competência da 9ª Câmara de Direito Criminal. A suscitante argumenta que o agravo foi interposto em sede de incidente processual de exceção de incompetência do Juízo de origem e não de conflito de competência – essa sim, matéria afeta a sua competência. Ressalta caber às Câmaras da Seção de Direito Criminal a apreciação de recurso de agravo em execução penal interposto contra decisão que apreciou exceção de incompetência (fls. 62/70).

A Câmara suscitada, por seu turno, declinou de sua competência baseando-se no disposto no artigo 222 do Regimento Interno deste Tribunal ("*Os conflitos de jurisdição e de competência, entre autoridades judiciárias da Justiça Comum do Estado, e os conflitos de atribuição, entre autoridades administrativas de diferentes Poderes do Estado ou dos Municípios, serão dirimidos pela Câmara Especial, ressalvada a competência do Órgão Especial*").

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 (fls. 81/84).

2. **O conflito de competência deve ser julgado procedente, reconhecendo-se a competência da 9ª Câmara de Direito Criminal.**

O Agravo em Execução Penal nº 0188142-37.2013.8.26.0000 foi interposto contra decisão do Juízo de origem que rejeitou exceção de incompetência oposta pelo Ministério Público (fls. 13). A competência da Câmara Especial está disciplinada no parágrafo único do artigo 33 do Regimento Interno deste Tribunal, que assim dispõe: "*Art. 33. A Câmara Especial, presidida pelo Vice-Presidente do Tribunal, é integrada pelos Presidentes das Seções e pelo Decano. Parágrafo único. Competirá à Câmara Especial processar e julgar: I – as exceções de suspeição e impedimento de juiz de primeiro grau; II – os conflitos de competência entre juízes e de atribuição, ressalvada a competência do Órgão Especial; III – os agravos de instrumento em exceções de incompetência, quando a matéria incluir-se na sua competência recursal; IV – os processos originários e os recursos em matéria de Infância e Juventude; V – os recursos das decisões originárias do Corregedor Geral da Justiça, nos processos disciplinares relativos a titulares e servidores das serventias judiciais, delegados dos serviços notariais e de registro e oficiais de justiça*" (grifado).

Analisando os elementos dos autos, verifica-se que a matéria tratada no presente feito não se encontra no rol do dispositivo acima citado.

Como já decidiu este Órgão Especial em casos análogos a este – em que também suscitante a Câmara Especial e suscitada a 9ª Câmara de Direito Criminal – **o recurso de agravo em execução penal não se confunde com o de agravo de instrumento**: "*Conflito de competência. Agravo manejado contra decisão de 1º grau, que rejeitou exceção de incompetência oposta em sede de execução criminal. Distribuído o recurso à 9ª Câmara de Direito Criminal, sua apreciação foi rejeitada, com determinação de remessa à Câmara Especial, onde suscitado este conflito negativo.*

1. A hipótese em comento é a do 'agravo' previsto no artigo 197, da LEP Lei 7.210/84, não coincidindo com aquela prevista no artigo 33, III, do RITJ, que arrola o 'agravo de instrumento' como atribuição da Câmara Especial, interposto 'em exceções de incompetência, quando a matéria incluir-se na sua competência recursal'.

2. É reservada a competência da Câmara Especial para as situações elencadas no artigo 222, do Regimento Interno, onde não se insere a hipótese presente.

3. Acolheram o conflito para declarar competente a 9ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça, para apreciar e julgar o agravo interposto na exceção de incompetência oposta em sede de execução penal em 1º grau". (Conflito de Competência nº 0052323-94.2014.8.26.0000, rel. Des. Vanderci Álvares, j. 27.08.2014).

"*(...) Com efeito, o Agravo interposto encontra-se especificado no art. 197 da Lei 7.210/84 (Lei de Execuções Penais), não coincidindo com o 'agravo*

Acesso ao Sumário

de instrumento' previsto no art. 33, III, do Regimento Interno, aplicável apenas quando a matéria se incluir na competência recursal da Turma Especial, o que não ocorre no presente caso. Assim, tratando-se o agravo de recurso interposto contra decisão interlocutória em sede de execução penal, a competência para apreciá-lo é de uma das Câmaras Criminais do Tribunal de Justiça". (Conflito de Competência nº 0067046-21.2014.8.26.0000, rel. Des. Neves Amorim, j. 12.11.2014).

Ademais, o artigo 222 do Regimento Interno desta Corte, em que se baseou a Câmara suscitada para declinar de sua competência, refere-se a "*conflitos de jurisdição e de competência, entre autoridades judiciárias da Justiça Comum do Estado*". O artigo 114 do Código de Processo Penal estabelece: "*Haverá conflito de jurisdição: I – quando duas ou mais autoridades judiciárias se considerarem competentes, ou incompetentes, para conhecer do mesmo fato criminoso; II – quando entre elas surgir controvérsia sobre unidade de juízo, junção ou separação de processos*". Ao rejeitar a exceção de incompetência oposta, o Juízo da 5ª Vara das Execuções Criminais da Comarca de São Paulo reconheceu-se competente para presidir o processo de execução, inexistindo manifestação de outra autoridade judiciária no mesmo sentido. No caso em análise, portanto, não existe conflito de jurisdição ou de competência.

Desse modo, não há que se falar em competência da Câmara Especial para apreciação do agravo em execução penal em tela.

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 em execução penal[2] – tem **natureza de direito penal**.

Nos termos do artigo 2º da Resolução nº 623/2013 deste Órgão Especial, compete às Câmaras da Seção de Direito Criminal o julgamento das ações penais em geral. E, consoante fls. 40, o recurso foi distribuído à Câmara suscitada por prevenção.

Com efeito, cabe à 9ª Câmara de Direito Criminal a análise do agravo em execução penal em comento.

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.

3. Ante o exposto, julga-se procedente o conflito para reconhecer a competência da 9ª Câmara de Direito Criminal. Remetam-se os autos à Câmara suscitada.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Conflito de Competência nº 0067409-08.2014.8.26.0000, da Comarca de Bauru, em que é suscitante 10ª CÂMARA DIREITO PÚBLICO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO, é suscitada 35ª 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 35ª CÂMARA 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 27.221)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores JOSÉ RENATO NALINI (Presidente sem voto), 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, ADEMIR BENEDITO, LUIZ ANTONIO DE GODOY, NEVES AMORIM, BORELLI THOMAZ, JOÃO NEGRINI FILHO, JOSÉ DAMIÃO PINHEIRO MACHADO COGAN, EROS PICELI, ELLIOT AKEL e GUERRIERI REZENDE.

São Paulo, 10 de dezembro de 2014.

XAVIER DE AQUINO, Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: CONFLITO DE COMPETÊNCIA – AÇÃO RELATIVA À INDENIZAÇÃO POR DANOS CAUSADOS EM ACIDENTE DE VEÍCULO OFICIAL – COMPETÊNCIA QUE SE FIXA PELO PEDIDO E NÃO PELA QUALIDADE DA PARTE, AO TEOR DO ARTIGO 103 DO RITJSP. COMPETÊNCIA DA CÂMARA DE DIREITO PRIVADO, CONSOANTE O ARTIGO 5º, item III.15, DA RESOLUÇÃO Nº 623/2013, DO COLENDO

ÓRGÃO ESPECIAL. CONFLITO PROCEDENTE, COMPETENTE A 35ª CÂMARA DE DIREITO PRIVADO PARA PROCESSAR E JULGAR O RECURSO.

VOTO

Trata-se de conflito de competência suscitado pela Colenda 10ª Câmara de Direito Público em face da 35ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, tirado de recurso de apelação contra sentença que, em ação de reparação de danos decorrente de acidente de veículos, julgou procedente a ação.

Alega a Colenda Câmara suscitante que, ao teor do artigo 5º, III.15 da Resolução nº 623/2013, em se tratando de ações de reparação de danos causados por veículo, ainda que envolvam a responsabilidade civil do Estado, a competência para julgamento é da Terceira Subseção de Direito Privado, composta pelas 25ª a 36ª Câmara, razão pela qual suscita o conflito negativo de competência.

Parecer da douta Procuradoria Geral de Justiça pela procedência do conflito.

É o relatório.

O conflito de competência é de ser julgado procedente, reconhecida a competência da Colenda Câmara suscitada, 35ª Câmara de Direito Privado, para processar e julgar o presente recurso.

Com efeito, é regra do artigo 103 do Regimento Interno desta Corte, que disciplina a regra de competência jurisdicional, ***verbis***: "***Art. 103***. *A competência dos diversos órgãos do Tribunal firma-se pelos termos do* ***pedido inicial****, ainda que haja reconvenção ou ação contrária ou o réu tenha arguido fatos ou circunstâncias que possam modificá-la.*".

Na esteira de tal definição é que se entendeu, no Colendo Órgão Especial, pela irrelevância da qualidade da parte ao firmar-se a competência para julgamento, pois consoante já se decidiu, "**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...**"[1]

Neste passo, trata-se de ação de reparação de danos em acidente de veículos proposto em face da Prefeitura Municipal de Reginópolis, pretendendo

1 **Conflito de Competência nº 0159754-27.2013.8.26.0000, Rel. Des. ITAMAR GAINO, Órgão Especial, j. 23.10.2013.**

Acesso ao Sumário

o autor, com amparo nos artigos 927 c/c o artigo 186, 932 e 933, todos do Código Civil Brasileiro, ser indenizado pela importância de R$ 1.934,16, uma vez verificada a imprudência e imperícia do servidor da Requerida na condução do veículo.

É caso de aplicação, pois, da Resolução nº 623, de 16.10.13, do Colendo Órgão Especial do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo que assim dispõe:

"*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:*

III: Terceira Subseção, composta pelas 25ª a 36ª Câmaras, com competência preferencial para o julgamento das seguintes matérias:

*15. **Ações de reparação de dano causado em acidentes de veículo, ainda que envolvam a responsabilidade civil do Estado**, concessionárias e permissionárias de serviço de transporte, bem como as que digam respeito ao respectivo seguro, obrigatório ou facultativo, além da que cuida o parágrafo primeiro.*"

Com efeito, existindo norma específica tratando da questão controvertida, é caso de aplicá-la.

Neste passo tem decidido este Colendo Órgão Especial em casos semelhantes:

"*DÚVIDA DE COMPETÊNCIA. Ação de indenização por dano causado em acidente de trânsito. Veículo envolvido (supostamente causador do dano) que pertence ao Estado (Polícia Militar). Irrelevância. Recente alteração da alínea "c", do inciso III, do art. 2º da Resolução nº 194/2004, introduzida pela Resolução TJSP nº 605/2013, que definiu a competência das 25ª a 36ª Câmaras de Direito Privado para ações que versem sobre reparação de dano causado em acidente de veículo, ainda que envolvam a responsabilidade civil do Estado, concessionárias e permissionárias de serviços de transporte. Critério mantido pelo art. 5º, item III.15, da Resolução nº 623, de 16 de outubro de 2013. Dúvida procedente. Competência da C. 31ª Câmara de Direito Privado*"[2]

Diante do exposto, julgo procedente o presente conflito, declarando a competência da Colenda 35ª Câmara de Direito Privado desta Corte para processar e julgar o recurso.

Acesso ao Sumário

2 **TJSP – *CC Nº 0205311-37.2013.8.26.0000 – Rel. Des. ANTÔNIO LUIZ PIRES NETO – j. em 12 de fevereiro de 2014.***

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Conflito de Competência nº 0203743-83.2013.8.26.0000, da Comarca de Jundiaí, em que é suscitante 18ª CÂMARA DE DIREITO PÚBLICO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO, é suscitada 16ª 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 18ª CÂMARA DE DIREITO PÚBLICO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 27.734)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores JOSÉ RENATO NALINI (Presidente sem voto), EVARISTO DOS SANTOS, MÁRCIO BARTOLI, JOÃO CARLOS SALETTI, ROBERTO MORTARI, 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 ANTONIO CARLOS MALHEIROS.

São Paulo, 3 de dezembro de 2014.

FERREIRA RODRIGUES, Relator

Ementa: CONFLITO DE COMPETÊNCIA. Ação de repetição de indébito envolvendo discussão sobre cobrança indevida de taxa de conservação de rede de água e esgoto. Tributo instituído pela Lei Complementar nº 171, de 23 de novembro de 1995, do município de Jundiaí, cuja inconstitucionalidade foi reconhecida na ADIN nº 063.346.0/0-00.

Competência recursal que deve ser atribuída à Seção de Direito Público com apoio no artigo 3º, inciso II, da Resolução TJSP nº 623/2013 (tributos municipais), e não à Seção de Direito Privado, por se tratar de pretensão que envolve – como objeto principal e preponderante – o exame sobre direito à restituição de tributo recolhido com base em lei declarada inconstitucional, e não sobre prestação de serviço.

Taxa de conservação da estrutura de rede, ademais,

Acesso ao Sumário

que não se confunde com a remuneração (tarifa) do serviço de fornecimento de água, pouco importando, assim, se essa tarifa (que não é objeto de discussão na ação) tem natureza tributária, ou não. Conflito julgado procedente. Competência da 18ª Câmara de Direito Público.

VOTO

Trata-se de conflito de competência suscitado pela 18ª Câmara de Direito Público, em razão de a 16ª Câmara de Direito Privado ter-se dado por incompetente para conhecer da Apelação Cível nº 9179016-14.2007.8.26.0000, interposto nos autos da ação ordinária nº 1.614/2006, movida por Augustinho Moreno Filho contra DAE S.A. Água e Esgoto, versando sobre repetição de indébito de valores recolhidos a título de taxa de conservação de rede de água e esgoto, instituída pela Lei Complementar Municipal nº 171/95.

A C. 16ª Câmara de Direito Privado (suscitada) entende que a matéria controvertida envolve discussão sobre tributo municipal, daí resultando a competência das Câmaras que compõem a Seção de Direito Público, nos termos da Resolução TJ nº 471/2008.

A 18ª Câmara de Direito Público (suscitante), por sua vez, argumenta que "*em que pese a denominação de taxa adotada pela Lei Complementar Municipal 171/95, para a prestação de serviços de manutenção e conservação de redes de água e esgotos, cuida-se, como visto, de tarifa ou preço público, cuja natureza é não tributária*" (fl. 173), daí porque a competência deve ser atribuída à Seção de Direito Privado (fls. 170/175).

É o relatório.

Nos termos do art. 103 do Regimento Interno deste E. Tribunal de Justiça, "*a competência dos diversos órgãos do Tribunal firma-se pelos termos do pedido inicial, ainda que haja reconvenção ou ação contrária ou o réu tenha arguido fatos ou circunstâncias que possam modificá-la*".

No caso destes autos, o requerente postula "*a restituição dos valores indevidamente recolhidos a título de taxa de conservação da rede de águas e esgoto, instituída pela Lei Complementar 171/95 do Município de Jundiaí. Noticiou que o E. Tribunal de Justiça declarou a inconstitucionalidade desse diploma, operando-se o trânsito em julgado do V. Acórdão*" (fl. 127).

Trata-se, portanto, de pretensão que envolve – **como objeto principal e preponderante** – o exame sobre direito à restituição de tributo recolhido com base em lei declarada inconstitucional, e não sobre prestação de serviço, daí o reconhecimento da competência recursal da Seção de Direito Público (com

apoio no artigo 3º, inciso II, da Resolução TJSP nº 623/2013[1]).

De fato, não se poderia atribuir essa competência à Seção de Direito Privado como pretende a suscitante com base no que ficou decidido no REsp nº 1.117.903/RS, Rel. Min. Luiz Fux, j. 01/02/2000, porque a **taxa de conservação da estrutura de rede**, objeto de discussão nestes autos, não se confunde com a **remuneração do serviço de fornecimento de água** a que se refere aquele precedente. A primeira, destinada à conservação da rede (e que é objeto de exame nesta ação) foi criada na forma tributo (posteriormente declarado inconstitucional), ao passo que a segunda, referente ao fornecimento de água (e que não interessa ao desfecho da causa) representa remuneração (na forma de tarifa) pelo serviço de fornecimento de água.

Não custa lembrar, sob esse aspecto, que a Lei Complementar nº 171, de 23 de novembro de 1995 foi declarada inconstitucional exatamente porque instituiu a mencionada "*taxa*" fora das hipóteses legais, ou seja, a decisão da Ação Direta de Inconstitucionalidade distinguiu entre taxa (cobrada pela conservação da estrutura de rede) e preço público ou tarifa (referente ao fornecimento de água) e decidiu pela inconstitucionalidade do tributo (criado pela lei impugnada) referente à conservação da estrutura de rede. É esse o fundamento da pretensão de repetição de indébito, na medida em que **a controvérsia gira em torno de pagamento de tributo municipal declarado inconstitucional**, daí o reconhecimento da competência recursal da C. Câmara suscitante, nos termos do artigo 3º, inciso II, da Resolução TJSP nº 623/2013: "*14ª, 15ª e 18ª Câmaras, com competência preferencial para as ações relativas a tributos municipais e execuções fiscais municipais, tributárias ou não*".

Ante o exposto, pelo meu voto, julga-se procedente o conflito para reconhecer a competência da 18ª Câmara de Direito Público para conhecer e julgar a Apelação Cível nº 9179016-14.2007.8.26.0000.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Conflito de Competência nº 0081167-54.2014.8.26.0000, da Comarca de Ribeirão Preto, em que é suscitante 6ª CÂMARA DE DIREITO PÚBLICO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO, é suscitada 26ª CÂMARA DE DIREITO PRIVADO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em Órgão Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "JULGARAM O CONFLITO PROCEDENTE E

Acesso ao Sumário

1 "14ª, 15ª e 18ª Câmaras, com competência preferencial para as ações relativas a tributos municipais e execuções fiscais municipais, tributárias ou não".

COMPETENTE A 26ª CÂMARA DE DIREITO PRIVADO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO. V.U. IMPEDIDO O EXMO. SR. DES. EVARISTO DOS SANTOS.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 19.021)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores JOSÉ RENATO NALINI (Presidente sem voto), JOSÉ DAMIÃO PINHEIRO MACHADO COGAN, EROS PICELI, ELLIOT AKEL, GUERRIERI REZENDE, XAVIER DE AQUINO, ANTONIO CARLOS MALHEIROS, FERREIRA RODRIGUES, PÉRICLES PIZA, MÁRCIO BARTOLI, JOÃO CARLOS SALETTI, ROBERTO MORTARI, LUIZ AMBRA, FRANCISCO CASCONI, PAULO DIMAS MASCARETTI, ARANTES THEODORO, TRISTÃO RIBEIRO, ANTONIO CARLOS VILLEN, ADEMIR BENEDITO, LUIZ ANTONIO DE GODOY, NEVES AMORIM e BORELLI THOMAZ.

São Paulo, 17 de dezembro de 2014.

JOÃO NEGRINI FILHO, Relator

Ementa: CONFLITO DE COMPETÊNCIA – OBRIGAÇÃO DE FAZER – REMOÇÃO GRATUITA DE POSTE DE ENERGIA ELÉTRICA – MATÉRIA AFETA AO DIREITO PRIVADO EM RAZÃO DA NATUREZA DA OBRIGAÇÃO, AINDA QUE A RÉ SEJA CONCESSIONÁRIA DE SERVIÇO PÚBLICO – CONFLITO DIRIMIDO E JULGADO PROCEDENTE, PARA FIXAR A COMPETÊNCIA DA 26ª CÂMARA DE DIREITO PRIVADO.

VOTO

Trata-se de Conflito de Competência suscitado pela E. 6ª Câmara de Direito Público (fls. 55/59), em razão de decisão monocrática proferida pelo I. Des. Felipe Ferreira, da E. 26ª Câmara de Direito Privado (fls. 42/45), declinando da competência para julgar agravo de instrumento tirado de ação de obrigação de fazer movida em face da CPFL – Companhia Paulista de Força e Luz. O objeto da demanda é a remoção, gratuitamente, de poste de energia elétrica instalado no meio do lote do autor (e não na divisa entre lotes). O agravo foi interposto contra a decisão que indeferiu a antecipação de tutela.

É o relatório.

A 26ª Câmara de Direito Privado, por meio de decisão monocrática do Relator, não conheceu do agravo. Entendeu aquele douto Magistrado que o pedido inicial não se referia a simples prestação de serviços. Diante disso, e considerando estar no polo passivo do processo concessionária de serviço

Acesso ao Sumário

público, determinou a sua redistribuição a uma das Câmaras da Seção de Direito Público.

A 6ª Câmara de Direito Público, para a qual o feito foi redistribuído, também declinou a competência para julgamento e suscitou conflito negativo de competência ao E. Órgão Especial.

Pois bem, a competência recursal se estabelece a partir do pedido formulado na inicial, conforme prescreve o art. 100 do RITJSP.

No caso em tela, destarte, é irrelevante para a fixação da competência em 2ª instância que figure como parte concessionária de serviço (público) de fornecimento de energia elétrica.

A Resolução nº 623/13 do Tribunal de Justiça estabeleceu a competência preferencial das 11ª a 38ª Câmaras da Seção de Direito Privado para o exame de demanda que envolva a prestação de serviços regida pelo direito privado, inclusive a que trate de obrigação decorrente de contrato de fornecimento de energia elétrica (art. 5º, § 1º):

> "*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:(...)*
>
> *§ 1º – Serão de competência preferencial e comum às Subseções Segunda e Terceira, composta pelas 11ª a 38ª Câmaras as ações relativas à locação ou prestação de serviços, regidas pelo Direito Privado, inclusive as que envolvam obrigações irradiadas de contratos de prestação de serviços escolares e de fornecimento de água, gás, energia elétrica e telefonia;*"

A remoção de poste, gratuita ou onerosa, evidentemente é obrigação que decorre do contrato de prestação de serviços de energia elétrica.

Neste sentido, aliás, é o posicionamento atual do E. Órgão Especial:

> "*Conflito de competência. Obrigação de fazer. Remoção de poste instalado em frente à garagem de imóvel. Concessionária de serviço de distribuição de energia elétrica que condiciona a remoção ao pagamento de taxa pelo particular. Matéria que se insere na competência da Seção de Direito Privado, nos termos do § 1º, do art. 5º da Resolução n. 623/2013. Competência para julgar as ações* '*que versem sobre prestação de serviços, regidas pelo Direito Privado, inclusive as que envolvam obrigações irradiadas de contratos de prestação de serviços escolares e de fornecimento de água, gás, energia elétrica e telefonia*'. *Conflito julgado procedente, reconhecendo-se a competência da C. 20ª Câmara de Direito Privado deste E. Tribunal.*" (Conflito de Competência nº 0022860-10.2014.8.26.0000, rel. Des. Guerrieri Rezende, j. 28.05.2014).

Acesso ao Sumário

"*Conflito de competência. Deslocamento de poste de energia elétrica, interferindo diretamente na entrada e saída de veículos na garagem de residência particular. Não se há cogitar pelo simples fato de estar no polo passivo da demanda uma concessionária de serviço público ser a matéria afeta a Seção de Direito Público. A competência deve ser fixada em razão da matéria e não da qualidade da parte envolvida (Resolução nº. 623/2013, art. 5º, § 1º, e Regimento Interno TJSP, art. 100). Precedentes deste C. Órgão Especial. Suscitação procedente. Competência de uma das Câmaras que integram a Segunda e a Terceira Subseções do D. Privado desta Corte de Justiça.*" (Conflito de Competência nº 03209-72.2014.8.26.0000, rel. Des. Péricles Piza, j. 30.07.2014).

Diante do exposto, julgo procedente o conflito e reconheço a competência da E. 26ª Câmara de Direito Privado, a suscitada, para apreciar e julgar o presente recurso.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Conflito de Competência nº 0070772-03.2014.8.26.0000, da Comarca de Mogi Guaçu, em que é suscitante 28ª CÂMARA DE DIREITO PRIVADO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO, é suscitada 13ª CÂMARA DE DIREITO PÚBLICO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em Órgão Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "JULGARAM O CONFLITO PROCEDENTE E DETERMINARAM A REDISTRIBUIÇÃO A UMA DAS CÂMARAS ESPECIALIZADAS DA SEÇÃO DE DIREITO PÚBLICO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO. V.U. IMPEDIDO O EXMO. SR. DES. BORELLI THOMAZ.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 24971)**

Acesso ao Sumário

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores JOSÉ RENATO NALINI (Presidente sem voto), FRANCISCO CASCONI, PAULO DIMAS MASCARETTI, ARANTES THEODORO, TRISTÃO RIBEIRO, ANTONIO CARLOS VILLEN, ADEMIR BENEDITO, LUIZ ANTONIO DE GODOY, NEVES AMORIM, JOÃO NEGRINI FILHO, JOSÉ DAMIÃO PINHEIRO MACHADO COGAN, EROS PICELI, ELLIOT AKEL, GUERRIERI REZENDE, XAVIER DE AQUINO, ANTONIO CARLOS MALHEIROS, FERREIRA RODRIGUES, PÉRICLES PIZA, EVARISTO DOS SANTOS, MÁRCIO BARTOLI, JOÃO CARLOS SALETTI e ROBERTO MORTARI.

São Paulo, 17 de dezembro de 2014.

LUIZ AMBRA, Relator

Ementa: Conflito de competência – Mensalidades escolares inadimplidas – Cobrança, entretanto, visto se tratar de fundação pública municipal (fl. 8), através de execução fiscal – Forma de propositura, equivocada ou não, que dá o norte para a atribuição de competência – Conflito entre a 28ª Câmara de Direito Privado e a 13ª do Direito Público – Provimento, determinada redistribuição, entretanto, à Turma Especial do Direito Público encarregada do julgamento das execuções fiscais.

VOTO

Trata-se de conflito de competência em ação de cobrança de mensalidades escolares inadimplidas. Para havê-las, entretanto, a fundação de direito público autora ***ingressando com execução fiscal***, com base na certidão de dívida ativa de fl. 11; na qual embasou o suposto título executivo extrajudicial.

Trancada a execução pela sentença de fls. 67/69, a fls. 87/96 apelou, insistindo em que, embora se tratasse de débito não tributário (fls. 91 *in fine*, 93), poderia ser inscrito como dívida ativa e, como tal, executado.

Distribuído o apelo à 13ª Câmara de Direito Público, por decisão monocrática do Desembargador Borelli Thomaz (fls. 114/115) declinou este da competência, já que se trataria de mera cobrança de mensalidades escolares em atraso. E por acórdão da 28ª Câmara de Direito Privado foi suscitada a presente dúvida (relator Desembargador Celso Pimentel); ao fundamento de que, abstraída a natureza da cobrança, teria a exequente optado pela execução fiscal, invocando sua condição de entidade pública.

Inexistindo providências de urgência a tomar, mister não se fazendo, para levá-las a cabo, designar qualquer dos magistrados em disputa, pelo despacho inicial (fls. 131/133) se determinou simplesmente o processamento. A douta Procuradoria de Justiça se manifestando pela procedência (fls. 137/140), reconhecida a competência do Direito Público, por uma de suas Turmas especializadas.

É o relatório.

O conflito procede, mas nenhuma das Turmas envolvidas tem competência para o deslinde da matéria. Suficientemente equacionada a questão no despacho inicial (fls. 131/132) e na manifestação da douta Procuradoria.

Anoto, como o acórdão suscitante deixou claro a fl. 124, que, se se tratasse

Acesso ao Sumário

de mera execução de contrato de serviços educacionais, a competência recursal tocaria mesmo ao Direito Privado.

Ao emendar a inicial a fl. 57, entretanto, afirmou a autora que ***promovia*** "***execução fiscal***, *nos termos da lei 6830/80*" (fl. 56). Bem por isso, como está a fl. 125 – dívida ativa compreende a tributária ou a não tributária e também a prevista em contrato, nos termos da legislação de regência –, a 28ª Câmara de Direito Privado declinou da sua competência. Porque (fl. cit.) "*a competência recursal se define* ***pelos termos da petição inicial emendada***".

De acordo com o artigo 87 do CPC, nessa linha, determina-se a competência no momento em que a ação seja proposta. E nos termos, evidentemente, ***pelos quais venha a ser proposta***. Em nota a esse dispositivo anotando Theotonio Negrão (*Código*, 43ª ed., pg. 211), com arrimo no STJ, que "*a competência para a causa é fixada levando em consideração a situação da demanda,* ***tal como objetivamente proposta***". À vista da petição inicial (STJ – 2ª Seção, CC 57.685, rel. Min. Ari Pargendler), portanto.

Segue-se (ob. e pg. cits.) que "*a definição da competência para a causa se estabelece levando em consideração* ***os termos da demanda e não a sua procedência ou improcedência***, *ou a legitimidade ou não das partes, ou qualquer outro juízo a respeito da própria demanda*".

Sob essa ótica, por exceção, competente será o Direito Público. Nem que seja para declarar a impropriedade da cobrança, no seu aspecto formal. Daí a procedência do conflito, nos moldes em que formulado.

Anoto entretanto o seguinte. Para o julgamento das execuções fiscais ***municipais*** existem Turmas Especializadas (14ª, 15ª e 18ª de Direito Público), como anotado pela Procuradoria. A eles toca o julgamento não apenas daquelas onde em discussão matéria tributária, como todo e qualquer débito a admitir execução com base em ***certidão de dívida ativa*** regularmente expedida – como aqui.

Ora se determina, portanto, redistribuição a uma destas Câmaras Especializadas, por sorteio.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Conflito de Competência nº 0067047-06.2014.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é suscitante 6ª CÂMARA DE DIREITO PÚBLICO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO, é suscitada 15ª 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 UMA DAS CÂMARAS DA TERCEIRA SUBSEÇÃO DE DIREITO PRIVADO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 20.595)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores JOSÉ RENATO NALINI (Presidente sem voto), VANDERCI ÁLVARES, ARANTES THEODORO, ANTONIO CARLOS VILLEN, ADEMIR BENEDITO, NEVES AMORIM, BORELLI THOMAZ, JOÃO NEGRINI FILHO, CARLOS BUENO, GRAVA BRAZIL, EROS PICELI, ELLIOT AKEL, GUERRIERI REZENDE, XAVIER DE AQUINO, ANTONIO CARLOS MALHEIROS, FERREIRA RODRIGUES, EVARISTO DOS SANTOS, MÁRCIO BARTOLI, ROBERTO MORTARI, LUIZ AMBRA e FRANCISCO CASCONI.

São Paulo, 21 de janeiro de 2015.

PAULO DIMAS MASCARETTI, Relator

Ementa: CONFLITO DE COMPETÊNCIA – Recurso de apelação interposto em ação de cobrança de valores de complementação de aposentadoria, devida em razão de plano de previdência privada – Competência para exame e julgamento do recurso que se firma segundo o pedido inicial, consoante o disposto no artigo 100 do RITJSP – Contratos de previdência privada que têm natureza securitária, conceito que se insere dentre as "ações e execuções referentes a seguro de vida e acidentes pessoais", às quais faz menção o artigo 5º, inciso III, item III.8, da Resolução nº 623/2013 – Precedentes deste Órgão Especial e do Grupo Especial de Câmaras de Direito Privado desta Casa – Julgamento do apelo em causa que, nesse passo, não se insere dentre as atribuições conferidas à Câmara suscitante e nem tampouco naquelas da Câmara suscitada, mas à 3ª Subseção de Direito Privado deste Tribunal de Justiça de São Paulo – Conflito conhecido e provido para fixar a competência de uma dentre as 25ª a 36ª Câmaras de Direito Privado desta Corte para processar e julgar o presente recurso.

Acesso ao Sumário

VOTO

Cuida-se de Conflito de Competência suscitado nos autos da Apelação Cível nº 3000874-43.2013.8.26.0562, sendo encaminhados ao Órgão Especial desta Corte para dirimi-lo.

O presente recurso de apelação foi originariamente distribuído à 15ª Câmara de Direito Privado (v. fls. 546), que, por acórdão da lavra do Desembargador Vicentini Barroso, declinou de sua competência para exame e julgamento do feito, por envolver questões relativas a plano de previdência privada, determinando sua remessa a uma das Câmaras que compõem a Seção de Direito Público deste Tribunal (v. fls. 549/553).

Os autos foram redistribuídos à 6ª Câmara de Direito Público (v. fl. 557), que, por aresto relatado pela Desembargadora Silvia Meirelles, igualmente não conheceu do apelo e suscitou o incidente em causa, sob o fundamento de que o exame de ações que versam sobre contrato de previdência privada cabe às Colendas Câmaras de Direito Privado, integrantes da 1ª Subseção, consoante pacífica jurisprudência do Órgão Especial desta Corte (v. fls. 561/565).

A Procuradoria de Justiça opinou pelo reconhecimento da competência da Subseção I de Direito Privado para processar e julgar o apelo interposto nos autos (v. fls. 572/577).

É o relatório.

O artigo 100 do Regimento Interno deste Tribunal de Justiça de São Paulo dispõe, *in verbis*:

> "*Art. 100. A competência dos diversos órgãos do Tribunal firma-se pelos termos do pedido inicial, ainda que haja reconvenção ou ação contrária ou o réu tenha arguido fatos ou circunstâncias que possam modificá-la*".

No caso vertente, não há qualquer controvérsia entre os órgãos fracionários suscitante e suscitado acerca da natureza da demanda sob exame, voltada à condenação dos acionados ao pagamento de diferenças relativas à complementação de aposentadoria estabelecida em plano de previdência privada do corréu Economus, ao qual se filiou a autora em razão de contrato de trabalho que manteve, quando em atividade, junto à Nossa Caixa S.A., posteriormente incorporada pelo também corréu Banco do Brasil S.A..

Acesso ao Sumário

E o artigo 2º, inciso II, alínea "a", da Resolução nº 194/2004 do Tribunal de Justiça, com a redação que lhe atribuíram a Resolução nº 281/2006 e o Assento Regimental nº 382/2008, estabelecia que:

> "Artigo 2º – A composição e competência das Seções do Tribunal de Justiça, a partir da extinção dos Tribunais de Alçada, passam a ser:
>
> (...)
>
> II – Seção de Direito Público – 17 (dezessete) Câmaras numeradas

ordinalmente, incluídas as existentes, assim distribuídas:

a) 1ª a 13ª Câmaras, com competência preferencial da atual Seção de Direito Público do Tribunal de Justiça".

A "competência preferencial" a que faz alusão essa norma era definida, à época, pelo Provimento nº 63/2004 da Egrégia Presidência desta Corte, que em seu anexo I estabeleceu a competência da Seção de Direito Público para o processamento e julgamento das "ações relativas a concursos públicos, servidores públicos em geral e **questões previdenciais**, inclusive as ações fundadas na Lei Estadual nº 4.819, de 26 de agosto de 1958" (g.n.) (item I).

E tal preceito foi integralmente mantido no art. 3º, inciso I, item I.1, da Resolução nº 623/2013, deste Tribunal, que atualmente informa o fracionamento da competência dos órgãos jurisdicionais de segunda instância.

Em razão dessas disposições normativas, este Colendo Órgão Especial vinha reiteradamente decidindo que competia às Câmaras da Seção de Direito Público desta Corte a apreciação de demandas envolvendo "questões previdenciais", dentre as quais estaria inserida a ação sob exame.

Não obstante, a partir do julgamento do Conflito de Competência nº 0197362-59.2013.8.26.0000, em 29 de janeiro de 2014, cujo acórdão teve a relatoria do Desembargador Arantes Theodoro, este órgão colegiado modificou tal entendimento que vinha prevalecendo, passando a assentar, precisamente, que:

> "Na linha ditada pelo artigo 103 do Regimento Interno, a citada Resolução[1] adota como critério para a fixação da competência a matéria sobre a qual versa a propositura.
>
> Assim, conforme esteja a ação fundada em direito criminal, público ou privado, o recurso deverá então ser julgado por uma das Câmaras da correspondente Seção.
>
> Compreende-se que seja desse modo, dada a conveniência da especialização no trato das matérias submetidas à instância recursal.
>
> Por isso, nenhum motivo existe para se supor que, ao fazer uso do rótulo 'questões previdenciais', o artigo 3º da citada Resolução tenha querido alocar na Seção de Direito Público tanto as demandas pertinentes à previdência dos servidores públicos, como as fundadas em contratos celebrados por particular com entidades abertas e regidos pelo direito privado.
>
> Com efeito, aquela expressão não pode ser compreendida fora do contexto do próprio dispositivo no qual se insere.
>
> Ora o texto versa sobre ações especificamente atinentes a concursos públicos, servidores públicos em geral, pensões e aposentadorias de funcionários de autarquias (Lei Estadual 4.819/58).

Acesso ao Sumário

1 Resolução nº 623/2013 deste Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

Logo, há que se concluir que o termo 'questões previdenciais', lá contido, diz respeito apenas e tão somente às questões pertinentes à previdência dos servidores e funcionários públicos.

Destarte, no caso de propositura fundada em contrato de previdência privada o recurso há de ser julgado pelas Câmaras da Seção de Direito Privado, mais especificamente pelas que formam a 1ª Subseção, isso nos termos do artigo 5º, item I, nº 37, da antes indicada Resolução, eis que se cuida de competência residual".

E, desde então, precedentes deste Colendo Órgão Especial vêm confirmando esse posicionamento, porém sob novo argumento:

"No caso destes autos, o autor entende ter sido prejudicado em contratos de previdência privada celebrados com a instituição ré em razão dos quais teria aplicado a quantia de R$ 12.070,84 e, quando do resgate, teve direito ao crédito de apenas R$ 5.377,15, que corresponde a menos de 50% do valor investido, daí porque pede a restituição da diferença, com acréscimo de indenização pelos danos sofridos.

Em casos dessa natureza, envolvendo '*questões previdenciais*', a competência vinha sendo atribuída à Seção de Direito Público, mas, recentemente, no julgamento do Conflito de Competência nº 0191001-26.2013.8.26.0000, de que foi relator o Desembargador Arantes Theodoro, j. 05/02/2014, este C. Órgão Especial passou a distinguir entre previdência dos servidores públicos e previdência contratada por particulares para – com base nessa diferenciação – estabelecer que somente a primeira pode ser enquadrada na hipótese do artigo 3º, inciso I.1, a Resolução TJSP nº 623/2013: '*Ações relativas a concursos públicos, servidores públicos em geral, questões previdenciais e ações fundadas na Lei Estadual nº 4.819/1958*':

'*Competência recursal. Propositura que versa sobre contrato de previdência privada. Julgamento afeto às Câmaras da 1ª Subseção de Direito Privado. Expressão 'questões previdenciais', contida no art. 3º da Resolução 623/2013, que não pode ser compreendida fora do contexto. Inexistência de motivo para se supor que o dispositivo tenha querido alocar na Seção de Direito Público não apenas as demandas pertinentes à previdência dos servidores públicos, como, ainda, as fundadas em contratos celebrados por particular com entidades abertas e regidos pelo direito privado. Conflito acolhido.*'

Com relação aos contratos de Previdência Privada, portanto, a competência deve ser atribuída à Seção de Direito Privado, não com base na sua competência residual, como inicialmente havia sido decidido, mas, com apoio no artigo 5º, inciso III.8, da mesma Resolução, que prevê a competência da Terceira Subseção para as '*ações e execuções referentes a seguro de vida e acidentes pessoais*', pois, existe entendimento consolidado no C. Superior Tribunal de Justiça no

Acesso ao Sumário

sentido de que esse tipo de contrato tem natureza securitária:

'*A participação no plano oferecido pela previdência privada ocorre com a celebração do contrato previdenciário. Através deste negócio jurídico o participante transfere à entidade certos riscos sociais ou previdenciários, mediante o pagamento de contribuições, a fim de que, ocorrendo determinada situação prevista contratualmente, obtenha da entidade benefícios pecuniários ou prestação de serviços. A obrigação da entidade previdenciária, portanto, é atividade de natureza securitária*' (REsp. 306.155-MG, 3ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, v. un., Relª. Minª. Nancy Andrighi, em 19/11/01, DJ de 25/2/02, p. 377)" (v. Conflito de Competência nº 0200083-81.2013.8.26.0000, relator Desembargador FERREIRA RODRIGUES, j. 17/09/2014).

E tal entendimento pacificou-se neste colegiado e também perante o Grupo Especial de Câmaras de Direito Privado, onde tem sido reiteradamente averbado que:

"CONFLITO DE COMPETÊNCIA. Suscitação pela 9ª Câmara de Direito Público, que recebeu os autos da 26ª Câmara de Direito Privado. Afirmação, pela suscitante, porém, não da competência da suscitada, mas de uma das Câmaras da Primeira Subseção de Direito Privado, às quais, em precedentes que cita, foi atribuída a competência para julgar as ações envolventes da previdência privada. Matéria, no entanto, de competência de uma das Câmaras da Terceira Subseção, e não da Primeira, como decidiram em precedentes recentes o Grupo Especial de referida Seção e o Órgão Especial. Conhecimento do conflito como dúvida.

COMPETÊNCIA. Ação monitória. Ação derivada de 'plano de previdência privada, denominado VGBL ... Bradesco VGBL Fix Renda Fixa Prime'. Competência de uma das Câmaras da Terceira Subseção da Seção de Direito Privado (25ª a 36ª). Conflito conhecido como dúvida e julgado procedente para declarar competente a Câmara suscitada (26ª Câmara de Direito Privado)" (v. Conflito de Competência nº 0043467-44.2014.8.26.0000, Órgão Especial, relator Desembargador JOÃO CARLOS SALETTI, j. 19/11/2014);

"CONFLITO DE COMPETÊNCIA. Previdência privada. Natureza securitária e contratual da previdência privada complementar. Precedentes do Grupo Especial da Seção de Direito Privado. Conflito procedente, determinada a redistribuição do recurso a uma das Câmaras da Subseção de Direito Privado III" (v. Conflito de Competência nº 0069970-05.2014.8.26.0000, Órgão Especial, relator Desembargador LUIZ ANTONIO DE GODOY, j. 29/10/2014);

"Conflito de Competência. Previdência Privada. Discussão acerca da manutenção de benefício previdenciário complementar. Competência

Acesso ao Sumário

recursal da Seção de Direito Privado III desta Corte. Precedentes deste Órgão Especial. Conflito julgado procedente, com o encaminhamento dos autos à redistribuição" (v. Conflito de Competência nº 0047326-68.2014.8.26.0000, Órgão Especial, relator Desembargador Roberto Mortari, j. 29/10/2014);

"CONFLITO DE COMPETÊNCIA. Previdência privada. Revisão do aumento da alíquota de contribuição. Natureza securitária e contratual da previdência privada. Competência preferencial da Terceira Subseção de Direito Privado. Precedentes do Órgão Especial e deste Grupo Especial. Conflito de competência procedente para fixar a competência da 27ª Câmara de Direito Privado" (v. Conflito de Competência nº 0075820-40.2014.8.26.0000, Grupo Especial de Câmaras de Direito Privado, relator Desembargador J. B. FRANCO DE GODOI, j. 27/11/2014);

"Conflito de competência entre a 10ª e a 28ª Câmaras de Direito Privado. Compete às Câmaras que integram a Subseção de Direito Privado III o julgamento de ações que versem sobre previdência privada complementar, por se tratar de contrato de natureza securitária. Exegese do art. 5º, inciso III, item III.8, da Resolução nº 623/13. Precedentes do Col. Grupo Especial. Conflito de competência procedente, para declarar competente a 28ª Câmara de Direito Privado" (v. Conflito de Competência nº 0072922-54.2014.8.26.000, Grupo Especial de Câmaras de Direito Privado, relator Desembargador GOMES VARJÃO, j. 27/11/2014).

Em suma, o pedido veiculado na lide diz respeito a plano de previdência complementar privada, matéria cujo exame é atualmente afeto à competência da 3ª Subseção de Direito Privado deste Tribunal de Justiça, por aplicação da regra contida no artigo 5º, inciso III, item III.8, da Resolução nº 623/2013, deste Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, razão pela qual o conhecimento do apelo em tela não se insere dentre as atribuições da Câmara suscitante e nem tampouco naquelas da Câmara suscitada.

Ante o exposto, conhece-se do conflito, fixada a competência de uma dentre as 25ª a 36ª Câmaras integrantes da Subseção de Direito Privado III desta Corte para processar e julgar o presente recurso.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Conflito de Competência nº 0075897-49.2014.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é suscitante 2ª CÂMARA DE DIREITO PÚBLICO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO, é suscitada 24ª 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 24ª 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 31312)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores JOSÉ RENATO NALINI (Presidente sem voto), NEVES AMORIM, BORELLI THOMAZ, JOÃO NEGRINI FILHO, CARLOS BUENO, GRAVA BRAZIL, ENIO ZULIANI, EROS PICELI, ELLIOT AKEL, GUERRIERI REZENDE, ANTONIO CARLOS MALHEIROS, FERREIRA RODRIGUES, PÉRICLES PIZA, EVARISTO DOS SANTOS, MÁRCIO BARTOLI, ROBERTO MORTARI, LUIZ AMBRA, FRANCISCO CASCONI, PAULO DIMAS MASCARETTI, VANDERCI ÁLVARES, ARANTES THEODORO, ANTONIO CARLOS VILLEN e ADEMIR BENEDITO.

São Paulo, 28 de janeiro de 2015.

LUIZ ANTONIO DE GODOY, Relator

Ementa: CONFLITO DE COMPETÊNCIA – Indenização – Dano moral – Prestação de serviços escolares – Causa de pedir que consiste em suposto defeito na prestação de serviços educacionais – Artigo 5º, § 1º, da Resolução 623/2013, do Órgão Especial desta Corte – Competência das Subseções de Direito Privado II e III – Conflito procedente, reconhecida a competência da 24ª Câmara de Direito Privado.

VOTO

Trata-se de conflito de competência suscitado pela 2ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo nos autos da Apelação nº (...), da qual não conhecera a 24ª Câmara de Direito Privado, sob o fundamento de que a matéria debatida no feito seria de competência de uma das Câmaras de Direito Público, "*por não se tratar de ação relativa a ensino em geral, não se reportando a obrigações irradiadas de contrato de prestação de serviços escolares*" (fls. 189). Entende a suscitante ser hipótese de competência comum à Segunda e Terceira Subseções de Direito Privado, vez que se cuidaria de "*ação de indenização de danos morais e materiais, fundamentada em contrato de prestação de serviços educacionais*" (fls. 205). A Procuradoria de Justiça manifestou-se pelo reconhecimento da competência da Câmara suscitada (fls. 217/222).

É o relatório.

Acesso ao Sumário

Segundo se observa dos autos, ajuizou o autor "ação indenizatória" (fls. 2), alegando, em síntese, ter sido aluno da ré, instituição privada de ensino, tendo sido dela indevidamente expulso. Afirma que "a ré deve ser responsabilizada pela sua atitude negligente, eis que não cumpriu com suas obrigações, mormente quanto à falta de atendimento e aplicação dos princípios educacionais a que está sujeita, e mesmo sabedora de seu erro, acarretou ao autor inúmeros dissabores sociais e familiares" (fls. 10), pelo que pretendeu sua condenação no pagamento de indenização por danos morais e materiais.

O artigo 3º, I.6, da Resolução 623/2013, do Órgão Especial desta Corte, prevê que será de competência da Seção de Direito Público o julgamento de "*ações relativas a ensino em geral, ressalvado o disposto no § 1º, do art. 5º, desta Resolução*".

No caso em exame, a causa de pedir consiste em suposto defeito na prestação de serviços escolares pela requerida em relação ao autor, razão pela qual a ação não se insere dentre aquelas atribuíveis à Seção de Direito Público, senão, *in casu*, à Subseção de Direito Privado II, por força da disposição específica do artigo 5º, § 1º, da mencionada Resolução.

Importante ter em mente, ainda, que "*a definição da competência para julgamento da demanda está adstrita à natureza jurídica da lide, definida em função do pedido e da causa de pedir*" (Conflito de Competência nº 108.138-SC, 2ª Seção do Superior Tribunal de Justiça, v. un., Relª. Minª. Nancy Andrighi, em 25/8/10).

Neste sentido, assim já decidiu este Colendo Órgão Especial.

> "COMPETÊNCIA RECURSAL – A fixação da competência recursal se define pela lide descrita na inicial no tocante ao fundamento jurídico e a intenção preponderante das partes – Pedido que diz respeito à prestação de serviço escolar – Obrigação típica de direito privado, decorrente de contrato de prestação de serviços escolares. Conflito procedente – Competência da Câmara suscitante" (Conflito de Competência nº 0029669-21.2011.8.26.0000, São Paulo, Órgão Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, v. un., Rel. Des. Sousa Lima, em 24/8/11).

> "Conflito de competência. Indenização por danos morais. Processo seletivo para curso de química. Após a inscrição no curso, houve a comunicação de erro na classificação. Matéria que se insere na competência da Seção de Direito Privado III. Alínea 'd' do inciso III do artigo 2º da Resolução n. 194/2004. Competência para julgar as ações 'que versem sobre prestação de serviços, regidas pelo Direito Privado, inclusive as que envolvam obrigações irradiadas de contratos de prestação de serviços escolares e de fornecimento de água, gás,

energia elétrica e telefonia'. Precedentes desta Corte de Justiça. Conflito julgado procedente, reconhecendo-se a competência da C. 20ª Câmara de Direito Privado deste E. Tribunal" (Conflito de Competência nº 0017112-94.2014.8.26.0000, Ribeirão Preto, Órgão Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, v. un., Rel. Des. Guerrieri Rezende, em 23/4/14).

Mutatis mutandis, vale também mencionar precedente do Colendo Grupo Especial da Seção de Direito Privado:

"CONFLITO DE COMPETÊNCIA – Ação de indenização por danos morais – Autora que alega ter sofrido bullying de outros alunos dentro da instituição de ensino-ré – Petição inicial que narra suposta omissão da ré em adotar medidas cabíveis para evitar os transtornos sofridos pela autora – Relação contratual – Prestação de serviços educacionais – Conflito de competência procedente para fixar a competência da 26ª Câmara de Direito Privado" (Conflito de Competência nº 0034046-30.2014.8.26.0000, São Paulo, Grupo Especial da Seção de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, v. un., Rel. Des. J.B. Franco de Godoi, em 7/8/14).

Diante disso, tratando-se de demanda atinente à prestação de serviços escolares, compete à Câmara integrante das Subseções de Direito Privado II e III o julgamento de ações desta sorte, considerado o disposto no artigo 5º, § 1º, da Resolução 623/2013, do Órgão Especial desta Corte.

Nestas circunstâncias, reconhecida a competência da 24ª Câmara de Direito Privado (suscitada), julga-se procedente o conflito.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Conflito de Competência nº 0076522-83.2014.8.26.0000, da Comarca de Franca, em que é suscitante 29ª CÂMARA DE DIREITO PRIVADO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO, é suscitada 10ª CÂMARA DE DIREITO PÚBLICO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em Órgão Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "JULGARAM O CONFLITO PROCEDENTE E COMPETENTE A 29ª CÂMARA DE DIREITO PRIVADO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO. V.U. IMPEDIDO O EXMO. SR. DES. JOÃO NEGRINI FILHO.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 32.208)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores JOSÉ RENATO NALINI (Presidente sem voto), ROBERTO MORTARI, LUIZ

Acesso ao Sumário

AMBRA, FRANCISCO CASCONI, PAULO DIMAS MASCARETTI, VANDERCI ÁLVARES, ARANTES THEODORO, ANTONIO CARLOS VILLEN, ADEMIR BENEDITO, LUIZ ANTONIO DE GODOY, NEVES AMORIM, BORELLI THOMAZ, CARLOS BUENO, GRAVA BRAZIL, ENIO ZULIANI, EROS PICELI, ELLIOT AKEL, GUERRIERI REZENDE, ANTONIO CARLOS MALHEIROS, FERREIRA RODRIGUES, PÉRICLES PIZA e EVARISTO DOS SANTOS.

São Paulo, 28 de janeiro de 2015.

MÁRCIO BARTOLI, Relator

Ementa: CONFLITO DE COMPETÊNCIA. AÇÃO INDENIZATÓRIA DECORRENTE DE ACIDENTE AUTOMOBILÍSTICO CAUSADO POR ÁRVORE CUJA MANUTENÇÃO SERIA RESPONSABILIDADE DE PRESTADORA DE SERVIÇO PÚBLICO. APLICAÇÃO DO ART. 5º, INCISO III.15, DA RESOLUÇÃO 623/2013 REUNIU E SISTEMATIZOU OS ATOS ADMINISTRATIVOS NORMATIVOS QUE DISCIPLINAM A COMPETÊNCIA ENTRE AS SEÇÕES DESTE TRIBUNAL DE JUSTIÇA, QUE DISPÕE SER DA TERCEIRA SUBSEÇÃO DE DIREITO PRIVADO O JULGAMENTO DESTE CASO. CONFLITO JULGADO IMPROCEDENTE. FIXADA A COMPETÊNCIA DA 29ª CÂMARA DE DIREITO PRIVADO. PRECEDENTES DESTE ÓRGÃO ESPECIAL.

VOTO

1. Trata-se de conflito de competência suscitado pela 29ª Câmara de Direito Privado deste Tribunal de Justiça no julgamento da apelação nº 0009092-84.2009.8.26.0196, da Comarca de Franca, em que aquela Câmara declinara de sua competência, entendendo tratar-se de ação cuja matéria se inseria na competência da Seção de Direito Público.

Manifestou-se a Procuradoria-Geral de Justiça pela procedência do conflito, reconhecendo-se a 29ª Câmara de Direito Privado como competente para conhecer, processar e julgar o recurso (fls. 192/7).

2. **O conflito de competência deverá ser julgado improcedente, estabelecendo-se a competência da 29ª Câmara de Direito Privado**. Com efeito, a definição de competência dos órgãos do Poder Judiciário, inclusive

Acesso ao Sumário

nas instâncias superiores, rege-se pela matéria, que é extraída dos elementos identificadores da ação fixados pelo demandante na inicial.

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*".

Tratando-se de **ação de indenização de danos materiais em veículo automotor decorrente de acidente de trânsito** por queda de uma árvore cuja manutenção seria de responsabilidade da empresa prestadora de serviço público, deverá ser observada a **Resolução 623/2013, deste Órgão Especial, publicada no DJE de 06 de novembro de 2013**. Essa resolução reuniu e sistematizou os atos administrativos normativos que disciplinam a competência entre as Seções deste Tribunal de Justiça, e **determinou expressamente ser de competência da Terceira Subseção de Direito Privado – composta pelas 25ª a 36ª Câmaras – a competência preferencial para julgamento das** "***Ações de reparação de dano causado em acidente de veículo, ainda que envolvam a responsabilidade civil do Estado, concessionárias e permissionárias de serviços de transporte, bem como as que digam respeito ao respectivo seguro, obrigatório ou facultativo*** (...)" (art. 5º, III, III.15)[1].

Nesse sentido os **precedentes deste Órgão Especial**: "*Dúvida de competência. Ação de reparação de danos. Acidente de veículos. Ação de reparação de danos decorrente de acidente de veículo, promovida em face de concessionária de transporte público. Competência recursal regulada pela Resolução nº 194/04, com as alterações advindas da Resolução nº 605/2013, dispondo que as ações de reparação de danos causado em acidente de veículo, ainda que envolvam a responsabilidade civil do Estado, concessionárias e permissionárias de serviços de transporte, é de competência das Colendas Câmaras Integrantes da Subseção de Direito Privado 3. Dúvida de competência acolhida. Competência da Colenda 27ª (Vigésima Sétima) Câmara de Direito Privado desta Egrégia Corte*" (CC 0130445-58.2013.8.26.0000, rel. Des. Roberto Mac Cracken, j. 21.08.2013). Igualmente: "*Conflito de competência. Acidente de veículo. Ação fundada na culpa do condutor do veículo. Culpa aquiliana. Responsabilidade objetiva do Estado não caracterizada. Inexistência*

1 "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:

(...)

III – Terceira Subseção, composta pelas 25ª a 36ª Câmaras, com competência preferencial para o julgamento das seguintes matérias:

(...)

III.15 – Ações de reparação de dano causado em acidente de veículo, ainda que envolvam a responsabilidade civil do Estado, concessionárias e permissionárias de serviços de transporte, bem como as que digam respeito ao respectivo seguro, obrigatório ou facultativo (7), além da que cuida o parágrafo primeiro.".

Acesso ao Sumário

de interesse público. Aplicação da Resolução 605/2013, que modificou a alínea 'c', do inciso III, do artigo 2º da Resolução nº 194/2004, incluindo na competência da 25ª à 36ª Câmaras de Direito Privado ações que versem sobre reparação de dano causado em acidente de veículo, ainda que envolvam a responsabilidade civil do Estado. Precedentes deste C. Órgão Especial. Suscitação procedente. Competência da 30ª Câmara de Direito Privado" (CC 0137872-09.2013.8.26.0000, rel. Des. Péricles Piza, j. 28.08.2013).

3. Ante o exposto, julga-se improcedente o conflito para estabelecer a **competência da 29ª Câmara de Direito Privado**, nos termos do art. 5º, inciso III.15 do Provimentos nº 623/2013, do Órgão Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo e artigo 100 do Regimento Interno. Remetam-se os autos à 29ª Câmara de Direito Privado.

Acesso ao Sumário

CÂMARA ESPECIAL

Agravos de Instrumento

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2067757-26.2013.8.26.0000, da Comarca de Osasco, em que é agravante FAZENDA DO ESTADO DE SÃO PAULO, é agravado L.O.S.C. (MENOR).

ACORDAM, em Câmara Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Por maioria, deram provimento ao recurso revogando-se a tutela antecipada deferida pelo MM. Juízo *a quo*. Vencido o 2º Juiz que declarará.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 3750)**

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, 17 de novembro de 2014.

AIRTON PINHEIRO DE CASTRO, Relator

Ementa: ANTECIPAÇÃO DE TUTELA – Disponibilização do acessório que acompanha bomba de insulina – Ausência dos requisitos do art. 273, *caput* e inciso I, do CPC – O direito à saúde, como garantia do cidadão e dever do Estado, decorre de expressa previsão constitucional e encontra-se positivado nos arts. 1º, III, 3º, IV, 5º, *caput*, 6º, *caput*, e 196 da Constituição Federal. – Ausência, porém, de comprovação da necessidade efetiva do acessório pleiteado – Recurso provido.

VOTO

Trata-se de agravo de instrumento, com pedido de efeito suspensivo, interposto pela Fazenda do Estado de São Paulo nos autos de ação de obrigação de fazer ajuizada por L.O.S.C., portador de *diabetes mellitus*, a veicular

insurgência em relação à r. decisão antecipatória dos efeitos da tutela, proferida pelo MM. Juiz de Direito da 1ª Vara da Fazenda Pública da Comarca de Osasco, impondo-lhe o fornecimento do controle remoto da bomba de infusão, no prazo de 10 (dez) dias, pena de multa diária no importe de R$ 100,00 (cem reais).

Alega, inicialmente, ser competente para conhecer e decidir a lide o Juízo da Infância e da Juventude da Comarca de Osasco, nos termos dos artigos 148, inciso IV, 208, inciso VII, e 209, todos do ECA. No mais, sustenta ausentes os requisitos para a antecipação dos efeitos da tutela. Afirma, para tanto, ter o menor recebido uma bomba de infusão judicialmente, mas foi procurado pelo laboratório que a substituiu por modelo novo, porém sem fornecer o controle remoto, objeto da ação subjacente. Entende não ter havido prescrição médica do acessório, além de ausente a possibilidade de dano. Destaca irreversibilidade da medida.

Pede, com tais argumentos, a atribuição de efeito suspensivo, assim como o provimento, para que seja reconhecida a incompetência do Juízo da Fazenda Pública, com a consequente nulidade da decisão agravada, bem como cassada a antecipação da tutela; sucessivamente, a redução da multa diária e a limitação temporal.

O pedido de atribuição de efeito suspensivo foi indeferido, porém determinada, de ofício, a remessa dos autos subjacentes ao Juízo da Infância e Juventude de Osasco, mantendo-se, contudo, a antecipação dos efeitos da tutela (fls. 70/72).

Ausente a apresentação de contraminuta (fls. 83), as informações foram prestadas pelo Juízo da Vara da Infância e Juventude (fls. 89), e a douta Procuradoria Geral de Justiça manifestou-se pelo provimento do agravo (fls. 102/104).

É o relatório.

Emerge dos autos que o agravado é portador de *Diabetes Mellitus* tipo I, diagnosticada em 04.12.2007, razão pela qual faz uso de insulina NPH, e afere glicemia de 4 a 6 vezes por dia, por meio da utilização de medicamentos e insumos fornecidos pela Prefeitura Municipal de Osasco, por força de sentença proferida em 27.01.2010 (fls. 14).

Dentre os insumos fornecidos, está o equipamento para infusão de insulina denominado "Bomba de Insulina Accu-Chek Spirit", fabricado pela *Roche*.

Consta da inicial da ação subjacente que o fabricante da referida bomba cessou a sua comercialização, substituindo-a pelo equipamento "Bomba de Insulina Accu-Chek Performa Combo", a qual possui um controle remoto denominado "Smart Control".

O agravado, procurado pela Roche, substituiu a bomba antiga, pelo novo modelo "Accu-Chek Performa Combo", porém não recebeu o controle

Acesso ao Sumário

remoto "Smart Control", sob o argumento de que os benefícios concedidos pela Prefeitura Municipal de Osasco ficam restritos ao fornecimento da bomba.

Pese tenha o Juízo *a quo* antecipado os efeitos da tutela para determinar o fornecimento do acessório "Smart Combo" ao agravado (fls. 64/65), entendo não estarem presentes, neste momento, seus requisitos autorizadores, especialmente o fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação (art. 273, *caput*, inciso I, do CPC).

Isso porque a inicial da ação subjacente veio instruída com relatórios médicos que apenas atestam a doença da qual o agravado é portador e descrevem o tratamento por ele realizado, sem sequer mencionar quais equipamentos o menor utiliza, ou apontar a necessidade do controle remoto pleiteado (fls. 27/28).

A fls. 36, novo relatório médico foi apresentado dando conta de que o menor faz uso da bomba "Accu-Chek Performa Combo", porém, novamente não especifica a imprescindibilidade da utilização do acessório "Smart Combo".

Assim, afere-se dos documentos apresentados, não ter havido indicação médica para a utilização do acessório pleiteado, cuja imprescindibilidade deverá ser aferida mercê do aprofundamento da atividade cognitiva do juízo.

Aliás, o menor diagnosticou a doença há mais de sete anos, e utilizou, por anos, equipamento de bomba de insulina aparentemente mais precário que o atualmente utilizado, desacompanhado do controle remoto "Smart Combo", circunstância a sugerir, ao menos neste juízo sumário de cognição, próprio do atual estágio procedimental, não se evidenciar a imprescindibilidade deste acessório cuja ausência aparenta não ter o condão de comprometer a eficácia do seu tratamento.

Ademais, não há provas de que o equipamento anteriormente utilizado, qual seja, a "Bomba de Insulina Accu-Chek Spirit", deixou de ser fabricada ou passou a ser inservível ao controle glicêmico.

Assim, reputo assegurado o direito à saúde do menor, não havendo comprovação, ao menos em sede de cognição sumária, da possibilidade de dano de difícil reparação decorrente do não fornecimento do acessório "Smart Combo" pleiteado pelo agravado.

Portanto, pelo meu voto, **DÁ-SE PROVIMENTO** ao recurso, revogando-se a tutela antecipada deferida pelo MM. Juízo *a quo*.

DECLARAÇÃO DE VOTO VENCIDO

(Voto nº 26.987)

Trata-se de agravo de instrumento, com pedido de efeito suspensivo, interposto pela Fazenda do Estado de São Paulo nos autos de ação de obrigação

Acesso ao Sumário

de fazer ajuizada por L.O.S.C., portador de *diabetes mellitus*, contra a r. decisão antecipatória dos efeitos da tutela, que determinou o fornecimento do controle remoto da bomba de infusão, no prazo de 10 (dez) dias, pena de multa diária no importe de R$ 100,00 (cem reais).

Sustenta a Agravante que não estão presentes os requisitos necessários para a antecipação dos efeitos da tutela, sendo certo que o Agravado recebeu uma bomba de infusão, porém sem o controle remoto objeto da ação. Entende não inexistir prescrição médica de tal acessório, além de ausente a possibilidade de dano irreparável. Aponta, ainda, a irreversibilidade da medida.

Respeitados os argumentos expostos pelo E. Relator, pelo meu voto nego provimento ao presente agravo de instrumento.

É cediço que a saúde é responsabilidade da União, Estados e Municípios.

Esta responsabilidade não pode estar restrita à lista de medicamentos e insumos elaborada pelo Ministério da Saúde (Relação Nacional de Medicamentos Essenciais – RENAME), pelos Estados ou pelos Municípios, uma vez comprovada a necessidade do paciente a um medicamento ou insumo não listado.

Os artigos 6º e 227, da Constituição Federal, garantem à criança e ao adolescente o acesso aos meios necessários ao tratamento, recuperação, habilitação ou reabilitação de toda e qualquer enfermidade.

Tais normas têm eficácia plena e aplicabilidade imediata, de acordo com o disposto no art. 5º, §§ 1º e 2º, da Carta Magna.

E, sendo a saúde direito e garantia fundamental, qualquer embaraço à sua integral fruição está sujeito à correção pelo Poder Judiciário.

Sobre o tema, dispõe ainda o Estatuto da Criança e do Adolescente:

> "**Art. 11, § 2º – Incumbe ao poder público fornecer gratuitamente àqueles que necessitarem os medicamentos, próteses e outros recursos relativos ao tratamento, habilitação ou reabilitação.**"

No caso em análise, há, sim, prova da verossimilhança.

Com efeito, o Agravado é portador de *Diabetes Mellitus* tipo I, diagnosticada em 04.12.2007, e por tal razão faz uso de insulina NPH, e afere glicemia de 4 a 6 vezes por dia, por meio da utilização de medicamentos e insumos fornecidos pela Prefeitura Municipal de Osasco, por força de sentença proferida em 27.01.2010 (fls. 14).

Conforme relatório médico (fls. 31), o Agravado necessita da "Bomba de Insulina Accu-Chek Combo", sendo que esta possui um controle remoto denominado "Smart Control", aparelho este que serve para melhor controle de dosagem do medicamento, o que se faz necessário para garantir a saúde do Agravado.

Acesso ao Sumário

E se por um lado não foi apresentada prova concreta, ao menos nesta fase processual, da imprescindibilidade do controle remoto, por outro há informação de que o controle remoto da "Bomba de Insulina Accu-Chek Combo" integra o aparelho concedido ao Agravado, e traz melhor controle da infusão de insulina, possibilitando uma melhora no controle metabólico e a redução do número de acidentes hipoglicêmicos.

Assim, a imediata necessidade do fornecimento do equipamento é decorrência da prescrição médica acostada aos autos, não se podendo falar em ausência de verossimilhança.

E quanto ao impacto no orçamento do Poder Público, pondera-se que mesmo sopesando o risco de o Estado de São Paulo não ser ressarcido ao final, se julgada improcedente a demanda, deve prevalecer o direito à saúde e à vida.

Vale ressaltar que, se alguma melhora puder se obter no quadro clínico do Agravado, com a utilização do controle remoto, deve o Poder Judiciário garanti-la, por força do que dispõe a Constituição Federal.

Este, aliás, tem sido o entendimento adotado por esta C. Câmara Especial:

> "**Agravo de Instrumento. Concessão de liminar em ação de obrigação de fazer. Fornecimento de tratamento prescrito por autoridade médica. Necessidade e imprescindibilidade comprovadas por relatórios de profissionais especialistas. Direito fundamental à saúde. Limitações orçamentárias não constituem óbice para o não cumprimento da obrigação, que não representa violação à independência dos poderes. Matéria sumulada por este E. Tribunal. Decisão mantida. Recurso desprovido**" (AI 2047672-19.2013.8.26.0000, Relatora Claudia Fanucchi).

Por fim, cabe ressaltar que o que se discute aqui é tão somente a plausibilidade do direito e necessidade da tutela antecipada, sendo que todos os demais temas devem ser debatidos na instrução processual. E na minha ótica os requisitos para a antecipação da tutela estão claros.

Pelo meu voto, pois, **nego provimento** ao agravo de instrumento.

PINHEIRO FRANCO, Desembargador Presidente da Seção de Direito Criminal, 2º Juiz vencido

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2027208-37.2014.8.26.0000, da Comarca de Laranjal Paulista, em que é agravante MUNICÍPIO DE LARANJAL PAULISTA, é agravado PROMOTOR DE JUSTIÇA DA VARA DA INFÂNCIA E JUVENTUDE DE LARANJAL

PAULISTA.

ACORDAM, em Câmara Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Agravo parcialmente provido, V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 39.790)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores EROS PICELI (VICE-PRESIDENTE) (Presidente sem voto), ARTUR MARQUES (PRESIDENTE DA SEÇÃO DE DIREITO PRIVADO) e PINHEIRO FRANCO (PRESIDENTE DA SEÇÃO DE DIREITO CRIMINAL).

São Paulo, 9 de dezembro de 2014.

GUERRIERI REZENDE, Decano e Relator

Ementa: Menor. Agravo de instrumento que se insurge, nos autos de ação civil pública, contra decisão interlocutória que determinou ao ora recorrente repassar mensalmente subvenção que contempla a integralidade das despesas apresentadas pela entidade "ACEL" (único abrigo para acolher menores no referido município). Liminar concedida parcialmente, a fim de reduzir o valor arbitrado no juízo "a quo". Dever do Município em manter abrigo para menores em situação de risco, por força do que dispõem a Constituição Federal e o Estatuto da Criança e do Adolescente. Agravo parcialmente provido.

VOTO

Trata-se de agravo de instrumento, com pedido de efeito suspensivo, interposto pela Municipalidade de Laranjal Paulista (Processo nº 0000322-60.2014.8.26.0315, fls. 1/10) em autos de ação civil pública proposta pelo Ministério Público do Estado, contra a respeitável decisão interlocutória que deferiu a liminar para lhe determinar que repassasse mensalmente subvenção que contemple a integralidade das despesas apresentadas pela entidade "ACEL" (fls. 70/73).

Acesso ao Sumário

Sustenta a agravante, em apertada síntese, que: (a) a decisão do juízo *a quo* fere a lei de responsabilidade fiscal e leis municipais que regulam a matéria; (b) aceitar a tese da inicial e da liminar proferida, importa em aumentar em mais de 200% (duzentos por cento) o gasto com subvenção a entidades, o que inviabiliza qualquer administração pública; (c) o Poder Público em momento algum pode ou deve repassar 100% (cem por cento) do custo da entidade, sendo 80% (oitenta por cento) o limite máximo de sua receita total; (d) a documentação juntada aos autos é desprovida de valor jurídico, eis que produzida unilateralmente pela

parte, sem assinatura de qualquer responsável; (e) o Chefe do Poder Executivo Municipal, dentro dos limites que lhe são impostos, tem realizado os repasses programados corretamente e (f) ofensa ao princípio da separação e independência dos Poderes (fls. 1/10).

Deferida parcialmente a liminar (fls. 146/150), foram prestadas informações (fls. 152/154), opostos embargos de declaração (fls. 168/169), que foram rejeitados (fls. 179/181), houve apresentação de contraminuta (fls. 188/196) e, nesta instância, manifestou-se a douta Procuradoria Geral de Justiça pelo desprovimento do recurso (fls. 199/205).

É o relatório.

O agravo, assim como na liminar, comporta parcial provimento.

Respeitadas as alegações da agravante, do que se depreende dos autos, tem-se que no Município de Laranjal Paulista há uma única entidade de abrigo (denominada "ACEL") para menores que se encontram em situação de risco e necessita ela, para conseguir subsistir, de urgente aporte financeiro.

E neste ponto em particular, a despeito da alegação da juntada de documentos que não teriam validade, tem-se que a situação caótica por que passa referida entidade é de notório conhecimento na localidade, valendo transcrever parte da decisão combatida:

"*Já era de conhecimento desta magistrada das dificuldades financeiras pelos quais a entidade vinha passando, desde junho de 2013, e que a mesma estava realizando pagamentos de dívidas antigas, da anterior Diretoria. Em dezembro de 2013, na visita semestral realizada, o dirigente da entidade revelou que as dívidas tinham sido quitadas, em virtude de inúmeros eventos realizados no decorrer do segundo semestre de 2013, mas que se não houvesse aporte financeiro maior a partir de janeiro de 2014, de forma mensal, a situação financeira da entidade se revelaria crítica, pois os repasses públicos não estavam sendo suficientes sequer para cobertura da folha de pagamento. Além disso, também comentou o dirigente da entidade naquela ocasião, e conforme posto pelo Ministério Público em sua inicial, as crianças, principalmente recém-nascidas, que estão ingressando na entidade estão com sérios problemas de saúde e se não tratados, de forma precoce, terão agravamentos e desdobramentos no futuro, o que demanda maior aporte financeiro e de apoio, com cuidadores especializados*" (fls. 70/71).

Na verdade, os direitos dos menores são salvaguardados pela nossa Constituição Federal:

"*Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança e ao adolescente, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-*

Acesso ao Sumário

los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão." (Grifamos).

Ademais, tal garantia vem reforçada pelo Estatuto da Criança e do Adolescente:

"*Art. 7º A criança e o adolescente têm direito à proteção, à vida e à saúde, mediante a efetivação de políticas sociais públicas que permitam o nascimento e o desenvolvimento sadio e harmonioso, em condições dignas de existência.*"

E para complementar, acrescenta com bastante propriedade o representante do Ministério Público, designado em segundo grau de jurisdição:

"*O direito dos menores em situação de risco de virem a ser recolhidos em um abrigo, em condições adequadas de atendimento, e o correlato dever do Município em prover tal tipo de assistência, decorre, ainda, das claras disposições contidas no Estatuto da Criança e do Adolescente: artigos 3º ao 7º; 15 a 18; 88, incisos I e III; e 101, inciso VII.*

Também a lei que dispõe sobre a Assistência Social (nº 8.742/93), especifica a assistência social como direito do cidadão e dever do Estado (art. 1º), e inclui, como objetivos da assistência social, a proteção da infância e da adolescência, o amparo às crianças e adolescentes carentes, a garantia dos mínimos sociais, e o provimento de condições para atender contingências sociais (art. 2º, I, II e § único), determinando a descentralização de tais serviços para os Municípios (art. 5º, I)" (fls. 203/204).

Com relação à política orçamentária, vale relembrar a lição do saudoso Desembargador Barreto Fonseca:

"*Frise-se, ainda, que eventual falta de previsão orçamentária específica para suportar tais despesas não pode servir de escudo à pessoa política, de sorte a possibilitar o descumprimento reiterado dos deveres prioritários que lhe são impostos pelo ordenamento jurídico. Em outras palavras, a satisfação do comando imposto pela tutela jurisdicional deve ser viabilizada com base nas receitas específicas já previstas no orçamento ou, se o caso, com base em créditos adicionais obtidos com a necessária autorização legislativa.*

Como se vê, a normação orçamentária municipal regrará, observada, nesse ponto, a discricionariedade administrativa, a concretização do cumprimento da obrigação constitucional do Município, satisfazendo aos direitos dos administrados usuários dos serviços" (Apelação Cível nº 165.700-0/0-00, rel. Des. Barreto Fonseca, j. 18.08.2008).

Incontestável, portanto, a incumbência da Municipalidade de Laranjal Paulista em destinar os recursos necessários para a manutenção do único abrigo que possui para atender a esse direito de menores em situação de risco, não sendo possível negar-lhe o direito invocado garantido, em vista do princípio da proteção integral dos infantes frente à legislação especial e constitucional, não

Acesso ao Sumário

podendo ela se abster deste dever legal.

Assim, ao menos em sede de cognição deste agravo, melhor se apresenta que, enquanto não exaurida a questão nos autos principais, seja mantida apenas a redução do valor dos repasses, tal como já deferido quando da análise de preliminar.

Ante o exposto, nego provimento ao recurso.

Apelações

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0010791-62.2013.8.26.0005, da Comarca de São Paulo, em que é apelante/apelado MUNICIPALIDADE DE SÃO PAULO, é apelado/apelante G.F.G.R. (MENOR).

ACORDAM, em Câmara Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento à apelação do Município de São Paulo e ao reexame necessário e deram provimento ao recurso interposto por G.F.G.R., para fixar em R$ 500,00 (quinhentos reais) os honorários advocatícios da parte vencedora, nos termos do art. 20, § 4º, do CPC. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 31.100)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores EROS PICELI (VICE-PRESIDENTE) (Presidente), GUERRIERI REZENDE (DECANO) e ARTUR MARQUES (PRESIDENTE DA SEÇÃO DE DIREITO PRIVADO).

São Paulo, 24 de novembro de 2014.

EROS PICELI, Relator e Vice-Presidente

Acesso ao Sumário

Ementa: Apelação – obrigação de fazer – ensino infantil – procedência – pretensão de reforma – impossibilidade – direito fundamental – ausência de violação aos princípios constitucionais da separação e independência dos poderes – acesso da criança à educação – ausência de intromissão indevida do Judiciário em questões de outro poder – inteligência dos artigos 205, 208, I e 211, § 2º, da CF, 53, V, 54, IV, e 208, I, do ECA – apelação do município e reexame

necessário não providos.

Apelação do menor – fixação de verba honorária decorrente da sucumbência em favor da Defensoria Pública do Estado de São Paulo – possibilidade – verba sucumbencial prevista no § 4º do art. 20 do CPC – inteligência da súmula 421 do STJ – apelação do autor provida.

VOTO

Vistos.

Trata-se de apelações interpostas pelo menor G.F.G.R. e pelo Município de São Paulo contra a sentença de fls. 34/38, proferida pela Mª. Juíza Regiane dos Santos, que, nos autos da ação de obrigação de fazer, compeliu a Municipalidade a matricular a criança G.F.G.R. em instituição de ensino infantil, na região de sua residência, até o limite de 2 quilômetros, sob pena de pagamento de multa diária no valor de R$ 100,00 em caso de descumprimento, ratificando a antecipação dos efeitos da tutela, fls. 20.

Inconformado, apela o Município de São Paulo, fls. 46/47. Sustenta que inexiste direito subjetivo à vaga em creche, pois ela não integra o ensino fundamental. Requer, ao final, a reforma da decisão de primeiro grau.

O menor, por sua vez, requer a fixação de verba honorária decorrente da sucumbência do Município, nos termos da lei complementar nº 80/94 e do art. 20 do Código de Processo Civil, fls. 48/57.

Apresentadas contrarrazões pela Defensoria Pública, fls. 74/90, e, ofertado parecer do Ministério Público, fls. 93/96, a sentença recorrida foi mantida, fls. 98.

A Procuradoria Geral de Justiça opinou pelo não provimento da apelação do Município e do reexame necessário, deixando de se manifestar a respeito do recurso interposto pelo menor, fls. 105/110.

É o relatório.

A sentença está sujeita ao reexame obrigatório, nos termos da súmula 490 do Superior Tribunal de Justiça, bem como da súmula 108 deste Tribunal.

Verifica-se que a criança está na faixa etária correspondente à vaga pleiteada, fls. 15. Depois, note-se que o documento de fls. 60 indica que até aquele momento não havia sido cumprido o determinado na antecipação da tutela concedida.

Não há como o Município negar a vaga pretendida.

A obrigação de disponibilizar gratuitamente vaga em creche próxima às residências dos menores decorre dos artigos 205, 208, IV, e 211, § 2º, da

Acesso ao Sumário

Constituição Federal, e dos 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**".

Em relação ao recurso interposto pelo menor, pequeno reparo merece a sentença, pois os honorários sucumbenciais são devidos, conforme previsto no art. 20 do CPC.

O artigo 4º, da lei complementar nº 80/94, dispõe sobre as funções institucionais da Defensoria Pública, dentre as quais a de:

"**executar e receber as verbas sucumbenciais decorrentes de sua atuação, inclusive quando devidas por quaisquer entes públicos, destinando-as a fundos geridos pela Defensoria Pública e destinados, exclusivamente, ao aparelhamento da Defensoria Pública e à capacitação profissional de seus membros e servidores**" **(inciso XXI)**.

Acesso ao Sumário

Já o artigo 141, § 2º, do Estatuto da Criança e do Adolescente prevê apenas a isenção de custas e emolumentos, mas não de honorários advocatícios.

Além disso, a condenação em honorários advocatícios decorre da regra da sucumbência, não implicando, pois, transferência compulsória e ilegal de recursos públicos.

Finalmente, nos termos da súmula 421 do Superior Tribunal de Justiça:

"**Os honorários advocatícios não são devidos à Defensoria Pública quando ela atua contra a pessoa jurídica de direito público à qual pertença**".

Os honorários advocatícios, portanto, somente não seriam cabíveis se a demanda tivesse sido ajuizada contra o Estado de São Paulo.

Nesse sentido, citam-se os seguintes precedentes jurisprudenciais:

"**PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. CONFUSÃO ENTRE CREDOR E DEVEDOR CONFIGURADA. INTELIGÊNCIA DO RECURSO ESPECIAL Nº 1.108.013/RJ SUBMETIDO AO RITO DOS RECURSOS REPETITIVOS. APLICAÇÃO DA SÚMULA 421/STJ.**

1. A Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do REsp 1.108.013/RJ, Rel. Min. Eliana Calmon, submetido ao rito do artigo 543-C do CPC, firmou o entendimento de que são devidos honorários advocatícios sucumbenciais em favor da Defensoria Pública quando patrocina demanda ajuizada contra Ente Federativo diverso do qual ela pertence.

2. No presente caso, contudo, a Defensoria Pública atua contra pessoa jurídica de direito público da qual é parte integrante, não sendo devidos honorários advocatícios, nos termos da Súmula 421/STJ.

3. Agravo regimental não provido." **(AgRg no AREsp 538.129/RJ, relator Ministro Mauro Campbell Marques, julgado em 18.9.2014).**

"**APELAÇÕES CÍVEIS – OBRIGAÇÃO DE FAZER. 1. Pedido de concessão de licença adoção – Cabimento – Menor portador de deficiência mental – Direito consagrado pelo artigo 1º da Lei Municipal nº. 9.919/85, com a redação atribuída pela Lei Municipal nº. 14.872/09 – Honorários advocatícios a cargo do Município vencido – Fixação em favor da Defensoria Pública – Possibilidade – Inexistência de confusão (Súmula 421/STJ) – Procedência da ação – Reforma parcial da sentença. 2. Recurso voluntário do Município de São Paulo não provido; recurso da autora provido.**" **(Apelação nº 0010855-30.2010.8.26.0053, 12ª Câmara de Direito Público, relator Desembargador Osvaldo de Oliveira, julgado em 27.11.2013).**

Desse modo, considerando que se trata de ação de pequena complexidade,

que discute matéria repetitiva, em que não houve necessidade de produção de prova em audiência, razoável a fixação da verba honorária em R$ 500,00 (quinhentos reais).

Do exposto, nega-se provimento à apelação do Município de São Paulo e ao reexame necessário e dá-se provimento ao recurso interposto por G.F.G.R., para fixar em R$ 500,00 (quinhentos reais) os honorários advocatícios, nos termos do art. 20, § 4º, do CPC.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 3009608-25.2013.8.26.0451, da Comarca de Piracicaba, em que é apelante P.R.G., é apelado G.F.P.B.G..

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 3974)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores EROS PICELI (VICE-PRESIDENTE) (Presidente) e RICARDO ANAFE (PRESIDENTE DA SEÇÃO DE DIREITO PÚBLICO).

São Paulo, 1 de dezembro de 2014.

CARLOS DIAS MOTTA, Relator

Ementa: APELAÇÃO. AUTORIZAÇÃO JUDICIAL PARA VIAGEM DE MENOR AO EXTERIOR. Pedido de suprimento judicial de autorização para viagem de menor ao exterior ante a discordância paterna. Indeferimento. Pretensão que se caracteriza como verdadeira alteração do regime de visitas à filha. Direito à convivência com o genitor assegurado pela lei e pelo acordo firmado judicialmente entre os genitores da criança perante o Juízo da Família. Necessidade de ajuizamento de ação nas vias próprias, assegurado ao apelado o direito ao contraditório e à ampla defesa. Competência da Vara da Família, uma vez que se trata de pedido baseado em discordância quanto ao exercício do poder familiar. Ausência de situação de risco. Recurso desprovido.

Acesso ao Sumário

VOTO

Vistos.

Trata-se de recurso de apelação (fls. 74/76) interposto por P.R.G. em razão da r. sentença de fls. 64/68, que indeferiu pedido de suprimento judicial de consentimento paterno para viagem ao exterior formulado pela apelante em face de G.F.P.B.G., em relação à menor L.G.B., filha do casal.

Em suas razões, alega, em suma, que: é aluna de doutorado da Escola Superior de Agricultura Luís de Queiroz (ESALQ) e foi aceita em programa de pós-graduação no Canadá; trata-se de oportunidade única, obtida por seu mérito; jamais viajaria sem a filha; os interesses da menor são priorizados acima de quaisquer outros; os recursos financeiros para manutenção própria e da menor advêm da bolsa de estudos obtida junto a CAPES; possui reserva financeira destinada à manutenção de ambas no exterior; o apelado não visita a menor desde as férias escolares de julho de 2013; o distanciamento entre a menor e o genitor seria de curto período e poderia ser suprido com contatos via "internet"; a menor terá oportunidade ímpar de enriquecimento cultural e pessoal, sempre em companhia da genitora; não pretende, de forma alguma, afastar a infante do genitor. Postula o provimento do recurso com inversão do julgamento.

O recurso foi recebido e regularmente processado (fls. 89).

Não foram apresentadas contrarrazões (fls. 95).

A decisão foi mantida por seus próprios fundamentos (fls. 98).

A douta Procuradoria Geral de Justiça opinou pelo desprovimento do recurso (fls. 104/105).

É o relatório.

Decido:

O recurso é desprovido pelas razões a seguir expostas.

Trata-se, em síntese, de pedido de suprimento judicial de autorização paterna para viagem ao exterior da menor L.G.B., com destino ao Canadá, em companhia de sua genitora, ora apelante.

Acesso ao Sumário

Consta que a apelante é estudante da Escola Superior de Agricultura Luiz de Queiroz (ESALQ) e obteve bolsa de estudos para realização de parte do curso em universidade do Canadá (fls. 03/04).

O curso tem previsão de duração aproximada de doze a treze meses, e a apelante requereu autorização para que a menor L. a acompanhe e com ela permaneça naquele país, até a conclusão de seus estudos.

Na verdade, trata-se de modificação do regime de guarda e regulamentação de visitas, estabelecido entre a apelante e o apelado, genitores da menor (fls. 27/36).

A apelante apresentou pedido formulado diretamente ao r. Juízo, e não

há nos autos comprovação de que tenha mantido prévio contato com o apelado, comunicando sua intenção de ausentar-se com a filha.

O apelado afirmou, em seu depoimento (fls. 50), que não recebeu nenhuma informação anterior sobre a viagem e que a apelante o comunicou, por "e-mail", sobre sua intenção de obter um "visto de viagem" norte-americano para a criança.

Com efeito, assiste razão ao genitor da menor. A questão exige a propositura de ação própria, na medida em que a ausência pretendida é de longa duração e resultaria em significativa alteração na vida da criança e no regime de visitas do genitor à menor, além de trazer maiores dificuldades de contato entre ambos.

Ademais, a apelante tem o dever de esclarecer ao pai da criança o motivo da viagem, duração e condições em que pretende manter a filha do casal.

A concordância da menor, por si só, não basta. L. convive com a genitora, que lhe presta assistência material, moral e afetiva, e não se poderia esperar outra reação da criança.

A alegação de falta de visitas regulares por parte do genitor também não justifica a via escolhida pela apelante.

A despeito dos eventuais benefícios que a menor lograria obter no caso de realização da viagem, não se pode olvidar a ruptura no direito à convivência com o genitor, devidamente regulamentado no caso em exame.

Em hipótese semelhante, referente ao conflito de competência nº 0017477-51.2014.8.26.0000, rel. Carlos Dias Motta, j. 20.6.2014, assim foi decidido por esta C. Câmara Especial:

> **CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA**. Ação de suprimento de autorização para viagem internacional. Discordância em relação ao exercício do poder familiar. Remessa do feito à Vara da Infância e Juventude. Descabimento. Ausência de situação de risco para a menor. Matéria de competência da Vara da Família e Sucessões. Precedente desta C. Câmara Especial. Inteligência do art. 148, parágrafo único, "d", da Lei 8.069/90. Conflito julgado procedente, para declarar a competência do r. Juízo suscitado.
>
> (...)
>
> Nesse contexto, impõe-se reconhecer a incompetência da Vara da Infância e Juventude para o julgamento da ação.
>
> A matéria está disciplinada no art. 148, parágrafo único, "d", da Lei 8.069/90, que expressamente prevê a competência da Vara da Infância e Juventude somente nas hipóteses em que se vislumbrar situação de risco para a criança ou adolescente (art. 98). Trata-se de pedido baseado em discordância em relação ao exercício do poder familiar.

Nesse sentido, a questão reclama exame nas vias próprias, assegurando-

Acesso ao Sumário

se ao apelado o contraditório e a ampla defesa, vale dizer, o devido processo legal, o que não ocorreu no caso em exame.

Ante o exposto, **nego provimento** ao recurso.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0016003-63.2013.8.26.0361, da Comarca de Mogi das Cruzes, em que é apelante/apelado W.C.B.P. (MENOR), é apelado/apelante MUNICÍPIO DE MOGI DAS CRUZES.

ACORDAM, em Câmara Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram parcial provimento aos recursos oficial e da Municipalidade apenas para reduzir o valor da multa diária para o montante de R$ 200,00 (duzentos reais), e deram provimento ao recurso do autor para condenar a vencida aos pagamentos dos honorários à Defensoria Pública, que fixo em R$ 700,00 (setecentos reais), corrigidos a partir desta data, V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 27.092)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores EROS PICELI (VICE-PRESIDENTE) (Presidente) e RICARDO ANAFE (PRESIDENTE DA SEÇÃO DE DIREITO PÚBLICO).

São Paulo, 26 de janeiro de 2015.

PINHEIRO FRANCO, Relator e Presidente da Seção de Direito Criminal

Ementa: Apelações e Recurso Oficial, considerado interposto. Ação de obrigação de fazer. Dever do Poder Público de fornecer educação básica, obrigatória e gratuita a criança. Pedido procedente. Reconhecimento de ausência de interesse de agir superveniente, em decorrência da satisfação da pretensão inicial pelo réu. Impossibilidade. Matrícula efetivada por força de liminar concedida. Interesse de agir presente, consistente na manutenção da decisão. 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. Manutenção da obrigação alternativa de custeio em entidade privada, em caso de

Acesso ao Sumário

descumprimento. Condenação do Município ao pagamento de honorários advocatícios à Defensoria Pública. Sucumbência e honorários suportados pelo Poder Público. Recurso do autor provido. Fixação de multa diária pelo descumprimento. Possibilidade. Valor que deve ser reduzido em obediência aos princípios da proporcionalidade e razoabilidade. Apelo da municipalidade e recurso oficial parcialmente providos para este fim.

VOTO

Trata-se de apelações interpostas contra a r. sentença que, tornando definitiva a antecipação de tutela (folhas 16/20), nos autos da ação de obrigação de fazer proposta por W.C.B.P. (criança), representada por sua genitora, R.A.B., contra o Município de Mogi das Cruzes, determinou a matrícula da criança em creche ou entidade equivalente, situada, preferencialmente, o mais próxima possível de sua residência, sob pena de ser compelido a custear as mensalidades em entidade equivalente da rede privada, pelo prazo correspondente à omissão em prestar a assistência devida e, ainda, pagamento de multa diária no valor de R$ 500,00 (folhas 75/81).

A autora recorreu, visando a condenação dos honorários advocatícios à Defensoria Pública. Prequestiona, subsidiariamente, a matéria tratada nos autos, a fim de possibilitar a interposição de eventual Recurso Extraordinário (folhas 84/90).

Por seu turno, a Municipalidade, em suas razões, apelou requerendo o recebimento do recurso no duplo efeito. Argumenta, inicialmente, que a questão debatida foi reconhecida como de repercussão geral pelo Supremo Tribunal Federal e, no mais, invoca o princípio da reserva do possível, aduzindo que o direito à educação é de implementação progressiva e não imediata, argumentando que a legislação, muito embora tenha reconhecido o direito da criança de zero a seis anos à educação, é omissa quanto às fontes de financiamento; acrescenta que o Município tem priorizado a educação infantil, buscando aumentar o atendimento a respectiva faixa etária; que o Poder Judiciário não deve substituir os Poderes Legislativo e Executivo, sob pena de afronta ao princípio da separação dos poderes, além de beneficiar os poucos que ingressam em Juízo em detrimento daqueles que se submetem ao cadastro municipal unificado, o que ainda configura burla à ordem de atendimento aos inscritos, violando os princípios da igualdade e legalidade. Por fim, aduz que a pretensão inicial foi satisfeita pelo réu, devendo o feito ser extinto por falta de interesse de agir superveniente e, ainda, que não há se falar em custeio de creche privada, por

Acesso ao Sumário

falta de amparo legal (folhas 105/114).

Regularmente processados os recursos (folhas 91 e 115), com contrarrazões (folhas 100/104 e 117/123) e manifestação do Ministério Público (folhas 125/129), opinou a douta Procuradoria Geral de Justiça pelo não provimento do recurso da Municipalidade (folhas 134/141).

É o relatório.

"Ab initio", saliento que a r. sentença está sujeita ao duplo grau de jurisdição, aplicando-se ao presente caso o disposto na Súmula 490, do Colendo Superior Tribunal de Justiça, que considera indispensável o recurso "ex officio", nos pedidos ilíquidos, independentemente do valor dado à causa.

Assim sendo, 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.

A r. sentença comporta pequeno reparo, conforme será adiante exposto.

Com efeito, não se verifica a perda superveniente do objeto mencionada pela Municipalidade, visto que a criança foi matriculada apenas após determinação judicial, por força de liminar exarada em primeiro grau.

E claro que há pleno interesse na mantença da r. decisão até o final, justamente para amparar a situação de maneira concreta e definitiva.

Vale ressaltar que, ao ensejo da propositura da ação, a criança necessitava da vaga escolar, tanto assim que, nos termos da decisão de folhas 16/20, foi-lhe concedida a vaga quando da apreciação da tutela de urgência, ocorrendo a disponibilização daquela somente depois (folhas 23), após a citação e concessão da tutela antecipada.

Nesse sentir, não há falar em perda superveniente do objeto da ação.

No mérito, cuida-se de ação de obrigação de fazer pela qual se garantiu o acesso de criança à educação infantil em creche próxima de sua residência.

Dispõe a Constituição Federal, em seu artigo 208, incisos I e IV:

"**Art. 208. O dever do estado com a educação será efetivado mediante a garantia de:**

I – educação básica obrigatória e gratuita dos 4 (quatro) aos 17 (dezessete) anos de idade, assegurada inclusive sua oferta gratuita para todos os que a ela não tiverem acesso na idade própria; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 59, de 2009)

(...)

IV – educação infantil, em creche e pré-escola, às crianças até 5 (cinco) anos de idade (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 53, de 2006)."

A regra acima há que ser interpretada de acordo com a norma estabelecida

Acesso ao Sumário

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 à dúvida 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.

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 propósito, em voto da lavra do Ministro Celso de Mello, o Supremo Tribunal Federal assim decidiu:

"**A educação infantil representa prerrogativa constitucional indisponível, que, deferida às crianças, a estas assegura, para efeito de seu desenvolvimento integral, e como primeira etapa do processo de educação básica, o atendimento em creche e o acesso à pré-escola (CF, art. 208, IV). (...) Os Municípios – que atuarão, prioritariamente, no ensino fundamental e na educação infantil (CF, art. 211, § 2º) – não poderão demitir-se do mandato constitucional, juridicamente vinculante, que lhes foi outorgado pelo art. 208, IV, da Lei Fundamental da República, e que representa fator de limitação da discricionariedade político-administrativa dos entes municipais, cujas opções, tratando-se do atendimento das crianças e creche (CF, art. 208, IV), não podem ser exercidas de modo a comprometer, com**

Acesso ao Sumário

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 do tema, em voto relatado pelo Ministro Luiz Fux, o Colendo Supremo Tribunal Federal decidiu que:

"**O atendimento gratuito da criança de zero a seis anos em creche da rede pública encerra um direito fundamental básico, de índole social, que deve 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 das crianças à unidade de ensino próxima a sua residência.

Não há falar ainda em indevida intervenção do Judiciário ou mesmo 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, 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.

Acesso ao Sumário

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 político-jurídicos que sobre eles incidem em caráter mandatório mostra-se apta a comprometer a eficácia e a integridade de direitos sociais impregnados de estatura constitucional**" (RE nº 603575 – AgR/SC, 2ª Turma, Rel. Min. Eros Grau, Julg. 20.04.2010).

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 e 65:

"**É indeclinável a obrigação do Município de providenciar imediata vaga em unidade educacional a criança ou adolescente que resida em seu território**" (Súmula 63 – Câmara Especial, DJe 14.04.2011, págs. 02/03).

"**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 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**

Acesso ao Sumário

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 – RE554075).

"**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 – AI59207).

"**1. RECURSO. Extraordinário. Inadmissibilidade. Educação infantil. Criança de até seis anos de idade. Atendimento em creche e pré-escola. Direito assegurado pelo próprio Texto Constitucional (CF, art. 208, IV). Compreensão global do direito constitucional à educação. Dever jurídico cuja execução se impõe ao Poder Público, notadamente ao Município (CF, art. 211, § 2º). Precedentes. Agravo regimental não provido. Nega-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).

Por outro lado, não há como se reconhecer a obrigação de a municipalidade promover a matrícula do menor em escola de educação infantil e afastar a determinação de custeio em estabelecimento de ensino privado, pelo descumprimento. A obrigação de arcar com as despesas em escola particular decorre, pois, do descumprimento da obrigação reconhecida.

Acerca do tema:

"**APELAÇÃO – Ensino Infantil – Sentença concessiva da**

Acesso ao Sumário

ordem em mandado de segurança para determinar a disponibilização à infante de vaga em escola de educação infantil da rede pública e, em caso de falta material de vagas, o custeio de creche particular – Preliminar visando o recebimento do recurso no efeito suspensivo – Afastamento – Decisão de acordo com as normas constitucionais e infraconstitucionais que protegem o direito ao ensino infantil – Ausência de excepcionalidade a autorizar o recebimento da apelação em seu duplo efeito – Garantia de vaga à criança por decisão judicial – Possibilidade – Exercício regular da atividade jurisdicional – Direito assegurado pela CF e pela lei ordinária – Obrigação do Município reconhecida no artigo 211 da Constituição Federal – Prova suficiente a autorizar o acolhimento do pedido – Possibilidade da aplicação de obrigação alternativa (custeio de creche particular), em hipótese excepcional, para assegurar o resultado prático da demanda, nos termos do artigo 461, § 5º, do CPC – Recursos voluntário e oficial não providos" (TJSP, Câmara Especial, Apelação nº 0009296-05.2010.8.26.0161, Rel. Martins Pinto).

Assim, há que se reconhecer o dever do Município de prover vagas em creche para crianças, em cumprimento ao que preceitua a Carta Constitucional, que não se esgota com a mera inscrição em lista de espera.

No tocante ao valor da multa diária imposta, este deve ser reduzido para R$ 200,00 (duzentos reais), montante suficiente para obter-se o desejado efeito inibitório de descumprimento da ordem judicial que guarda correlação com os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade e em obediência aos critérios da jurisprudência dominante.

Por fim, procede o pleito do autor de condenação ao pagamento de honorários advocatícios à Defensoria Pública.

Em voto proferido no RE nº 1108013/RJ, classificado como **recurso repetitivo**, a Ministra ELIANA CALMON afastou, em caso semelhante ao dos autos, a incidência da Súmula 421 do STJ, dispondo que ***a contrario sensu*, reconhece-se o direito ao recebimento dos honorários advocatícios se a atuação se dá em face de ente federativo diverso, como, por exemplo, quando a Defensoria Pública Estadual atua contra Município**.

No caso dos autos, o Município de Mogi das Cruzes foi demandado pela Defensoria Pública e, em face da sucumbência experimentada, deve arcar com a verba referente aos honorários de advogado.

O direito à verba honorária é previsto pela Lei Complementar nº 80/94, nos seguintes termos:

> Art. 4º. São funções institucionais da Defensoria Pública, dentre outras:

Acesso ao Sumário

XXI – executar e **receber as verbas sucumbenciais decorrentes de sua atuação, inclusive quando devidas por quaisquer entes públicos, destinando-as a fundos geridos pela Defensoria Pública e destinados, exclusivamente, ao aparelhamento da Defensoria Pública e à capacitação profissional de seus membros e servidores;** (grifei).

A desfiliação de Defensores Públicos dos quadros da OAB não lhes retira a capacidade postulatória e tampouco afasta o direito de perceberem verba honorária, na medida em que atua a Defensoria Pública legitimada por comando constitucional (CF, art. 134).

Sobre o tema já decidiu esta Presidência da Seção de Direito Criminal:

"**Ação de obrigação de fazer. Honorários de advogado. Sucumbência do Poder Público Municipal em ação proposta pela Defensoria Pública do Estado. Entes federativos diversos. Não incidência da Súmula 421 do Colendo Superior Tribunal de Justiça. Precedente nesse sentido. Cabimento da verba. Cabimento de recurso ex officio. Sentença mantida. Recursos improvidos**" (Ap. nº 0055974-88.2011.8.26.0114, Rel. Des. Presidente da Seção de Direito Criminal, j. 15/10/2012).

E nem se argumente que os honorários advocatícios são abarcados pela isenção de custas veiculada pelo art. 141, § 2º, do ECA, na medida em que a lei faz menção apenas às custas e despesas processuais.

Nessa linha, levando-se em conta os parâmetros estabelecidos pelo artigo 20, §§ 3º e 4º, do CPC, e considerando tratar-se de causa notoriamente repetitiva, tem-se que os honorários podem ser fixados em R$ 700,00.

Meu voto, pois, **dá parcial provimento aos recursos oficial e da Municipalidade** apenas para reduzir o valor da multa diária para o montante de R$ 200,00 (duzentos reais), e **dá provimento ao recurso** do autor para condenar a vencida aos pagamentos dos honorários à Defensoria Pública, que fixo em R$ 700,00 (setecentos reais), corrigidos a partir desta data.

Acesso ao Sumário

Apelações/Reexames Necessários

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação/Reexame Necessário

nº 0012051-71.2013.8.26.0007, da Comarca de São Paulo, em que são apelantes FAZENDA DO ESTADO DE SÃO PAULO e JUÍZO *EX OFFICIO*, é apelado D.S.F. (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 29652)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores EROS PICELI (VICE-PRESIDENTE) (Presidente sem voto), PINHEIRO FRANCO (PRESIDENTE DA SEÇÃO DE DIREITO CRIMINAL) e RICARDO ANAFE (PRESIDENTE DA SEÇÃO DE DIREITO PÚBLICO).

São Paulo, 26 de janeiro de 2015.

ARTUR MARQUES, Relator e Presidente da Seção de Direito Privado

Ementa: APELAÇÃO E REEXAME NECESSÁRIO – MANDADO DE SEGURANÇA – SAÚDE – FORNECIMENTO DE INSUMOS E MEDICAMENTOS – DIREITO À SAÚDE – CONSTITUIÇÃO FEDERAL, ECA E LEI Nº 8080/90 – DEVER DO ESTADO – NECESSIDADE MÉDICA COMPROVADA POR RECEITUÁRIO E RELATÓRIO MÉDICOS – DESNECESSIDADE DE DISCUSSÃO ACERCA DA SITUAÇÃO FINANCEIRA DA INTERESSADA – POSIÇÃO PREVALENTE NA COLENDA CÂMARA ESPECIAL – ARTS. 6º E 196, CF; ART. 11, § 2º, ECA – SENTENÇA MANTIDA – RECURSOS IMPROVIDOS.

VOTO

1. Trata-se de recurso oficial em reexame necessário e de recurso voluntário de apelação contra a r. sentença de fls. 101/102, cujo relatório se adota, que concedeu a segurança em mandado impetrado pela menor, devidamente representada, com o fim de lhe garantir o fornecimento gratuito dos insumos e medicamentos indicados na petição inicial.

A Fazenda do Estado de São Paulo apela às fls. 105/111. Alega que a ação é desnecessária para a obtenção do tratamento requerido, que é habitualmente fornecido pelo Sistema Único de Saúde. Aduz que a impetrante sequer tentou acessar o SUS para obter os materiais pleiteados, de modo que não havia qualquer

Acesso ao Sumário

necessidade da impetração. No mérito, assevera que não restou demonstrada a necessidade dos suplementos alimentares nem sua adequação ao caso da impetrante. Argumenta que o SUS não é mero dispensador de medicamentos e insumos, e não pode fornecer produtos inadequados ou ineficientes ao quadro da paciente, sendo imprescindível que a solicitação seja suficientemente fundamentada. Subsidiariamente, pede a exclusão dos honorários advocatícios. Ao final, pugna pelo provimento do recurso.

Recurso recebido no efeito devolutivo às fls. 112. Contrarrazões às fls. 115/125.

Parecer Ministerial em Primeira Instância às fls. 127/135, pela manutenção da r. sentença. Igualmente, a douta Procuradoria-Geral de Justiça opina, às fls. 141/143, pelo improvimento dos recursos, com a ressalva da obrigação de ser feita inscrição da criança no SUS e na Unidade Básica de Saúde de sua moradia para que seja possível o acompanhamento da criança, inclusive nutricional.

É o relatório.

2. Trata-se de mandado de segurança impetrado para pleitear o fornecimento de insumos e medicamentos em favor da menor autora.

Na petição inicial se afirmou a hipossuficiência financeira da família e a necessidade médica dos seguintes itens:

- Clorexedine Degermante 2%, 1 litro por mês;
- Linoleo 200 ml, 24 unidades por mês;
- Mefitel 20x30cm, 25 unidades por mês;
- Mefilex Transfer 20x50cm, 20 unidade por mês;
- Mefilex Lite 20x50cm, 20 unidades por mês;
- Mefilex Ag 10x20cm, 10 unidades por mês;
- Gaze de não tecido, 100 unidades por mês;
- Atadura de crepe 10cm, 24 unidades por mês;
- Atadura de crepe 20cm, 24 unidades por mês;
- Agulha 40x12, 60 unidades por mês;
- Soro fisiológico 0,9%, 250ml, 30 unidades por mês;
- Luva descartável Procedimento, 4 caixas por mês;
- Fita adesiva, 4 rolos por mês;
- Surgifix malha tubular 3cm, 2 caixas por mês;
- Surgifix malha tubular 6cm, 2 caixas por mês;
- Pharmaton Kids, 1 frasco por mês;
- Fortini 200ml, 90 frascos por mês;
- Cubitan, 30 frascos por mês.

Os itens foram prescritos por profissionais médicas das áreas de alergia e imunologia e dermatologia clínica e cirúrgica, para o tratamento de

Acesso ao Sumário

"epidermólise bolhosa distrópica recessiva" (CID 10 T 78.4). A petição inicial foi instruída com relatórios e receituários médicos (fls. 21/23 e 26/29), dentre outros documentos.

Ressalte-se o que atestou uma das médicas: "*D.S.F., 2 meses e 26 dias, foi avaliada ainda recém nascida devido a quadro de dermatose bolhosa. Ao exame, apresentava lesões bolhosas principalmente em extremidades (mãos e pés) e bolhas isoladas em dorso nasal, mucosa labial e raras em tronco. O quadro clínico apresentado é compatível com epidermólise bolhosa simples generalidade (dominante), dermatose que tende a melhorar com o crescimento, porém não existe tratamento disponível com finalidade de cura por se tratar de doença genética de curso crônico. O tratamento é baseado apenas em orientações quanto aos cuidados das áreas comprometidas evitando-se assim pequenos traumas, prevenindo e tratando as possíveis infecções secundárias e aconselhamento genético (CID 10 Q81)*" (fls. 28/29).

Por sua vez, a outra médica atestou: "*a menos D.S.F., 2a, portadora de Epidermólise bolhosa distrópica recessiva, necessita dos seguintes curativos e suplementos em anexo, a fim de melhorar a sua qualidade de vida e conforto (...)*" (fls. 21).

Feita a breve digressão, a r. sentença deve ser mantida.

De proêmio se afasta a preliminar de ausência de interesse processual, na medida em que o sistema jurídico brasileiro não exige o exaurimento da via administrativa como requisito para o ingresso na via judicial, em virtude do princípio da inafastabilidade da jurisdição (art. 5º, XXXV, da Constituição da República).

No mérito, é verdade que este relator adotou, em inúmeros julgados, o entendimento de que o pedido de fornecimento gratuito de medicamentos pelo Estado deveria vir amparado de comprovação de sua real necessidade, tanto sob o aspecto médico quanto sob o aspecto financeiro. Segundo essa posição, tanto a necessidade médica quanto a necessidade financeira deveriam ser avaliadas **caso a caso**, de forma **concreta** e **objetiva**, em aplicação da melhor exegese do art. 11, § 2º, do Estatuto da Criança e do Adolescente, que determina que "***incumbe ao poder público fornecer gratuitamente àqueles que necessitarem os medicamentos, próteses e outros recursos relativos ao tratamento, habilitação ou reabilitação***", posto que seria a única a se coadunar com os postulados constitucionais da dignidade da pessoa humana, da proteção da vida, da universalidade da cobertura e do atendimento integral à saúde e da igualdade[1].

1 – Corroborando essa exegese, o e. Supremo Tribunal já decidiu: "(...) DISTRIBUIÇÃO GRATUITA, A PESSOAS CARENTES, DE MEDICAMENTOS ESSENCIAIS À PRESERVAÇÃO DE SUA VIDA E/OU DE SUA SAÚDE; UM DEVER CONSTITUCIONAL QUE O ESTADO NÃO PODE DEIXAR DE CUMPRIR. O reconhecimento judicial da validade jurídica de programas de distribuição gratuita de medicamentos a pessoas carentes dá efetividade a preceitos fundamentais da Constituição da República (arts. 5º, 'caput', e 196) e representa, na concreção do seu alcance, um gesto reverente e solidário de apreço à vida

Acesso ao Sumário

Desta forma, firmei posicionamento segundo o qual a real necessidade financeira deveria ser comprovada mediante a apresentação de documentos suficientes para demonstrar a renda auferida pela família; o preço médio dos insumos, remédios ou tratamentos pleiteados; e o comprometimento dessa renda que impossibilitasse ou dificultasse demasiadamente a aquisição por conta própria desses insumos, remédios ou tratamentos. Isso poderia ser feito com a juntada dos originais ou cópias de demonstrativos de pagamento de salário ou benefício previdenciário, declarações de bens, extratos de saldo bancário, orçamentos expedidos por farmácias ou copiados de seus sites na Internet, comprovantes de despesas domésticas, tais como aluguel, água, energia elétrica, telefone, supermercado, dentre outros.

Cumulativamente, a necessidade médica seria aferida mediante a apresentação de relatórios médicos que informassem o diagnóstico acompanhado do código de classificação internacional de doenças (CID) e a opção terapêutica. O pedido poderia vir acompanhado ainda de laudos de exames médicos e, em se tratando de requerimento de fornecimento de insumos ou medicamentos, deveria vir acompanhado da respectiva receita médica. Além disso, a posologia deveria ser indicada de forma precisa.

Conforme fundamentei nestes casos, não haveria prejuízo social algum nessa exegese do art. 196 da Constituição da República e do art. 11, § 2º, do ECA, porque a pessoa efetivamente necessitada não teria dificuldades em demonstrar o preenchimento dos requisitos médicos e financeiros, juntando os documentos já referidos ou outros semelhantes. Apontei, inclusive que qualquer interpretação que se desviasse desta linha transformaria irremediavelmente o Poder Judiciário em mero dispensador de remédios, sem a necessária análise da necessidade em concreto. Em outras palavras, haveria sacrifício de toda a verba destinada à rede pública de saúde sem demonstração da necessidade real do particular que, a par dos demais necessitados, buscou em juízo seu direito[2].

Posicionei-me neste sentido nos seguintes julgados: Apelação e Reexame Necessário nº 0016788-21.2012.8.26.0309, rel. designado Des. Pinheiro Franco, j. em 25.08.2014; Apelação e Reexame Necessário nº 0028994-84.2013.8.26.0001, rel. designado Des. Ricardo Anafe, j. em 09.06.2014;

Acesso ao Sumário

e à saúde das pessoas, especialmente daquelas que nada têm e nada possuem, a não ser a consciência de sua própria humanidade e de sua essencial dignidade. Precedentes do STF" (RE 393.175-AgR/RS, rel. Min. Celso de Mello).

2 – Nos casos referidos, apontei também que custear remédios, insumos ou tratamentos médicos não padronizados ao particular que razoavelmente poderia pagar por eles – ou que deixou de demonstrar que não poderia pagar – afrontaria o princípio da isonomia e provocaria graves danos sociais, porquanto impediria que os mesmos recursos fossem utilizados em prol dos efetivamente necessitados. Assim, **dar a todo e qualquer um que o peça equivaleria a não dar aos mais carentes**, se de fato a garantia de um direito individual em face do Poder Público pressupõe um sacrifício do direito coletivo e inexoravelmente representaria, num ambiente de escassez, **escolhas trágicas**. Ademais, anotei que a preocupação com o crescente número de demandas desse tipo não é nova e pôde ser percebida já em 30 de março de 2010, quando o Conselho Nacional de Justiça editou a Recomendação nº 31, cujo teor reproduzi.

Apelação e Reexame Necessário nº 0002940-37.2012.8.26.0512, rel. designado Des. Ricardo Anafe, j. em 26.05.2014; Reexame Necessário nº 0008330-78.2013.8.26.0309, rel. designado Des. Pinheiro Franco, j. em 21.07.2014; Apelação e Reexame Necessário nº 0002457-45.2012.8.26.0370, rel. designado Des. Pinheiro Franco, j. em 30.06.2014; Apelação e Reexame Necessário nº 3002820-36.2013.8.26.0114, rel. designado Des. Pinheiro Franco, j. em 02.06.2014; Apelação e Reexame Necessário nº 0014484-10.2012.8.26.0322, rel. designado Des. Pinheiro Franco, j. em 02.06.2014; Apelação e Reexame Necessário nº 0036991-63.2010.8.26.0506, rel. designado Des. Pinheiro Franco, j. em 04.08.2014; Apelação e Reexame Necessário nº 001369-60.2013.8.26.0533, rel. designado Des. Pinheiro Franco, j. em 25.08.2014; Apelação e Reexame Necessário nº 0000989-93.2011.8.26.0204, rel. designado Des. Pinheiro Franco, j. em 25.08.2014; Apelação e Reexame Necessário nº 0014463-15.2011.8.26.0566, rel. designado Des. Pinheiro Franco, j. em 30.06.2014; e Apelação e Reexame Necessário nº 1000658-02.2013.8.26.0309, rel. designado Des. Pinheiro Franco, j. em 21.07.2014.

E, tendo restado vencido em todos os casos acima, nos quais votei por negar o fornecimento gratuito de insumos, medicamentos ou tratamentos, por falta de comprovação cumulativa de ambos os requisitos (necessidade médica e necessidade financeira), nada obstante em alguns deles tivesse concedido prazo para a juntada de documentos em Segundo Grau, **adiro ao entendimento majoritário desta Colenda Câmara Especial, por razões de justiça objetiva**. Isso porque, como já afirmei em reiterados precedentes, "***não se pode conceber justiça sem igual tratamento a situações idênticas. O direito, na qualidade de norma reguladora da vida social, não pode repousar no individualismo de opiniões. Deve constituir garantia da ordem social, que não se preserva com variações de julgamentos. (...) É certo, contudo, que a decisão judicial não se torna norma geral, mas, como a lei, revela o direito. No fundo, e em última 'ratio', o julgamento constitui forma de lição pública sobre o direito. A exigência de uniformidade de interpretações judiciárias é hoje vivamente sentida na consciência de todos***"[3].

Nesses termos, ressalte-se que, nos casos envolvendo pedido de fornecimento gratuito de insumos, remédios ou tratamentos médicos, tem prevalecido nesta Colenda Câmara Especial a tese da desnecessidade de discussão acerca da capacidade financeira do interessado, fundamentada no acesso universal e igualitário à saúde, conforme ilustrado nos seguintes excertos de acórdãos e respectivas ementas:

"***Apelação Cível e Reexame Necessário. Mandado de Segurança. Determinação judicial de medicamento. Direito à Saúde.***

3 – Segundo Tribunal de Alçada Civil, Apelação com Revisão nº 733638-0/4, j. em 23.08.2004, do qual fui relator; dentre outros.

Acesso ao Sumário

Segurança concedida. Garantia fundamental consagrada em norma de eficácia plena e aplicabilidade imediata. Responsabilidade solidária entre os entes públicos federados. Ausência de violação aos princípios da separação dos poderes e da discricionariedade administrativa. Sentença proferida em consonância com a jurisprudência já consolidada na Câmara Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo. Necessidade médica comprovada pelos documentos trazidos aos autos. Desnecessidade da discussão acerca da capacidade financeira do interessado. Inteligência dos artigos 6º e 196 da Constituição Federal, bem como do artigo 11, § 2º, do Estatuto da Criança e do Adolescente. Hipótese, ademais, em que se presume a necessidade financeira. Recursos voluntários e oficial improvidos.

(...)

Resta apreciar a questão da necessidade financeira, ponto em que respeitosamente ousei divergir do entendimento do Ilustre Relator sorteado.

Com efeito, como já exposto acima, a responsabilidade de todos os entes públicos federados, União, Estados e Municípios, quanto ao direito à saúde, prevista nos artigos 6º e 227 da Constituição Federal, em especial o acesso aos meios necessários ao tratamento, recuperação, habilitação ou reabilitação de toda e qualquer enfermidade, decorre do direito erigido a garantia fundamental, público e subjetivo assegurado à criança e ao adolescente. Tem berço em norma de eficácia plena e aplicabilidade imediata, a rigor do artigo 5º, § 1º da Constituição Federal de 1988.

*O artigo 196, da Carta Política, por sua vez, prevê 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**'.*

Saúde é direito de todos e dever do Estado. E a norma constitucional referida é clara o bastante no sentido de que o acesso à saúde é universal e igualitário, de sorte que independe das condições pessoais do cidadão (inclusive financeiras), até porque tratada a questão, como já dito, no capítulo dos direitos e garantias fundamentais.

A Lei Maior é clara:

'***Artigo 6º – São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição***' *(Artigo com redação dada pela Emenda Constitucional nº 64, de 04.02.2010 – DOU 05.02.2010).*

Acesso ao Sumário

O Estatuto da Criança e do Adolescente, em seu artigo 11, § 2.º, estabelece que '***incumbe ao poder público fornecer gratuitamente àqueles que necessitarem os medicamentos, próteses e outros recursos relativos a tratamento, habilitação ou reabilitação***', *observando-se que a necessidade referida no preceito não tem conotação patrimonial. A legislação exige que o Estado forneça gratuitamente remédios para o cidadão que necessite deles para seu tratamento de habilitação ou reabilitação. Apenas isso. Não condiciona reflexos patrimoniais ao acesso aos remédios*".[4]

"***Apelação Cível. Remessa Oficial. Mandado de Segurança.***

Direito à vida e à saúde – Fornecimento do medicamento* '*Fluticasona Spray*'*, com espaçador, para tratamento de menores acometidos de asma – Dever constitucional do Poder Público em prover, ex vi da inteligência do artigo 196 da Constituição Federal, de forma* '*universal e igualitária*' *– Responsabilidade solidária dos entes públicos, União, Estado e Município.

Prescrição médica comprovando a necessidade do medicamento Hipossuficiência que independe da situação econômica. (...) Deram provimento parcial ao recurso voluntário e à remessa oficial.

(...)

A Constituição Federal, de forma expressa, prevê em seu artigo 196: '***A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação***'.

Ocorre que, a própria norma constitucional prevê o acesso à assistência estatal de forma '*universal e igualitária*'. *(...)*

A saúde é um direito do ser humano e, como tal, foi elevado à condição de direito fundamental, razão pela qual, nos casos de doença, cada um tem direito a tratamento condigno de acordo com o estado atual da ciência médica, independentemente de sua situação econômica, pois se trata de um direito positivo assegurado na Sexta Carta Republicana (artigo 6º), ***sem discriminação*** *(**artigo 196, in fine**),* ***sejam pobres ou ricos*** *(**universal e igualitária**). Portanto, é irrelevante a condição econômica da família dos menores para acesso à saúde.*

(...) a gravosa situação, suso reconhecida traz consequências de ordem individual extremamente dramáticas, dado que o desamparo pode levar o indivíduo, inclusive, à morte, não se concebendo ser o cidadão lançado à própria sorte porque o Estado não possui medicamento necessário ou, se possui o dispensário insuficiente é (...)

Acesso ao Sumário

4 – Apelação e Reexame Necessário nº 0014463-15.2011.8.26.0566, rel. designado Des. Pinheiro Franco, j. 30.06.2014.

Nestes termos, não basta, portanto, que o Estado meramente proclame o reconhecimento formal de um direito. Torna-se essencial que, para além da simples declaração constitucional desse direito, seja ele integralmente respeitado e plenamente garantido, especialmente naqueles casos em que o direito, como o direito à saúde, se qualifica como prerrogativa jurídica de que decorre o poder do cidadão de exigir, do Estado, a implementação de prestações positivas impostas pelo próprio ordenamento constitucional (...).

Cumpre recordar, que a saúde, à letra da lei é um ***direito fundamental do ser humano, devendo o Estado prover as condições indispensáveis ao seu pleno exercício*** *(Cf. artigo 2º da Lei n. 8.080/90), e mais, que cumpre ao Estado a assistência integral* ***entendida como conjunto articulado e contínuo das ações e serviços preventivos e curativos, individuais e coletivos exigidos para cada caso em todos os níveis de complexidade do sistema*** *(Cf. artigo 7º, inciso II, da Lei n. 8.080/90). (...)*

Desta feita, o non facere constituiu ato violador de direito líquido e certo próprio, merecedor, portanto, da corrigenda postulada, a fim de que a autoridade forneça o medicamento prescrito na inicial, ***independentemente da situação financeira dos menores****, mantendo-se, nesse particular, a sentença, ora atacada*".[5]

Acrescente-se que a Administração Pública tem o dever de garantir a saúde dos cidadãos, com absoluta prioridade para as crianças e adolescentes (art. 227, *caput*, CF), compreendendo a precedência de atendimento nos serviços públicos ou de relevância pública, a preferência na formulação e na execução das políticas sociais públicas, a destinação privilegiada de recursos públicos (art. 4º, parágrafo único, ECA), o atendimento integral à saúde por intermédio do Sistema Único de Saúde (art. 11, ECA) e a outorga ao Poder Público da incumbência de fornecer gratuitamente aos necessitados os recursos relativos ao tratamento, habilitação ou reabilitação (art. 11, § 2º, ECA).

Além disso, conforme já observado em precedente do e. Supremo Tribunal Federal, "***o direito à saúde é estabelecido pelo artigo 196 da Constituição Federal como (1) 'direito de todos' e (2) 'dever do Estado', (3) garantido mediante políticas sociais e econômicas (4) que visem à redução do risco de doenças e de outros agravos, (5) regido pelo princípio do 'acesso universal e igualitário' (6) 'às ações e serviços para a sua promoção, proteção e recuperação'***"[6].

5 Apelação e Reexame Necessário nº 0028994-84.2013.8.26.0001, rel. designado Des. Ricardo Anafe, j. em 09.06.2014.

6 – STF, Agravo Regimental na Suspensão de Tutela Antecipada nº 175/CE, rel. Min. Gilmar Mendes, j. em 17.03.2010.

Igualmente, sabe-se que não compete ao ente público questionar a eficácia do tratamento indicado pelo médico, já que somente este profissional, porque acompanha o paciente e possui conhecimento de todos os aspectos da moléstia, tem condições e capacidade técnica para decidir qual é o processo mais adequado. Assim, não há que se falar em necessidade de comprovação da eficácia do tratamento prescrito.

Outrossim, também já se assentou na jurisprudência que não há necessidade de se obedecer a protocolos estabelecidos para o fornecimento dos medicamentos pleiteados[7], e que as normas constitucionais que tratam do direito à saúde não são meramente programáticas[8]. Nem haveria qualquer violação ao princípio da separação dos poderes nem indevida ingerência do Judiciário no poder discricionário da Administração Pública, como enunciado na súmula nº 65 deste Tribunal de Justiça: "***Não violam os princípios constitucionais da separação e 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***".

Por fim, observe-se que não há como obrigar a menor a se cadastrar e a prosseguir com o tratamento pelo Sistema Único de Saúde, sendo sua a escolha entre o sistema público e o privado.

Logo, a menor faz jus aos itens pleiteados, na esteira da posição prevalente.

3. Ante o exposto, **nega-se provimento aos recursos**.

Acesso ao Sumário

7 – "***Mostra-se inadmissível, num Estado Democrático de Direito como o nosso, condicionar o fornecimento de tratamento às pessoas com doenças graves, ao cumprimento de etapa burocrática de inclusão em protocolos médicos ou outras listas congêneres, bem como a sua disponibilidade para distribuição somente após estarem padronizados***" (Apelação nº 994.09.377309-7 – São José do Rio Preto – 12ª Câmara de Direito Público – Rel. Des. Osvaldo de Oliveira – J. 31.03.10).

8 – "***É possível identificar, na redação do referido artigo constitucional, tanto um direito individual quanto um direito coletivo à saúde. Dizer que a norma do artigo 196, por se tratar de um direito social, consubstancia-se tão somente em norma programática, incapaz de produzir efeitos, apenas indicando diretrizes a serem observadas pelo poder público, significaria negar a força normativa da Constituição***" (SL 47 AgR/PE – Tribunal Pleno – Rel. Min. Gilmar Mendes – DJe 29.04.10).

Conflitos de Competência

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Conflito de Competência nº 0056918-39.2014.8.26.0000, da Comarca de Assis, em que é suscitante MM. JUIZ DE DIREITO DA VARA DA FAMÍLIA E DAS SUCESSÕES DE ASSIS, é suscitado MM. JUIZ DE DIREITO DA 2ª VARA CÍVEL DE ASSIS.

ACORDAM, em Câmara Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "JULGARAM PROCEDENTE o conflito negativo de competência, para declarar competente o MM. Juízo suscitado. V.U.. Acórdão com o 3º Juiz.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 29543)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores EROS PICELI (VICE-PRESIDENTE) (Presidente sem voto), ARTUR MARQUES (PRESIDENTE DA SEÇÃO DE DIREITO PRIVADO), vencedor, CAMARGO ARANHA FILHO, vencido e GUERRIERI REZENDE (DECANO).

São Paulo, 24 de novembro de 2014.

ARTUR MARQUES DA SILVA FILHO, Relator Designado

Ementa: CONFLITO DE COMPETÊNCIA – AÇÃO DE INTERNAÇÃO COMPULSÓRIA PARA TRATAMENTO DE DROGADIÇÃO – DEMANDA NÃO ENQUADRÁVEL NOS CRITÉRIOS DETERMINATIVOS, *RATIONE MATERIAE*, DA COMPETÊNCIA DA VARA DE FAMÍLIA E SUCESSÕES DEFINIDA NO ARTIGO 37, INCISOS I E II, DO DECRETO-LEI COMPLEMENTAR Nº 03/69 – OBSERVÂNCIA DA COMPETÊNCIA RESIDUAL ATRIBUÍDA ÀS VARAS CÍVEIS – COMPETÊNCIA DO JUÍZO SUSCITADO.

Acesso ao Sumário

VOTO

1. Trata-se de conflito negativo de competência entre o Juízo de Direito da Vara da Família e Sucessões da Comarca de Assis e o Juízo de Direito da 2ª Vara Cível da Comarca de Assis nos autos da ação de internação compulsória para tratamento de drogadição.

Sustenta, em apertada síntese, não versar a lide sobre matéria afeta a Vara da Família e Sucessões, porquanto não há notícia de interdição da requerida, tampouco pedido nesse sentido, apenas de internação compulsória para tratamento de dependência química.

Foi designado o Juízo Suscitante para apreciar e resolver as medidas urgentes e a douta Procuradoria Geral de Justiça opinou pelo conhecimento do conflito, declarando-se a competência do Juízo Suscitado.

É o relatório.

2. Com razão o Juízo Suscitante.

Na ação subjacente a autora postula a internação compulsória de seu esposo para tratamento de dependência química.

Nada mais requer, não havendo, pois, reflexo de qualquer ordem no concernente à capacidade civil da parte demandada, não sujeita à interdição.

Vai daí que o feito não se amolda aos critérios que, *ratione materiae*, determinam a competência das Varas da Família e Sucessões, disciplinados *numerus clausus* no artigo 37, incisos I e II, do Decreto-Lei Complementar Estadual nº 03/69 (Código Judiciário do Estado de São Paulo).

A limitação objetiva do litígio não traduz qualquer reflexo na seara do Direito de Família, notadamente porque, conforme ponderado acima, não se entrevê pretensão cumulativa de interdição do demandado.

Busca-se, tão somente, a aplicação compulsória de tratamento àquele que, por drogadição, distanciou-se dos limites de convivência.

Imiscuem-se, nesse ponto, os deveres de segurança e de saúde, a despeito de não figurar no polo passivo alguma das pessoas de direito público interno.

O pedido assume, essencialmente, feição similar a pretensões outras de submissão e custeio a tratamento médico.

A relação de direito material travada no feito, destarte, não se reveste de eficácia direta no plano de estado de pessoa.

Bem por isso, aliás, quando o polo passivo é composto por ente de direito público, ocorre o deslocamento da competência a juízo privativo nas comarcas onde instalado.

Nas demais, incumbidas do processamento de feitos do jaez, pelo caráter residual, impera a competência das varas cíveis.

A questão não constitui novidade nesta Câmara Especial, a exemplo do Conflito de Competência nº 0043341-91.2014.8.26.0000, Rel. Des. **RICARDO ANAFE**, j. 06/10/2014, especificamente entre o Juízo de Direito da Vara da Família e Sucessões da Comarca de Assis e o Juízo de Direito da 2ª Vara Cível da Comarca de Assis:

Conflito Negativo de Competência.

Acesso ao Sumário

Ação de internação compulsória, objetivando tratamento de drogadição, intentada por genitora em face da filha maior – Vara da Família e Sucessões e Vara Cível – Demanda que não se enquadra nos critérios que determinam a competência da Vara da Família e Sucessões, definida no artigo 37, incisos I e II, do Decreto-Lei Complementar nº 03/69, do Código Judiciário do Estado de São Paulo – Inexistência de discussão sobre o estado ou a capacidade da requerida – Competência da Vara Cível. Conflito procedente – Competência do Juízo Suscitado.

Inclusive a competência é de Vara Cível em detrimento até da competência de Vara do Juizado a respeito , "***id est***":

"**Conflito negativo de competência. Ação proposta por genitora em face do Município, visando à internação psiquiátrica involuntária do filho, com fundamento na Lei nº 10.216/01. Pretensa realização de prova pericial que não se coaduna com o conceito de mero exame técnico, previsto no artigo 10, da Lei nº 12.153/09. Complexidade da causa que inviabiliza o processamento perante o Juizado Especial da Fazenda Pública. Inteligência do artigo 98, I, da Constituição Federal. Precedentes desta C. Câmara Especial. Conflito conhecido, com a declaração da competência do Juízo suscitado" (CC nº 0003405-59.2014.8.26.0000, relatora Juíza Cláudia Lúcia Fonseca Fanucchi, j. 24.3.2014).**

"**Conflito de competência. Ação de obrigação de fazer. Internação compulsória. Afastada a competência do Juizado Especial em razão da complexidade da causa, caracterizada pela exigência legal de perícia médica. Conflito procedente" (CC nº 0197625-91.2013.8.26.0000, relator Desembargador Pinheiro Franco, Presidente da Seção de Direito Criminal, j. 17.2.2014).**

"**Conflito de competência. Ação de obrigação de fazer, com pedido de internação compulsória de toxicômano. Possibilidade excepcional de deslocamento da competência absoluta do Juizado Especial Cível, ante a necessidade de perícia de alta complexidade, afastando a incidência dos artigos 2º, § 4º, e 10, da Lei nº 12.153/09. Conflito julgado procedente. Competência do Juízo suscitado" (CC nº 0110935-59.2013.8.26.0000, relator Juiz Camargo Aranha Filho, j. 7.10.2013).**

Ainda, Conflito de Competência nº 0006425-58.2014.8.26.0000 "***habemus***".

3. Ante o exposto, **julga-se procedente o conflito e declara-se competente o Juízo Suscitado (2ª Vara Cível da Comarca de Assis)**.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Conflito de Competência nº 0061348-34.2014.8.26.0000, da Comarca de São José dos Campos, em que é suscitante MM. JUIZ DE DIREITO DA 1ª VARA DA FAZENDA PÚBLICA DE SÃO JOSÉ DOS CAMPOS, é suscitado MM. JUIZ DE DIREITO DA 4ª VARA CÍVEL DE SÃO JOSÉ DOS CAMPOS.

ACORDAM, em Câmara Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "JULGARAM PROCEDENTE o conflito negativo de competência para declarar competente o MM. Juízo de Direito da 4ª Vara Cível da Comarca de São José dos Campos, ora suscitado, para conhecer e julgar a execução individual da sentença coletiva, V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 9935)**

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, 9 de dezembro de 2014.

CAMARGO ARANHA FILHO, Relator

Ementa: CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA. Liquidação individual de sentença proferida em Ação Civil Pública proposta pelo IDEC em face do Banco do Brasil. Recebimento de expurgos inflacionários. Redistribuição à Vara da Fazenda Pública. Descabimento. Ausência de interesse público. Incidência da súmula 73 deste Egrégio Tribunal. Liquidação individual cuja competência é afeta ao Juízo comum e alcança todos os consumidores em idêntica situação considerando a abrangência dos interesses metaindividuais envolvidos. Entendimento referendado pelo Colendo Superior Tribunal de Justiça. Precedente deste Egrégio Tribunal. CONFLITO PROCEDENTE. COMPETÊNCIA DO JUÍZO SUSCITADO.

Acesso ao Sumário

VOTO

Trata-se de conflito negativo de competência suscitado pelo MM. Juízo de Direito da 1ª Vara da Fazenda Pública de São José dos Campos em face do MM. Juízo de Direito da 4ª Vara Cível daquela mesma Comarca, nos autos da

ação de execução individual de sentença coletiva proposta por Joana Maria de Azevedo contra o Banco do Brasil S.A..

Designado o MM. Juízo Suscitado para apreciar as medidas urgentes (fls. 21).

A Douta Procuradoria Geral de Justiça opinou pela procedência do presente conflito negativo de competência, declarando-se a competência do MM. Juízo de Direito da 4ª Vara Cível de São José dos Campos, ora suscitado (fls. 24/26).

É o relatório.

O presente conflito deve ser conhecido, nos termos do artigo 115, inciso II, do Código de Processo Civil, porquanto nenhum dos Juízos admite a competência para conhecer e julgar a ação.

Respeitado o entendimento do MM. Juízo Suscitado, a ele compete conhecer e julgar o pedido.

Consta dos autos que Joana Maria de Azevedo, residente e domiciliada em São José dos Campos, ajuizou contra o Banco do Brasil S/A ação de cumprimento de sentença proferida em ação civil pública versando sobre expurgos inflacionários incidentes em caderneta de poupança; transitada em julgado em 09 de março de 2011.

Para a fixação da competência entre o Juízo Cível e o Privativo da Fazenda impõe-se sopesar a questão sob o aspecto da pessoa jurídica que integra a demanda, bem como da relação de direito material deduzida, cujo objeto deve envolver interesse público que justifique a atuação do Juízo Fazendário, o que não se verifica na espécie.

Quanto ao aspecto subjetivo, o Banco do Brasil é sociedade de economia mista, pessoa jurídica de direito privado, sujeita, portanto, à jurisdição comum; e a parte contrária, pessoa física que pleiteia o cumprimento de sentença proferida em ação civil pública, competência estranha ao Juízo Fazendário.

A propósito, confira-se a súmula nº 73 desta Egrégia Corte:

Compete ao Juízo Cível julgar as ações envolvendo pessoas jurídicas de direito privado, ainda que exerçam funções típicas da administração pública, salvo em se tratando de direito público.

Por outro lado, a relação de direito material advém de relação contratual firmada entre instituição financeira e consumidor.

Eventual vinculação pelo fato de a sentença de condenação ter sido proferida pela Vara de Fazenda Pública deve ser igualmente afastada porquanto, conforme reconhecido pelo Colendo Superior Tribunal de Justiça, a r. decisão que reconheceu o direito ao recebimento dos juros remuneratórios alcança, inclusive, consumidores não vinculados ao Instituto de Defesa do Consumidor

Acesso ao Sumário

– IDEC – autor da ação.

Nesse sentido:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. CUMPRIMENTO DE SENTENÇA. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. EXECUÇÃO INDIVIDUAL. EXPURGOS INFLACIONÁRIOS. INCOMPETÊNCIA DO JUÍZO E ILEGITIMIDADE ATIVA AD CAUSAM. Descabimento. Competência do juízo a quo por se tratar do Foro de domicílio da exequente (consumidora). Eficácia do r. decisum que não se restringe à área da Comarca ou do Estado em que foi proferido. Matéria decidida pelo STJ nos termos do art. 543-C do CPC. FILIAÇÃO AO IDEC. Desnecessidade de comprovação, pela exequente, do vínculo associativo com a entidade, que propôs a ação civil pública, para se beneficiar dos efeitos da sentença. JUROS REMUNERATÓRIOS. Possibilidade. Devem ser incorporados ao capital para restituir o equilíbrio entre as partes. PRESCRIÇÃO DA EXECUÇÃO INDIVIDUAL. Inocorrência. Liquidação de sentença proferida em ação civil pública ajuizada dentro do lustro prescricional. Matéria decidida pelo STJ nos termos do art. 543-C do CPC. ILIQUIDEZ DO TÍTULO EXECUTIVO. Descabimento. Não se observa no caso a necessidade de prévia liquidação do julgado. Inteligência do artigo 475-B do CPC. CORREÇÃO MONETÁRIA. Atualização que deve ser feita pela Tabela Prática deste Egrégio Tribunal de Justiça. RECURSO DESPROVIDO (TJSP – Agravo de Instrumento nº 0134143-72.2013.8.26.0000. 17ª Câmara de Direito Privado. Rel. Afonso Braz. j. 04/09/2013). (Grifei).

Desse modo, por qualquer ângulo que se analise a questão vê-se que a matéria é estranha à Vara de Fazenda Pública, incompetente para o julgamento do feito.

Colham-se sobre o tema os precedentes desta Colenda Câmara Especial:

Cumprimento de Sentença – Ação Civil Pública julgada pela 6ª Vara da Fazenda Pública da Capital – Expurgos inflacionários – Sentença que julga direitos individuais homogêneos – Liquidação individual que pode ser ajuizada no domicílio do liquidante ou no local onde foi processada a ação condenatória – Interpretação dos artigos 98, § 2º, I e 101, I do Código de Defesa do Consumidor. Conflito procedente – Competência do Juízo Suscitado (Conflito de Competência nº 0200106-27.2013.8.26.0000, Rel. Ricardo Anafe, j. 17/02/2014).

CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA. AÇÃO DE EXECUÇÃO INDIVIDUAL FUNDADA EM SENTENÇA ORIUNDA DE AÇÃO CIVIL PÚBLICA, QUE RECONHECEU O DIREITO DOS TITULARES DE CADERNETA DE POUPANÇA AO RECEBIMENTO DA DIFERENÇA DE CORREÇÃO NÃO CREDITADA NO MÊS DE JANEIRO DE 1989.

Acesso ao Sumário

FACULDADE DE O BENEFICIÁRIO AJUIZAR A DEMANDA NO FORO DO SEU DOMICÍLIO. PRECEDENTES. CONTROVÉRSIA INSTAURADA ENTRE OS JUÍZOS CÍVEL E DA FAZENDA PÚBLICA. DEMANDA PROPOSTA EM FACE DE SOCIEDADE DE ECONOMIA MISTA. MATÉRIA DISCUTIDA NO LITÍGIO QUE NÃO REPERCUTE INTERESSE PÚBLICO. COMPETÊNCIA DO JUÍZO CÍVEL. INTELIGÊNCIA DA SÚMULA Nº 73, DESTA CORTE DE JUSTIÇA. CONFLITO CONHECIDO COM A DECLARAÇÃO DA COMPETÊNCIA DO JUÍZO SUSCITADO (Conflito de Competência nº 0197898-70.2013.8.26.0000, Rel. Cláudia Lúcia Fonseca Fanucchi, j. 03/02/2014).

Ante o exposto, **JULGO PROCEDENTE** o conflito negativo de competência para declarar competente o MM. Juízo de Direito da 4ª Vara Cível da Comarca de São José dos Campos, ora suscitado, para conhecer e julgar a execução individual da sentença coletiva.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Conflito de Competência nº 0053769-35.2014.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é suscitante MM. JUIZ DE DIREITO DA 8ª VARA CÍVEL DO FORO REGIONAL DE SANTO AMARO, é suscitado MM. JUIZ DE DIREITO DA 1ª VARA DA FAMÍLIA E SUCESSÕES DO FORO REGIONAL DE SANTO AMARO.

ACORDAM, em Câmara Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Julgaram procedente o conflito de competência para declarar competente o Juízo da 1ª Vara da Família e Sucessões do Foro Regional de Santo Amaro, V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 31.123)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores EROS PICELI (VICE-PRESIDENTE) (Presidente), GUERRIERI REZENDE (DECANO) e ARTUR MARQUES (PRESIDENTE DA SEÇÃO DE DIREITO PRIVADO).

São Paulo, 9 de dezembro de 2014.

EROS PICELI, Relator e Vice-Presidente

Acesso ao Sumário

Ementa: Conflito de competência – Execução de sentença homologatória de divórcio consensual – Competência do juízo que decidiu a causa em primeiro grau – Inteligência dos artigos 475-P, II e 575, II,

ambos do CPC – Conflito procedente – Competência do Juízo da 1ª Vara da Família e Sucessões do Foro Regional de Santo Amaro.

VOTO

Vistos.

Trata-se de conflito negativo de competência suscitado pela MMª. Juíza Lidia Regina Rodrigues Monteiro Cabrini, da 8ª Vara Cível do Foro Regional de Santo Amaro, em face do MM. Juiz José Ernesto de Souza Bittencourt Rodrigues, da 1ª Vara da Família e Sucessões do mesmo Foro Regional, nos autos da execução de sentença ajuizada em razão do descumprimento do acordo firmado pelos requerentes A.L.G.S. e W.O. na ação de divórcio consensual deles.

Alega o suscitante que o processo deveria permanecer na 1ª Vara da Família e Sucessões do Foro Regional de Santo Amaro, sob pena de ofensa às normas de ordem pública, ressaltando que o acordo celebrado é oriundo da relação familiar.

Opinou a Procuradoria Geral de Justiça pela procedência do conflito, declarando-se a competência do juízo suscitado, fls. 25/26.

É o relatório.

O conflito negativo de competência está configurado, pois os juízes declararam-se incompetentes para processar e julgar o processo, artigo 115, II, do Código de Processo Civil.

Segundo consta, em 10.5.2011 foi proposta ação de divórcio consensual, que tramitou perante a 1ª Vara da Família e Sucessões do Foro Regional de Santo Amaro, sendo homologado acordo de vontade entre as partes.

Estabeleceu-se no acordo a obrigação do divorciando em pagar indenização de R$ 5.040,00 (cinco mil e quarenta reais) pelo direito de uso e por benfeitorias realizadas no imóvel do casal, por meio de parcelas mensais.

Das vinte e quatro parcelas acordadas, no valor de R$ 210,00 (duzentos e dez reais) cada uma, apenas nove foram pagas, motivo pelo qual A.L.G.S. ajuizou, na mesma vara da família e sucessões, a ação de execução da sentença homologatória proferida.

Recebendo o feito, o juízo suscitado declinou da competência e encaminhou os autos ao suscitante sob o argumento de que a execução trata de matéria relacionada ao direito de propriedade, excluída, no caso, a relação familiar.

Não merece prevalecer o entendimento do MM. Juiz suscitado, com o respeito que merece sua posição.

A execução proposta decorre do inadimplemento do acordo estabelecido

Acesso ao Sumário

pelas partes na ação de divórcio consensual que tramitou perante o juízo suscitado e deve por este ser processada.

Observe-se que o Código de Processo Civil ao tratar do cumprimento da sentença, elege, no artigo 475-P, II, o juízo por onde tramitou a causa, como o competente para o processamento da execução:

"**Art. 475-P. O cumprimento da sentença efetuar-se-á perante:**

(...)

II – o juízo que processou a causa no primeiro grau de jurisdição;"

Além disso, referido código, abordando especificamente a questão da competência no Livro II – Do processo de execução, deixa claro ser o juízo que decidiu a causa o competente para a sua execução, conforme estabelecido no artigo 575, II, que assim dispõe:

"**Art. 575. A execução, fundada em título judicial, processar-se-á perante:**

(...)

II – o juízo que decidiu a causa no primeiro grau de jurisdição;"

Nesse sentido já se manifestou esta Câmara Especial:

"**CONFLITO DE COMPETÊNCIA. Ação de extinção de condomínio. Pedido fundado em cláusula constituída em homologação judicial de divórcio consensual. Cumprimento de sentença. Trâmite perante o juízo em que se constituiu o título. Artigos 475-P, inciso II, e 575, inciso II, ambos do Código de Processo Civil. Competência do Juízo da Família e Sucessões. Conflito julgado procedente para declarar a competência do Juízo suscitante.**" **(Conflito de Competência nº 0005498-92.2014.8.26.0000, relator Juiz Camargo Aranha Filho, julgado em 19.5.2014).**

"**Conflito Negativo de Competência – Vara de Família e Sucessões e Vara Cível da Comarca – Pedido de 'cumprimento de sentença' – Cláusula constituída em ação de divórcio para pagamento de financiamento de bem imóvel – Mera fase do processo – Feito que deve tramitar no d. Juízo em que constituído o título – Manutenção dos critérios de liquidação – Privilégio ao juiz natural (artigos 475-P, II, e 575, II, do CPC) – Conflito julgado procedente, para declarar a competência do MM. Juízo da Vara da Família e Sucessões, suscitante.**" **(Conflito de Competência nº 0195131-59.2013.8.26.0000, Des. Claudia Grieco Tabosa Pessoa, julgado em 17.2.2014).**

Do exposto, julga-se procedente o conflito e declara-se competente o Juízo suscitado (1ª Vara da Família e Sucessões do Foro Regional de Santo Amaro).

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Conflito de Competência nº 0048162-41.2014.8.26.0000, da Comarca de Assis, em que é suscitante MM. JUIZ DE DIREITO DA 3ª VARA CÍVEL DE ASSIS, é suscitado MM. JUIZ DE DIREITO DA VARA DO JUIZADO ESPECIAL CÍVEL DE ASSIS.

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 Vara do Juizado Especial Cível de Assis, V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 20.655)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores EROS PICELI (VICE-PRESIDENTE) (Presidente) e GUERRIERI REZENDE (Decano).

São Paulo, 9 de dezembro de 2014.

RICARDO ANAFE, Relator e Presidente da Seção de Direito Público

Ementa: Conflito Negativo de Competência.

Ação pleiteando revisão do valor de proventos de aposentadoria e recebimento das diferenças remuneratórias – Conversão da moeda em unidade real de valor (URV) – Não incidência dos Provimentos nº 1.768/10 e 1.769/10 do Egrégio Conselho Superior da Magistratura – Exclusão da competência do Juizado Especial da Fazenda Pública que se limita às matérias previdenciárias previstas no artigo 109, parágrafo 3º, da Constituição Federal – Objeto da demanda que não se enquadra na competência delegada da Justiça Estadual para apreciação de causas em que forem partes instituição de previdência social e segurado, sempre que a comarca não seja sede de vara do juízo federal.

Valor da causa inferior a 60 salários mínimos – Desnecessidade de produção de prova pericial complexa – Suficiência de meros cálculos aritméticos – Impossibilidade de remessa à Vara Cível – Competência absoluta do Juizado Especial Cível nas comarcas onde não há Juizado Especial da Fazenda

Acesso ao Sumário

Pública nem Vara da Fazenda Pública.
Conflito procedente – Competência do Juízo suscitado.

VOTO

1. Trata-se de conflito negativo de competência suscitado pelo Juízo de Direito da 3ª Vara Cível de Assis em face do Juízo de Direito da Vara do Juizado Especial Cível de Assis, nos autos da ação de cobrança ajuizada por Eni Prado Pereira da Costa Menegheti em face da Fazenda Pública do Estado de São Paulo e da São Paulo Previdência – SPPREV, sob o fundamento de que o juízo suscitado não poderia ter declinado da competência, dada a desnecessidade de produção de prova pericial complexa, e ainda, porque o valor da causa não supera sessenta (60) salários mínimos, não havendo motivo que afaste a competência do Juizado Especial.

Foi designado o Juízo Suscitado para apreciação de eventuais medidas urgentes (fl. 24).

Ministério Público (fls. 28/30).

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 proposta por servidor público visa ao reconhecimento do erro na conversão da moeda em unidade real de valor (URV) em seus vencimentos, conforme critérios estabelecidos na Lei nº 8.880/04, e a condenação das Rés ao pagamento das diferenças das parcelas vencidas e não pagas nos últimos cinco anos anteriores à propositura da ação, bem como as que se vencerem no curso do processo.

Estabelece o artigo 2º, I, b do Provimento nº 1.768/10 do Conselho Superior da Magistratura o processamento e julgamento dos feitos previstos na Lei nº 12.153/09 nas Varas de Juizado Especial com competência cível ou cumulativa, nas Comarcas do interior onde não haja Vara da Fazenda Pública instalada, de modo que os pedidos deduzidos contra entes federados devem tramitar com exclusividade nos Juizados Especiais, caso não se enquadrem nas matérias expressamente excluídas.

In casu, o cerne da questão controvertida está em saber se os vencimentos dos autores foram corretamente convertidos em unidade real de valor (URV), nos termos da Lei nº 8.880/04, e se daí existem ou não diferenças a serem percebidas, e sendo matéria de direito, não depende de prova pericial complexa,

Acesso ao Sumário

bastando prova documental.

Há que ressaltar que cabe, ainda, à ré, fornecer a documentação que disponha para o esclarecimento da causa e pode o juiz, também, nomear pessoa habilitada para eventual exame técnico, que se faça necessário, tudo como autorizam os artigos 9º e 10, da Lei nº 12.153/2009, e, ao final, na eventualidade de ser acatada a tese da petição inicial, a procedência da demanda se fará por sentença que não exigirá liquidação por arbitramento nem por artigos e que não implicará em ofensa ao artigo 38 da Lei nº 9.099/95, porque sua execução dependerá de mera apresentação, pela parte autora, de memória de cálculo aritmético, na forma do artigo 475-B do Código de Processo Civil, de aplicação subsidiária, na forma do artigo 27 da já citada Lei nº 12.153/2009.

Nesse sentido, já se pronunciou a Colenda Câmara Especial:

CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA. Ação com escopo de revisão de cálculos de vencimentos e proventos em razão de conversão de salários para unidade real de valor (URV) e pagamento de diferenças. Remessa dos autos a uma das Varas do Juizado Especial da Fazenda Pública da Comarca de São Paulo. Admissibilidade. Formulação de pedido ilíquido que não impossibilita a apuração de valores. Inteligência dos artigos 9º e 10 da Lei 12.153/2009. Conflito que se julga procedente e, assim, se declara competente a MM. Juíza suscitante (Tribunal de Justiça, Câmara Especial, Conflito de Competência nº 004283926-2012.8.26.0000, Rel. Des. Encinas Manfré, j. 11/06/2012).

CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA. Juizado Especial da Fazenda Pública e Vara da Fazenda Pública. Conflito suscitado sob a alegação de que não é permitida a prolação de sentença ilíquida no Juizado Especial. Possibilidade de observância do disposto nos artigos 9º e 10º da Lei 12.153/09, que fornecem elementos para obtenção de resultado numérico, evitando a fase de liquidação. O fato de haver sido formulado pedido genérico não implica em óbice no trâmite do feito no Juizado Especial da Fazenda Pública. Se por um lado não se admite a fase de liquidação, de outro se mostra possível, antes dela, a obtenção do 'quantum' eventualmente devido pela parte requerida. Conflito julgado procedente para declarar a competência do MM. Juizado Especial da Fazenda Pública, ora suscitante. (Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, Câmara Especial, Conflito de Competência nº 0289253-35.2011.8.26.0000, Rel. Des. Claudia Grieco Tabosa Pessoa, j. 21/05/2012).

De outro lado, não se cogita de incompetência do Juizado Especial por se tratar de causa de natureza previdenciária.

Acesso ao Sumário

O Provimento nº 1768/2010 do Egrégio Conselho Superior da Magistratura somente excluiu da competência dos denominados Juizados Especiais da Fazenda Pública as ações com arrimo em penalidade decorrente de infração de trânsito e demandas relativas a crédito fiscal, sendo certo, outrossim, que o Provimento nº 1769/2010 acresceu os impedientes de cognição, pontuando as ações previdenciárias mas, tão só, aquelas do artigo 109, parágrafo 3º, da Constituição Federal, o que afasta peremptoriamente a matéria previdenciária ordinária.

Atente-se para a redação dada pelo Provimento nº 1.769/2010 ao artigo 1º do Provimento nº 1.768/2010:

> "**Art. 1º – Para os fins do art. 23 da Lei nº 12.153/2009, ficam excluídas da competência dos Juizados Especiais da Fazenda Pública as ações que tenham como fundamento qualquer penalidade decorrente de infrações de trânsito (multas, pontuação, apreensão de veículo, etc.), qualquer demanda envolvendo créditos de natureza fiscal, inclusive as que tramitam no anexo fiscal, e as ações previdenciárias (art. 109, § 3º, da CF/88).**"

Como se percebe, o artigo 1º do Provimento nº 1.768/2010 do Egrégio Conselho Superior da Magistratura, com a nova redação acima, ao excluir as ações previdenciárias, **de forma expressa, fez referência ao artigo 109, parágrafo 3º, da Constituição Federal, *verbis*:**

> "**§ 3º. Serão processadas e julgadas na justiça estadual, no foro do domicílio dos segurados ou beneficiários, as causas em que forem parte instituição de previdência social e segurado, sempre que a comarca não seja sede de vara do juízo federal, e, se verificada essa condição, a lei poderá permitir que outras causas sejam também processadas e julgadas pela justiça estadual.**"

É regra basilar de hermenêutica a inexistência de palavras inúteis na lei – *verba cum effectu, sunt accipienda* –, no caso, no Provimento em exame, de modo que não há outra razão para a menção expressa ao artigo 109, § 3º, da Constituição Federal que não a conclusão de que somente as causas previdenciárias que se enquadrem nesse dispositivo constitucional estão excluídas da competência dos Juizados Especiais da Fazenda Pública.

A menção expressa ao artigo 109, § 3º, da Constituição Federal, *in casu*, não tem natureza *inclusiva*, ou seja, não se presta apenas a esclarecer que a exclusão da matéria previdenciária se estende aos feitos relativos à competência delegada da Justiça Federal.

A redação do dispositivo em exame desautoriza tal conclusão.

Assim é que, referindo-se às matérias excluídas da competência do Juizado Especial, o Provimento em tela termina com a expressão "**e as ações**

Acesso ao Sumário

previdenciárias (art. 109, § 3º, da CF/88)".

Nesse contexto, a referência específica às causas previdenciárias previstas no artigo 109, § 3º, da Constituição Federal, entre parênteses, claramente, tem a função de limitar a abrangência do gênero "ações previdenciárias".

Não houvesse tal restrição, aí sim, toda e qualquer demanda previdenciária estaria excluída da competência do Juizado Especial.

A restrição entre parênteses não seria necessária se a intenção da norma fosse a exclusão de todas as ações previdenciárias.

E, como já visto, a lei não tem palavras inúteis.

Fosse uma menção meramente inclusiva, necessariamente, haveria que constar do texto de forma expressa, talvez com a inserção do vocábulo "inclusive" logo antes da menção às matérias de competência delegada.

Enfim, não há espaço para interpretação extensiva da expressão "ações previdenciárias" porque, na sequência do texto, a norma em tela delimitou seu alcance, restringindo-o às ações previstas no artigo 109, § 3º, da Constituição Federal.

3. Ante o exposto, julga-se procedente o conflito e declara-se competente o Juízo suscitado, qual seja, a Vara do Juizado Especial Cível de Assis.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Conflito de Competência nº 0059850-97.2014.8.26.0000, da Comarca de Araraquara, em que é suscitante MM. JUIZ DE DIREITO DA 2ª VARA DA FAMÍLIA E SUCESSÕES DE ARARAQUARA, é suscitado MM. JUIZ DE DIREITO DA 1ª VARA CÍVEL DE ARARAQUARA.

ACORDAM, em Câmara Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Julgaram procedente o conflito. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 39.807)**

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, 15 de dezembro de 2014.

GUERRIERI REZENDE, Decano e Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: Conflito Negativo de Competência – Ação cautelar de exibição de documentos aforada com vistas à apuração de eventual saldo devedor referente a pensões alimentícias – Feito distribuído inicialmente perante a 1ª Vara Cível de Araraquara, que declinou a competência para a 2ª Vara da Família e Sucessões de Araraquara – Competência desta última, vez que se trata de ação cautelar preparatória para futura ação de execução de alimentos que, *in casu*, é a ação principal – Inteligência dos artigos 108 e 800, ambos do Código de Processo Civil – Conflito julgado procedente.

VOTO

Trata-se de conflito negativo de competência suscitado pelo Juízo de Direito da 2ª Vara da Família e Sucessões da Comarca de Araraquara em face do Juízo de Direito da 1ª Vara Cível da referida comarca, nos autos de ação cautelar de exibição de documentos.

Aduz o Juízo suscitado que '*em se tratando de ação cautelar preparatória de exibição de documentos, aforada com vistas à apuração de eventual saldo devedor referente a pensões alimentícias acordadas em separação consensual, de rigor o reconhecimento da competência em favor de uma das Varas da Família e Sucessões desta Comarca, devendo-se operar a redistribuição.*' (fls. 5).

O Juízo suscitante, por sua vez, sustenta que: '*Trata-se, conforme se depreende dos autos digitais, de ação cautelar de exibição de documentos por meio da qual a postulante pretende a exibição de livro-caixa em que é contabilizada a renda do requerido, para que, de tal maneira, possa verificar se o último vem cumprindo corretamente a obrigação alimentar, fixada em percentual de seus rendimentos, assumida por ocasião de acordo realizado em ação de separação judicial*'; (...) '*Em suma, o pedido cautelar encerra pedido de natureza obrigacional, cujo processo e julgamento não integra a competência do juízo especializado da família. Independentemente da finalidade pretendida, a ação cautelar de exibição de documentos integra, ressalvada análise em sentido contrário, a competência do juízo cível, tal qual a interpretação da autora por ocasião da distribuição.*' (fls. 1/3).

Foi designado o Juízo suscitado para apreciação de eventuais medidas urgentes (fls. 46) e a douta Procuradoria Geral de Justiça manifestou-se pela competência da 2ª Vara da Família e Sucessões de Araraquara.

É o relatório.

Acesso ao Sumário

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).

Não obstante os fundamentos expendidos pelo Juízo suscitante, melhor analisando a controvérsia verifica-se que a este pertence a competência para processar e julgar a ação cautelar de exibição de documentos (fls. 39/43).

A controvérsia, no caso ora *sub judice*, dá-se sobre qual seria o Juízo competente para julgar a referida ação cautelar que, como é cediço, é preparatória para futura ação de execução de alimentos.

A solução se dá com a aplicação do artigo 108 do Código de Processo Civil: '*A ação acessória será proposta perante o juiz competente para a ação principal.*', bem como pelo disposto no artigo 800 do referido *Codex*: '*As medidas cautelares serão requeridas ao juiz da causa; e, quando preparatórias, ao juiz competente para conhecer da ação principal.*'.

Assim sendo, tratando-se de demanda acessória de outra, a competência é do juiz da causa principal.

Nesse sentido:

Conflito Negativo de Competência – Ação Cautelar de exibição de documentos preparatória extinta com exame do mérito – Posterior ajuizamento de ação de obrigação de fazer com pedido de tutela antecipada envolvendo as mesmas partes e pretensão de direito material que abrange o objeto da ação cautelar extinta – Prevenção do Juízo configurada – Inteligência dos artigos 108 e 800, "caput", ambos do Código de Processo Civil – Precedentes nesta Colenda Câmara Especial – Entendimento referendado pelos Colendos Tribunais Superiores – Conflito negativo julgado procedente – Competência do Juízo suscitado. (Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, Câmara Especial, Conflito de Competência nº 0124861-10.2013.8.26.0000, Relator Desembargador Camargo Aranha Filho, j. 14.10.2013).

Conflito de Competência. Medida cautelar de exibição de documento. Demanda preparatória, que guarda com ação indenizatória que a sucedeu vínculo de instrumentalidade. Prevenção para conhecimento da principal. Competência do juízo suscitado. (Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, Câmara Especial, Conflito de Competência nº 0133496-77.2013.8.26.0000, Rel. Des. Marcelo Gordo, j. 07/10/2013).

Conflito de Competência – Ação anulatória da sentença de divórcio, partilha de bens e alimentos – Ação acessória, que deve ser proposta perante o Juízo prolator da r. sentença – Inteligência do artigo 108, do Código de Processo Civil – Competência do Juízo suscitado. (Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, Câmara Especial, Conflito

Acesso ao Sumário

de Competência nº 0160496-52.2013.0000, Relator Desembargador Camargo Aranha Filho, j. 02.12.2013).

Outro não é o entendimento da D. Procuradoria Geral de Justiça, *in verbis*:

'*Não há dúvidas de que, in casu, a medida cautelar é preparatória de uma ação principal, uma vez que a intenção da requerente é tão somente obter os documentos para que sirvam de prova em uma futura ação de execução de alimentos, aos quais faz jus, em razão de acordo.*

Tratando-se de ação cautelar preparatória, considera-se competente o Juízo apto a apreciar a ação principal, em conformidade com o disposto nos artigos 108 e 800, ambos do Código de Processo Civil.

Com isso, já que a medida cautelar exibitória é preparatória para uma futura ação de execução de alimentos acessória, deverá, portanto, ser apreciada pelo Juízo da 2ª Vara da Família e Sucessões de Araraquara.

De tal modo, há de se reconhecer a competência do Juízo da 2ª Vara da Família e Sucessões de Araraquara para o julgamento da presente ação.'.

Ex positis, julga-se procedente o conflito e declara-se competente o Juízo suscitante, qual seja, a 2ª Vara da Família e Sucessões de Araraquara. Oficie-se ao Juízo suscitado para que encaminhe os autos, com urgência, ao Juízo suscitante.

Conflitos de Jurisdição

ACÓRDÃO

Acesso ao Sumário

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Conflito de Jurisdição nº 0057348-88.2014.8.26.0000, da Comarca de Ribeirão Preto, em que é suscitante MMª. JUÍZA DE DIREITO DA 5ª VARA CRIMINAL DE RIBEIRÃO PRETO, é suscitado MM. JUIZ DE DIREITO DA 1ª VARA CRIMINAL DE SÃO CARLOS.

ACORDAM, em Câmara Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Julgaram procedente o conflito, declarando a competência do juízo suscitado, 1ª Vara Criminal de São Carlos, para processar e julgar a causa. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 26.401)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores

EROS PICELI (VICE-PRESIDENTE) (Presidente) e RICARDO ANAFE (PRESIDENTE DA SEÇÃO DE DIREITO PÚBLICO).

São Paulo, 9 de dezembro de 2014.

PINHEIRO FRANCO, Relator e Presidente da Seção de Direito Criminal

Ementa: Conflito negativo de jurisdição. Apuração de prática de eventuais delitos de furto, perpetrados em diferentes comarcas. Crimes esclarecidos em São Carlos. Denúncia oferecida em relação a todos os delitos e recebida pelo juízo suscitado. Posterior determinação de remessa de cópia dos autos para as comarcas em que praticados os furtos, para processamento autônomo. Impossibilidade. Denúncia já recebida, inclusive com apresentação de defesa prévia. Aplicação da regra da *perpetuatio jurisdictionis*. Prova, em parte, comum a todos os delitos. Prevenção. Ocorrência. Inteligência dos arts. 69, VI, e 76, III, do CPP. Apuração dos fatos que deve ocorrer de forma conjunta, nos termos da denúncia oferecida e recebida. Competência do Juízo Suscitado reconhecida.

VOTO

Cuida-se de conflito de jurisdição suscitado pela Meritíssima Juíza da 5ª Vara Criminal de Ribeirão Preto contra a r. decisão proferida pelo Meritíssimo Juiz da 1ª Vara Criminal de São Carlos que, nos autos da ação penal movida pelo Ministério Público contra Reginaldo Fernando Tortoreli, imputando-lhe a prática dos crimes previstos nos artigos 155, *caput* (sete vezes), 155, parágrafo 5º (duas vezes), 155, parágrafo 4º, inciso III (duas vezes), 311 (três vezes) e 180, *caput* (uma vez), c.c. o artigo 69, todos do Código Penal (folhas 03/12), após receber a denúncia (folhas 157), declinou da competência para o julgamento de seis fatos criminosos, entendendo que ocorreram em cidades diversas, ao fundamento de inexistência de conexão com os crimes ocorridos na comarca de São Carlos (folhas 171).

Sustenta o juízo suscitante que existe conexão instrumental ou probatória, invocando o disposto no artigo 76, III, do Código de Processo Penal, bem como o princípio da economia processual (folhas 176/177).

Processado o incidente, nomeou-se o juízo suscitante para apreciar e decidir questões urgentes (folhas 181).

A douta Procuradoria Geral de Justiça opinou pelo acolhimento do

Acesso ao Sumário

conflito, declarando-se a competência do juízo suscitado para conhecer e julgar a ação penal (folhas 184/186).

É o relatório.

O presente conflito de jurisdição deve ser conhecido, pois nenhum dos juízes admite a competência para julgar a ação.

Os autos informam que o averiguado teria praticado onze delitos de furto, alguns deles qualificados, em cidades diversas, bem como uma receptação dolosa e, ao menos em três dos furtos, teria adulterado sinais identificadores dos veículos (itens 07, 08 e 09 da denúncia), em sua residência, localizada em São Carlos.

As investigações foram realizadas na cidade de São Carlos, resultando no relatório policial de folhas 126/154 destes autos, base para a denúncia de folhas 03/12, oferecidas perante o juízo da 1ª Vara Criminal de São Carlos.

Recebida a denúncia (folhas 157), o réu ofereceu defesa preliminar (folhas 161/168), após o que o juízo suscitado declinou da competência em relação a seis delitos, dois dos quais para a comarca de Ribeirão Preto.

Ocorre que todos os delitos praticados pelo denunciado se relacionam com os fatos apurados em São Carlos, merecendo atenção do Juízo que primeiramente tomou conhecimento do inquérito policial instaurado a partir da Portaria de folhas 13/14, independente do local em que ocorrido e consumado o furto.

É certo que a necessidade de oitiva das vítimas indicadas na denúncia, algumas residentes em comarcas distintas, pode comprometer a celeridade processual.

Porém, a oitiva dos policiais que participaram das investigações, também arrolados na peça acusatória, traria dificuldades à instrução de eventuais feitos que fossem processados, de forma autônoma, em comarcas distintas.

Incidem na espécie, assim, as regras dispostas nos arts. 69, inciso VI, e 76, inciso III, ambos do Código de Processo Penal.

Acesso ao Sumário

Assim, não há como afastar a conexão entre os delitos, pois em tese praticados com finalidades semelhantes, tudo a indicar que os fatos estão interligados, a ponto de terem sido investigados em conjunto, mostrando-se de boa cautela a reunião dos feitos para julgamento único pelo juízo prevento.

Ademais, importante ressaltar que o juízo suscitado recebeu a denúncia, determinou a citação do réu e recebeu sua defesa prévia, aplicando-se na hipótese dos autos a regra da *perpetuatio jurisdictionis*.

Acerca do tema:

"**Conflito de Jurisdição. Ação penal para apuração de crime de falsificação de documento público. Recebimento da denúncia. Posterior**

revogação da decisão, determinando a remessa ao foro de domicílio do réu. Inadmissibilidade. Competência do Juízo suscitado, em razão da aplicação da regra da *perpetuatio jurisdictionis*. Precedentes do Colendo Superior Tribunal de Justiça. Conflito procedente para declarar a competência do Juízo suscitado." (TJSP, Câmara Especial, Conflito de Jurisdição nº 0088174-34.2013.8.26.0000, Rel. Camargo Aranha Filho, j. 04/11/2013).

Pelo exposto, voto pela procedência do conflito, declarando a competência do juízo suscitado, 1ª Vara Criminal de São Carlos, para processar e julgar a causa.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Conflito de Jurisdição nº 0047122-24.2014.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é suscitante MM. JUIZ DE DIREITO DA VARA DA REGIÃO OESTE DE VIOLÊNCIA DOMÉSTICA E FAMILIAR CONTRA MULHER DO FORO REGIONAL DO BUTANTÃ, é suscitado MM. JUIZ DE DIREITO DO DEPARTAMENTO DE INQUÉRITOS POLICIAIS DA CAPITAL.

ACORDAM, em Câmara Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Acolheram o conflito e declararam competente o Juízo suscitado (Juízo de Direito do Departamento de Inquéritos Policiais da Capital). V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 4065)**

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, 9 de dezembro de 2014.

AIRTON PINHEIRO DE CASTRO, Relator

Ementa: Conflito de jurisdição – Violência doméstica – Ação delitiva voltada contra crianças, filhos e enteados das averiguadas, respectivamente – Vulnerabilidade não decorrente do gênero feminino das vítimas, mas sim de sua tenra idade – Não incidência do art. 5º da Lei nº 11.340/06, em ordem a determinar a competência da vara especializada – Competência do suscitado.

Acesso ao Sumário

VOTO

Trata-se de conflito negativo de jurisdição envolvendo os Juízos da Vara do Juizado da Região Oeste de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher (suscitante) e o Juízo de Direito do Departamento de Inquéritos Policiais da Capital.

Ainda na fase de apuração dos fatos subjacentes ao conflito, ao apreciar representação por prisão temporária (fls. 45/51), o magistrado oficiante no Plantão Noturno do Departamento de Inquéritos Policiais da Capital deferiu o pedido e determinou a remessa dos autos, com urgência, à Vara de Violência Doméstica e Familiar competente, ao entendimento de se tratar de crime praticado no âmbito doméstico (fls. 54/56).

Redistribuído o feito ao Juízo da Vara do Juizado da Região Oeste de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher, este houve por bem suscitar o conflito, ponderando não se tratar de hipótese de violência de gênero, dirigida contra a mulher.

Por decisão proferida a fls. 58 restou designado o Juízo Suscitante para a apreciação das medidas urgentes.

Manifestou-se a Procuradoria Geral de Justiça pelo conhecimento do incidente, declarando-se a competência do Juízo Suscitante (fls. 61/65).

É o relatório.

O conflito negativo de jurisdição está configurado, uma vez que ambos os Magistrados consideram-se incompetentes para conhecer do feito.

Razão assiste ao Juízo Suscitante.

Os fatos objeto de investigação concluída na fase de inquérito policial, sem notícias de oferecimento de denúncia neste expediente, dão conta da possível prática de delitos pelas averiguadas Tamyres Agata dos Santos Trindade Vicente e Cristina Rodrigues Lopes, tortura e maus tratos, tendo por vítimas as crianças T.R.S. e D.B.L, de 09 e 01 ano, filhos da primeira averiguada e "enteados" da segunda, respectivamente, ambas aparentemente conviventes.

Neste contexto, como bem obtemperou o Des. CAMARGO ARANHA FILHO por ocasião do julgamento do Conflito de Jurisdição nº 0028978-02.2014.8.26.0000, j. 04.08.2014, impende considerar que "*não basta, ao reconhecimento da competência da Vara de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher, que se verifique apenas a desigualdade física na relação entre vítima e ofensor, sendo de rigor que o gênero da ofendida seja determinante na prática do delito, conjuntamente ao preenchimento dos requisitos da relação doméstica, familiar ou de afetividade, além da convivência íntima*".

Ponderou sua Excelência, na ocasião, que "*Prova disso é a incidência*

da legislação especial protetiva apenas aos casos de sujeição passiva da mulher, entendimento consolidado na Súmula 112 deste Egrégio Tribunal de Justiça, pois fosse o caso de desequilíbrio de qualquer natureza, aplicar-se-ia a legislação especial ao idoso, ao portador de necessidades especiais, assim como à criança, o que não é o caso".

Daí concluir: "*Em outras palavras, nos casos de ação delitiva voltada contra a criança, como na hipótese, a capacidade de dominação não decorre do gênero feminino da vítima, mas do fato de valer-se o acusado da vulnerabilidade determinada pela tenra idade, vitimizando a(o) infante em razão da condição de absolutamente incapaz de compreender e se autodeterminar, física ou psiquicamente, perante o adulto, o que afasta a incidência do artigo 5º da lei 11.340/06*".

Veja-se que no caso concreto *sub examine*, a teor do que se extrai de fls. 37 do Relatório Final com Representação de Prisão Preventiva, a violência perpetrada, objeto de apuração, tem por destinatárias crianças de tenra idade, a mais velha, do sexo feminino, e o menor, do sexo masculino, indistintamente, não por conta do gênero, e sim pela vulnerabilidade inerente à condição de pessoas em desenvolvimento, absolutamente incapazes, e por tal sujeitas à opressão dominante das averiguadas.

Por corolário, o pressuposto finalístico da incidência da competência especializada das Varas do Juizado da Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher, é dizer, a tutela contra a cognominada "violência de gênero", não se faz presente.

Pelo exposto, acolhe-se o conflito e declara-se competente o Juízo suscitado (Juízo de Direito do Departamento de Inquéritos Policiais da Capital).

Habeas Corpus

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de *Habeas Corpus* nº 2159100-69.2014.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é impetrante Letícia Marquez de Avelar e paciente V.R.M. (MENOR).

ACORDAM, em Câmara Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Denegaram a ordem. V.U.", de conformidade com

o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 39.817)**

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, 15 de dezembro de 2014.

GUERRIERI REZENDE, Decano e Relator

Ementa: *HABEAS CORPUS* – Execução de medida socioeducativa de prestação de serviços à comunidade – Descumprimento – Decisão que determinou a expedição de mandado de busca e apreensão para a oitiva do adolescente em Juízo – Possibilidade – Adolescente que não foi localizado para intimação e se revela resistente ao cumprimento da medida – Denegação da ordem para manter a busca e apreensão para oitiva do adolescente em audiência de justificação.

VOTO

Trata-se de *habeas corpus*, com pedido de liminar, impetrado pela Defensora Pública do Estado, Doutora Letícia Marquez de Avelar, em favor do adolescente V.R.M. (DN (...)), insurgindo-se, em síntese, contra decisão proferida pelo MM. Juízo de Direito do Departamento de Execuções da Vara Especial da Infância e Juventude que, em razão do descumprimento de medida socioeducativa de prestação de serviços à comunidade, determinou a expedição em seu desfavor de mandado de busca e apreensão, para ser ouvido em audiência, oportunidade em que poderia se justificar acerca do descumprimento da medida. Aduz, em síntese, que referida decisão viola os princípios constitucionais da ampla defesa e do contraditório, contraria a Súmula nº 265 do Superior Tribunal de Justiça e também a Resolução nº 165 do Conselho Nacional de Justiça. Sustenta que '*o cumprimento do mandado de busca e apreensão inevitavelmente redundará na privação de liberdade do adolescente, eis que ele será encaminhado para uma Delegacia e, posteriormente, para unidade de internação até que seja ouvido pela autoridade coatora, providência que poderá demorar de um a dois dias. Assim, o que temos é que o adolescente restará internado em hipótese que não foi, e nem poderia ser, decretada sua internação.*' Requer, liminarmente, o recolhimento do mandado de busca e apreensão e, no mérito, a cassação definitiva desta determinação, para que '*seja outra proferida pelo d. Juízo a quo dentro do âmbito da legislação vigente*' (fls. 1/12).

A liminar foi denegada, mantendo-se a busca e apreensão do adolescente para oitiva em Juízo (fls. 61/62).

Prestadas as devidas informações (fls. 67/69), opinou a douta Procuradoria Geral de Justiça pela denegação da ordem (fls. 82/85).

É o relatório.

A presente ordem deve ser denegada.

Conforme a remansosa jurisprudência da Câmara Especial, a segregação do adolescente pelo descumprimento de medida só pode ser decretada após sua oitiva em audiência de justificação, nos exatos termos da Súmula 265 do Colendo Superior Tribunal de Justiça. E, cabe ao Magistrado decidir sobre sua necessidade na própria audiência, logo após a realização da oitiva, pois, no caso da aceitação dos motivos apresentados pelo jovem e consequente liberação, a segregação só será autorizada, havendo uma nova audiência de justificação, com oitiva do menor.

Assim, inegável a necessidade de o Magistrado utilizar-se do mandado de busca e apreensão quando infrutíferas as tentativas de intimação do jovem para que compareça em Juízo a fim de justificar o descumprimento da medida anteriormente imposta, porém, a medida de internação-sanção somente poderia ser imposta, se o caso, após a oitiva do adolescente, em cumprimento aos princípios do contraditório, da ampla defesa e do devido processo legal.

Esse é o entendimento que se extrai da Súmula 265, do Superior Tribunal de Justiça: "*É necessária a oitiva do menor infrator antes de decretar-se a regressão da medida socioeducativa*".

Não destoa, ademais, do que tem decidido o Colendo Superior Tribunal de Justiça em casos que tais, como se infere do aresto abaixo colacionado:

"*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).

Outrossim, a apresentação em Juízo, mediante busca e apreensão, confere

Acesso ao Sumário

ao jovem a oportunidade de justificar-se (quanto ao noticiado descumprimento da medida socioeducativa de prestação de serviços à comunidade), constituindo providência imprescindível à eventual aplicação da medida de internação-sanção, prevista no artigo 122, inciso III, da Lei 8.069/90, ou outras providências tendentes à reeducação e ressocialização.

Verifica-se pelas informações do nobre Juiz às fls. 67/69 que o jovem "*foi inserido na medida socioeducativa de prestação de serviços à comunidade em razão de sentença datada de 25/06/2013 pela prática de ato infracional equiparado ao crime previsto no artigo 180, do Código Penal. Anoto que na audiência em que foi proferida a sentença o adolescente foi pessoalmente advertido acerca das consequências do descumprimento da medida – fls. 06/07. Compareceu para iniciar o cumprimento da medida em outubro de 2013. Foi apresentado o Plano de Atendimento Individual – PIA (fls. 18/20). Anoto que a fls. 20 as técnicas mencionam a dificuldade em entrar em contato com o adolescente através do número de telefone e do endereço fornecido, sendo que constataram que o último não estava correto. Segundo relatórios de fls. 26/27 e 29/30, datados de 17/01/2014 e 27/02/14 o jovem descumpre a medida. Foi sensibilizado acerca da importância do correto cumprimento, mas não demonstrou responsabilidade. Expediu-se mandado de intimação ao endereço informado nos autos, que foi recebido por pessoa que declarou ser a tia do educando. Esta se comprometeu a entregá-lo, se possível (fls. 38/39). O relatório técnico de fls. 41/42 dá conta de que o jovem não retomou o cumprimento da medida*".

Nesse sentido também há precedente desta C. Corte, assim ementado:

"*HABEAS CORPUS – Renitente desobediência ao programa de ressocialização – Direito do menor de ser ouvido em audiência de justificação a cada oportunidade – Verbete 265 do STJ que, ainda que não vinculante, uniformizou tratamento do tema para impedir a perplexidade de diferenciação nos atendimentos – Prova documental que revela, ao mesmo tempo, resistência da menor, mas desatendimento ao verbete na oportunidade de impetração do writ – Confirmação da liminar outorgada pelo relator – Designação de audiência na origem, oitiva da justificação e deliberação subsequente do MM. Juiz, respeitado o seu livre convencimento fundamentado – Não localização ou não comparecimento que dão azo a expedição de mandado de busca e apreensão para audiência de justificação – Ordem concedida com observação*". (*Habeas Corpus* nº 0286324-29.2011.8.26.0000, Câmara Especial – TJSP, Rel. Roberto Solimene, j. 27.02.2012, v.u.)

Tais elementos permitem concluir que de fato não se revelou prematura a busca e apreensão, tendo em conta a renitência quanto ao comparecimento para fins de efetivo cumprimento da medida socioeducativa.

Acesso ao Sumário

Pelo exposto, denega-se a ordem, mantendo-se sua busca e apreensão, para oitiva em Juízo.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de *Habeas Corpus* nº 2171474-20.2014.8.26.0000, da Comarca de Indaiatuba, em que é paciente A.M.J. e impetrante E.P.N..

ACORDAM, em Câmara Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Por maioria, concederam a ordem, nos termos do voto do 2º Juiz, vencido em parte o relator sorteado que declarará.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 20.980)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores EROS PICELI, Vice-Presidente (Presidente), e CARLOS DIAS MOTTA (vencido).

São Paulo, 15 de dezembro de 2014.

RICARDO ANAFE, Relator Designado, Presidente da Seção de Direito Público

***Habeas Corpus*. Execução de medida socioeducativa. Impetração contra decisão que decretou a internação-sanção do paciente, pelo prazo de três meses, ante o descumprimento da medida de prestação de serviços à comunidade – Impossibilidade de imposição de internação-sanção pelo descumprimento de medida aplicada em remissão concedida como forma de exclusão ou extinção do processo, que se transforma em verdadeira obrigação natural – Medida de prestação de serviços à comunidade que deveria ter sido cumulada com a remissão como forma de suspensão do processo, respeitado o devido processo legal – Excluído o feito, não mais é possível o oferecimento de representação pelo Ministério Público.**

Ordem concedida.

VOTO

1. Cuida-se de *habeas corpus* impetrado em favor de A.M.J., contra a decisão que decretou a internação-sanção por noventa dias, após descumprimento injustificado da medida socioeducativa de prestação de serviços à comunidade,

na qual o paciente foi inserido ante a concessão de remissão cumulada com tal medida, em razão da suposta prática de ato infracional equiparado ao delito de furto qualificado.

Sustenta, o impetrante, que a remissão suspensiva importa na suspensão do processo condicionado ou não ao cumprimento de medida socioeducativa, não sendo possível a decretação de internação-sanção.

Requer a concessão de liminar para que o adolescente seja colocado em liberdade até o final do julgamento do *habeas corpus*, e, no mérito, pugna pela inserção do jovem em medida de liberdade assistida.

A liminar pleiteada foi deferida (fl. 28/30).

Prestadas as informações (fl. 34), a Procuradoria Geral de Justiça opinou pela concessão da ordem (fl. 47/50).

É o relatório.

2. A ordem deve ser concedida.

Em procedimento pré-processual para apuração de ato infracional análogo ao crime de furto qualificado, supostamente praticado pelo paciente, o Ministério Público concedeu ao adolescente a remissão, como forma de exclusão do processo, cumulada com prestação de serviços à comunidade.

O Estatuto da Criança e do Adolescente prevê em seus artigos 126 e 127 as três modalidades de remissão: como forma de exclusão do processo (remissão ministerial, caso dos autos); de extinção do processo; e de suspensão do processo (remissão judicial).

A remissão pode ser concedida como perdão puro e simples na fase pré-processual ou quando já instaurado o procedimento judicial, implicando na exclusão ou extinção.

A remissão pode ser cumulada com medidas protetivas e socioeducativas em meio aberto e, ouvido o Ministério Público, pode ser concedida pelo magistrado a qualquer tempo após o recebimento da representação (artigo 126, parágrafo único).

Na hipótese em testilha, o magistrado homologou, por sentença, a remissão proposta pelo Ministério Público, aplicando ao adolescente a medida de prestação de serviços à comunidade pelo prazo de três meses (fl. 20/21).

A remissão, como forma de exclusão ou extinção do processo, transforma-se em verdadeira obrigação natural, sem que se possa forçar o cumprimento sob ameaça de imposição mais severa. Deve, assim, ser concedida nos casos de menor gravidade, reservando-se às hipóteses em que apenas a medida de advertência seja suficiente para a ressocialização.

Importante salientar, ainda, que a aplicação da internação-sanção, nos termos previstos no artigo 122, III, do ECA, prevê a imposição de medida, o que

não ocorre na concessão de remissão, onde a medida socioeducativa é ajustada, com natureza transacional, e não imposta.

Desse modo, a cumulação de medida que não se esgote em si mesma, caso dos autos, deveria ter sido aplicada com a remissão judicial, como forma de suspensão do processo. Noticiado o descumprimento, o feito prosseguiria em seus regulares termos.

Inviável a internação do paciente sem assegurar-lhe o trâmite do devido processo legal, com a garantia do contraditório e da ampla defesa.

Por epítome, excluído o processo, consequência da remissão pré-processual, nos exatos termos do artigo 126, *caput*, do Estatuto da Criança e do Adolescente, não mais é possível o oferecimento de representação pelo Ministério Público, transformando-se a medida socioeducativa, como dito, em verdadeira obrigação natural.

Nesse sentido:

"**A remissão visa mitigar os efeitos negativos da instauração ou da continuação do processo de apuração de atos infracionais cometidos sem violência ou grave ameaça à pessoa, quando a ressocialização do menor pode ser atingida sem a necessidade de comprometimento da sua liberdade de locomoção. Homologada a remissão nos moldes do art. 126 do ECA , na fase pré-processual, com a exclusão do processo, não há mais falar-se em representação nem em processo, admitindo-se apenas a aplicação imediata de medida sócio-educativa diversa da semiliberdade e da internação. A aplicação de medida sócio-educativa, especialmente as que atingem a liberdade do adolescente, sempre estará sujeita às garantias constitucionais da ampla defesa e do contraditório caracterizando-se constrangimento ilegal a sua decretação sem a oitiva prévia do adolescente infrator, nos termos da Súmula nº 265 do STJ. O caso aqui tratado não comporta a privação da liberdade de locomoção do menor em consequência do descumprimento da medida composta na remissão, apesar da dicção do art. 128 , porque se trataria de internação-sanção vedada pela parte final do art. 127 mesmo Estatuto de Proteção a Criança**" (HC 2009312074 – TJSE).

Inviável, assim, o oferecimento da representação após a homologação judicial da remissão na modalidade de exclusão, antes mesmo de se iniciar o procedimento na qual seria apurada a responsabilidade.

3. À vista do exposto, pelo meu voto, concedo a ordem.

Comunique-se, com urgência, à vara de origem.

DECLARAÇÃO DE VOTO PARCIALMENTE VENCIDO

Acesso ao Sumário

(Voto nº 4188)

Trata-se de *habeas corpus*, com requerimento de medida liminar, impetrado em razão de suposta ilegalidade na decretação de internação-sanção, pelo prazo de três meses, com base no art. 122, inciso III, da Lei nº 8.069/90 (fls. 24).

Em síntese, o impetrante sustenta que: a r. deliberação que determinou a privação de liberdade do paciente estaria maculada de vício; é impossível tal aplicação quando concedida a remissão cumulada com medida socioeducativa (fls. 01/10).

O requerimento de medida liminar foi deferido (fls. 28/30).

O MM. Juízo de origem prestou informações (fls. 34).

A D. Procuradoria Geral de Justiça opinou pela concessão da ordem (fls. 47/50).

É o relatório.

Decido:

Da análise dos autos, verifica-se que o paciente sequer foi representado, tendo sido beneficiado com a concessão de remissão, nos termos do artigo 126, parágrafo único, do ECA, porém, cumulada com a medida socioeducativa de prestação de serviços à comunidade, pelo prazo de seis meses (fls. 20/21).

No entanto, sobrevieram aos autos documentos que informaram o descumprimento da medida socioeducativa supracitada (fls. 22/23, 36/42 e 44/45).

Realizada audiência de advertência, o MM. Juízo *a quo* intimou o adolescente para que retornasse ao cumprimento da medida socioeducativa (fls. 43).

Todavia, o jovem permaneceu descumprindo a medida que lhe fora imposta, razão pela qual o MM. Juízo de origem aplicou ao adolescente a medida de internação-sanção, pelo prazo de três meses, com fundamento no artigo 122, inciso III, do ECA (fls. 24).

Em razão da decisão acima mencionada, impetrou-se o presente *habeas corpus*, com o propósito de cassar a decisão que impôs ao paciente a medida de internação-sanção.

A presente ordem de *habeas corpus* deve ser concedida.

Pela própria inteligência dos artigos 126 e 127, ambos do ECA, infere-se que a remissão suprime o contraditório, não vale para antecedentes, é benefício excepcional e incompatível com as medidas de semiliberdade ou internação, porquanto privativa de liberdade.

Neste caso concreto, se o adolescente desatende a medida socioeducativa imposta, outras providências devem se adotadas, mas não a regressão para

internação-sanção, pois esta intervenção se revela teleologicamente inadequada.

Acerca da eventual incompatibilidade estrutural da medida mais gravosa, é oportuna a lição do Min. Paulo Gallotti, do E. Superior Tribunal de Justiça:

"*(...) o Estatuto da Criança e do Adolescente contempla, em seu artigo 126 e parágrafo único, a hipótese da remissão judicial 'atendendo às circunstâncias e consequências do fato, ao contexto social, bem como à personalidade do adolescente e sua maior ou menor participação no ato infracional', isto é, tem o nítido caráter de perdão judicial e atende a situações específicas em que o magistrado, em consonância com os princípios protetivos insculpidos na Lei de Regência, verifica não ser necessária a aplicação de medida sócio-educativa*" (STJ – HC 22.385/SP – 6ª T – rel. Min. Paulo Gallotti – J. 6.5.2003).

De fato, considerando que a remissão como forma de exclusão do processo não implica necessariamente o reconhecimento ou comprovação da responsabilidade do adolescente, não há que se cogitar a aplicação de medidas restritivas de liberdade, o que se afiguraria como verdadeira afronta aos princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa.

Nesse contexto, se assim entender necessária a aplicação de medida mais gravosa, deve antes o i. Representante do Ministério Público verificar e, se for o caso, oferecer representação em desfavor do menor, de forma a que seja instaurado o devido procedimento para apuração da prática do ato infracional e a eventual aplicação de medida socioeducativa, até mesmo de internação.

Ante o exposto, pelo meu voto, **concedia a ordem**, confirmando a liminar deferida.

CARLOS DIAS MOTTA, Desembargador, Relator sorteado vencido em parte

Acesso ao Sumário

CONSELHO SUPERIOR DA MAGISTRATURA

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0001748-75.2013.8.26.0337, da Comarca de Mairinque, em que é apelante CLEYDE REYKO MIYAMOTO, é apelado OFICIAL DE REGISTRO DE IMÓVEIS E ANEXOS DA COMARCA DE MAIRINQUE.

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 34.138)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores JOSÉ RENATO NALINI (Presidente), EROS PICELI, GUERRIERI REZENDE, ARTUR MARQUES, PINHEIRO FRANCO e RICARDO ANAFE.

São Paulo, 19 de dezembro de 2014.

ELLIOT AKEL, Relator

Ementa: REGISTRO DE IMÓVEIS – DÚVIDA – ESCRITURA PÚBLICA DE SEPARAÇÃO CONSENSUAL LAVRADA ANTES DA AVERBAÇÃO DA INDISPONIBILIDADE DE BENS, PORÉM, APRESENTADA PARA REGISTRO POSTERIORMENTE – IMPOSSIBILIDADE DO REGISTRO, EM OBSERVÂNCIA AO PRINCÍPIO "TEMPUS REGIT ACTUM" – NECESSIDADE DE PRÉVIO CANCELAMENTO DA AVERBAÇÃO, AUTORIZADO POR QUEM A DECRETOU – RECUSA CORRETA DA OFICIAL – DÚVIDA PROCEDENTE – RECURSO NÃO PROVIDO.

VOTO

Vistos.

Trata-se de recurso de apelação interposto contra a sentença da MM. Juíza Corregedora Permanente do Oficial de Registro de Imóveis da Comarca de Mairinque, que julgou procedente a dúvida suscitada e manteve a recusa

Acesso ao Sumário

de registro da escritura pública de separação consensual, referente ao imóvel matriculado sob número 3.957, fundada em averbação realizada em maio de 2011 decorrente da indisponibilidade dos bens de Sergio Miyamoto, decretada nos termos do Comunicado n. 419/2011 da Corregedoria Geral da Justiça, expedido em 08/04/2011, nos autos do Processo CG 2011/29942, por solicitação do Banco Central do Brasil (Ato-Presi n. 1.183 de 04/03/2011, publicado no DOU de 09/03/2011) e sob o entendimento de que a lavratura da escritura pública antes do decreto de indisponibilidade não garante o ingresso do título no registro, por força do princípio da anterioridade.

A apelante afirma que há muito tempo, desde a aquisição do imóvel, era titular da metade ideal em razão do seu casamento com Sergio Miyamoto, e que, em razão da separação ocorrida no ano de 2009 e partilha dos bens, passou a ser titular do domínio da totalidade do imóvel, o que autoriza o registro, porque na época da decretação e averbação da indisponibilidade de bens de seu ex-cônjuge, o bem não mais integrava o patrimônio deste último.

A Procuradoria Geral de Justiça opinou pelo não provimento do recurso.

É o relatório.

Estava sedimentado no Conselho Superior da Magistratura o entendimento de que a averbação de indisponibilidade de bens impedia o ingresso de qualquer título no fólio real, quer o decorrente de alienação forçada, quer o decorrente de alienação voluntária, a exemplo do decidido pelo Desembargador José Mário Antonio Cardinale, então Corregedor Geral da Justiça, na Apelação Cível n. 386-6/2, julgada em 06.10.2005. Transcreve-se o trecho do aresto de interesse ao caso em tela:

"*O imóvel objeto da arrematação judicial foi penhorado em processo executivo ajuizado pela Fazenda Nacional, tornando-se, portanto, indisponível.*

Neste sentido é o entendimento pacífico do Conselho Superior da Magistratura na Apelação Cível nº 76.562-0/5, Americana e na Apelação Cível nº 79.730-0/4, Capital.

A lei não faz distinção quanto à abrangência da indisponibilidade, que atinge tanto os atos voluntários de alienação, quanto os de venda judicial forçada, e nem haveria motivo para tal diferenciação.

O Conselho Superior da Magistratura já teve oportunidade de decidir que a indisponibilidade é forma especial de inalienabilidade e de impenhorabilidade e que o dispositivo legal tem caráter genérico, e não compete ao registrador interpretá-lo restritivamente (Ap. Cível n. 76.562-0/5, j. 23.05.2001, Rel. Luís de Macedo)."

Esse entendimento sofreu modificação e passou a prevalecer o de que a indisponibilidade incide apenas sobre a alienação voluntária e não sobre a forçada, isso à vista de decisão do Superior Tribunal de Justiça nos autos do

Recurso Especial nº 512.398, cujo voto do eminente relator Ministro Felix Fischer traz a seguinte consideração:

"*Tenho contudo que, a indisponibilidade a que se refere o dispositivo* (referindo-se ao § 1º, do art. 53, da Lei 8.212/91*) traduz-se na invalidade, em relação ao ente Fazendário, de qualquer ato de alienação do bem penhorado, praticado* ***sponte propria*** *pelo devedor-executado após a efetivação da constrição judicial. Sendo assim, a referida indisponibilidade não impede que haja a alienação forçada do bem em decorrência da segunda penhora, realizada nos autos de execução proposta por particular, desde que resguardados, dentro do montante auferido, os valores ao crédito fazendário relativo ao primeiro gravame imposto.*" (Apelação nº 0007969-54.2010.8.26.0604 – Relator Desembargador Renato Nalini).

Nesse mesmo sentido:

"*REGISTRO DE IMÓVEIS – Dúvida inversa – Imóvel penhorado com base no art.53, § 1º, da Lei 8.212/91 – Indisponibilidade que obsta apenas a alienação voluntária – Possibilidade de registro da Carta de Arrematação – Recurso provido.*" (Apelação Cível nº 0004717-40.2010.8.26.0411 – Relator Desembargador Renato Nalini).

A apelante não discute acerca da impossibilidade de registro de título decorrente de alienação voluntária na hipótese de existência de averbação de indisponibilidade, mas sustenta que o fato de a data da lavratura da escritura pública de separação consensual, pela qual foi-lhe atribuída a metade ideal do imóvel que pertencia a seu cônjuge Sergio Miyamoto ser anterior à decretação e registro da indisponibilidade dos bens deste, restou assegurado seu direito de registro do título, com a consequente transmissão da propriedade, a qual, na realidade, já havia sido transmitida ao tempo da separação.

Está sedimentado neste Conselho Superior da Magistratura que, para fins de registro, o que importa é a data da apresentação do título para tal fim, porque é nesse momento que será feita a análise e qualificação, em atenção ao princípio "tempus regit actum", sujeitando-se o título à lei vigente ao tempo da sua apresentação.

Acesso ao Sumário

Assim sendo, embora a escritura pública tenha sido lavrada em data anterior à da averbação da indisponibilidade, ao tempo de sua apresentação perante o Registro de Imóveis a averbação já estava inscrita na matrícula, impedindo o registro.

Neste sentido: "...a indisponibilidade de bens é forma especial de inalienabilidade e impenhorabilidade, impedindo o acesso de títulos de disposição ou oneração, ainda que formalizados anteriormente à decretação da inalienabilidade" (Conselho Superior da Magistratura, Apelação Cível nº 29.886-0/4, São Paulo, Rel. Des. Márcio Martins Bonilha, fls. 28/29 e 53/54).

REGISTRO DE IMÓVEIS – Escritura de Compra e Venda lavrada antes da averbação da indisponibilidade, mas apresentada a registro depois dela – Impossibilidade de registro até que a indisponibilidade seja cancelada por quem a decretou – *Tempus regit actum* – Precedentes do CSM – Recurso não provido. (Apelação Cível nº 0015089-03.2012.8.26.0565 – rel. José Renato Nalini).

Este último julgado cita os seguintes precedentes no mesmo sentido: Apelação Cível nº 115-6/7, rel. José Mário Antonio Cardinale, nº 777-6/7, rel. Ruy Camilo, nº 530-6/0, rel. Gilberto Passos de Freitas, e nº 0004535-52.2011.8.26.0562, rel. José Renato Nalini).

Verifica-se, pois, que o ingresso do título no fólio real reclama o prévio cancelamento da averbação da indisponibilidade, mediante autorização de quem a decretou.

À vista do exposto, nego provimento ao recurso.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 1024081-02.2014.8.26.0100, da Comarca de São Paulo, em que é apelante INVESTPREV SEGUROS E PREVIDÊNCIA S/A, é apelado 5º OFICIAL DE REGISTRO DE IMÓVEIS DA COMARCA DA CAPITAL.

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 34.136)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores JOSÉ RENATO NALINI (Presidente), EROS PICELI, GUERRIERI REZENDE, ARTUR MARQUES, PINHEIRO FRANCO e RICARDO ANAFE.

São Paulo, 19 de dezembro de 2014.

ELLIOT AKEL, Relator

Ementa: REGISTRO DE IMÓVEIS – DÚVIDA – TRANSFERÊNCIA DE BENS IMÓVEIS (RESERVA TÉCNICA) DE ENTIDADE CIVIL PARA SOCIEDADE ANÔNIMA, EM RAZÃO DE NEGÓCIO FEITO ENTRE ENTIDADES DE PREVIDÊNCIA COMPLEMENTAR – NECESSIDADE DE ESCRITURA PÚBLICA – NÃO

Acesso ao Sumário

INCIDÊNCIA DE NORMAS QUE REGULAM SITUAÇÕES DISTINTAS – IMPOSSIBILIDADE, EM FACE DO ART. 108 DO CÓDIGO CIVIL, DE UTILIZAÇÃO DA ANALOGIA OU DE INTERPRETAÇÃO EXTENSIVA – RECURSO DESPROVIDO.

VOTO

Investprev Seguros e Previdência S/A requereu ao 5º Oficial do Registro de Imóveis da Capital o registro da documentação societária destinada a possibilitar a transferência dos imóveis objetos das matrículas nºs 18.840, 31.048, 31.049, 31.052, 31.053, 31.054 e 31.057.

A transferência decorreu de "instrumento particular de cessão e transferência de carteira de planos de previdência complementar", firmado entre RS Previdência (entidade aberta de previdência complementar, sem fins lucrativos) e a recorrente, Sociedade Anônima.

Após assembleia geral extraordinária, que autorizou a transferência, a RS obteve, junto com a recorrente, o aval da SUSEP para realização do negócio, que implicou, também, a alienação de reserva técnica, consistente em bens imóveis.

A recorrente entende que se trata, aí, de uma incorporação de imóveis ao seu patrimônio, cuja transferência de domínio deu-se pela mera tradição. Registrado o negócio perante a JUCESP e o Oficial de Registro de Pessoas Jurídicas, o ato societário estaria apto a ser registrado no Registro de Imóveis, aplicando-se, por analogia, o art. 64, da Lei nº 8.934/94. A analogia poderia ser feita também, a seu sentir, com os artigos 89 e 98 da Lei das Sociedades Anônimas.

O Oficial do Registro de Imóveis afastou a possibilidade de analogia, argumentando que as situações expostas nos artigos mencionados são distintas e que o art. 108 do Código Civil torna necessária a lavratura de escritura pública para a transferência dos imóveis entre as interessadas.

O entendimento do Oficial foi sufragado pelo Juízo de Primeiro Grau e pela Procuradoria de Justiça.

A interessada, em seu recurso, volta a se utilizar dos mesmos argumentos.

É o relatório.

O recurso não comporta provimento.

O negócio jurídico realizado foi de transferência de carteira de planos de previdência complementar. Em virtude desse negócio, alienou-se, da RS Previdência (entidade aberta de previdência complementar, sem fins lucrativos) para a recorrente, Sociedade Anônima, a reserva técnica, consistente em diversos

Acesso ao Sumário

imóveis.

A questão a ser respondida é: *a transferência da reserva técnica, ou seja, a alienação dos bens imóveis, prescinde de escritura pública?*

Desde já afasta-se a afirmação de que a alienação se deu pela mera tradição. Tratando-se de bens imóveis, a transferência da propriedade só ocorre mediante o registro do título translativo no Registro de Imóveis (art. 1.245, do Código Civil).

A recorrente postula a aplicação analógica do art. 64, da Lei nº 8.934/94 ou dos artigos 89 e 98 da Lei das Sociedades Anônimas. Isso, porém, não é viável, e por duas razões.

Em primeiro lugar, nenhum dos dispositivos guarda uma relação de semelhança relevante com o caso concreto, apta a fazer incidir a analogia para colmatação de lacuna. Conforme ensina Norberto Bobbio, "entende-se por analogia o procedimento pelo qual se atribui a um caso não regulamentado a mesma disciplina que a um caso regulamentado *semelhante*." Logo em seguida, o autor esclarece que não é qualquer semelhança que autoriza o uso da analogia para a superação de lacuna: "para fazer a atribuição ao caso não regulamentado das mesmas consequências jurídicas atribuídas ao caso regulamentado semelhante, é preciso que entre os dois casos exista não uma semelhança qualquer, mas uma *semelhança relevante*, é preciso ascender dos dois casos a uma qualidade comum a ambos, que seja ao mesmo tempo a razão suficiente pela qual ao caso regulamentado foram atribuídas aquelas e não outras consequências." (BOBBIO, Norberto, *Teoria do ordenamento jurídico*, Editora UNB, 7ª ed., 1996, páginas 151 e 153).

Ora, o art. 89 da Lei nº 6.404/76 trata da formação do capital social das sociedades anônimas. Dispensa-se a escritura pública na incorporação de imóveis para a formação do capital social. O dispositivo está inserido na Seção IV, do Capítulo VII, da Lei das S/A, que cuida da constituição das companhias. Portanto, dispensa-se a escritura pública, quando da constituição da companhia, para a incorporação de imóveis com vistas à formação do capital social. A situação, evidentemente, nada tem que ver com a hipótese dos autos. O mesmo se diga do art. 98, § 2º, que trata da certidão dos atos constitutivos da companhia e da formação do seu capital social.

O art. 64, da Lei nº 8.934/94, disciplina a formação ou o aumento do capital social das sociedades mercantis. Como visto, porém, a recorrente é uma sociedade anônima, regulamentada, portanto, por lei própria. Não fosse apenas isso, o dispositivo diz: "a certidão dos atos de constituição e de alteração das sociedades mercantis, passadas pelas juntas comerciais em que foram arquivados, será o documento hábil para a transferência, por transcrição no registro público competente, dos bens com que o subscritor tiver contribuído

para a formação ou aumento do capital social". Ainda que se admitisse que uma sociedade anônima pudesse ser submetida a outro regime, que não a Lei nº 6.404/76, o fato é que o que se negociou não foi exatamente a formação ou aumento do capital social. Houve, na verdade, uma transferência de carteira de planos de previdência complementar, com a consequente alienação da reserva técnica.

Não existe, assim, a mencionada *semelhança relevante*, por meio da qual se possa identificar uma qualidade comum a ambos os casos, que seja ao mesmo tempo a razão suficiente pela qual aos casos regulamentados foram atribuídas aquelas e não outras consequências.

A segunda razão pela qual não é possível lançar mão da analogia, no presente caso, é a redação do art. 108, do Código Civil: "*Não dispondo a lei em contrário, a escritura pública é essencial à validade dos negócios jurídicos que visem à constituição, transferência, modificação ou renúncia de direitos reais sobre imóveis de valor superior a trinta vezes o maior salário mínimo vigente no país.*"

Bem vistas as coisas, aliás, não é exatamente a analogia que a recorrente pretende aplicar aqui, mas a interpretação extensiva. De acordo com Bobbio, a diferença reside no fato de que, frente a uma lacuna, na analogia, tem-se, como efeito, a criação de uma nova norma jurídica para regulamentar o caso; na interpretação extensiva, não se cria uma nova norma, mas estende-se uma norma já existente para casos não previstos por ela (ob. cit., página 155). Em obra a propósito da criação da norma individual, observei que, "considerando seus pressupostos, temos analogia quando nos encontramos diante de uma lacuna, enquanto a interpretação extensiva pressupõe a existência da norma. Enquanto a interpretação extensiva é apenas 'interpretação', a analogia é algo mais, tendo caráter integrador. A interpretação extensiva desenvolve-se em torno de uma disposição normativa para nela compreender casos não expressos em sua letra, mas virtualmente incluídos em seu espírito, enquanto a analogia pressupõe que o caso em questão se encontra 'fora do espírito' da disposição de que se trata. Afirma De Diego que, enquanto a interpretação extensiva restabelece o equilíbrio entre o pensamento e a palavra da norma, a analogia restabelece o equilíbrio entre a norma e a vida. Além disso, a analogia é um procedimento posterior à interpretação extensiva. Esgotada esta, cabe a extensão analógica da norma." (AKEL, Hamilton Elliot, *O poder judicial e a criação da norma individual*, São Paulo: Saraiva, 1995, página 79).

Acesso ao Sumário

A recorrente deseja, de fato, a extensão de norma já existente para regulamentar o caso concreto. A dicção do art. 108, do Código Civil, contudo, não fossem somente as razões expostas acima acerca da falta de semelhança relevante entre as normas e o caso concreto, impede a possibilidade de extensão.

Ao prescrever que "não dispondo a lei em contrário, a escritura pública é essencial", o dispositivo determina que, caso haja lacuna (ausência de disposição de lei que excepcione a regra geral), aplica-se a regra geral. Isso traduz, aliás, a própria inexistência de lacuna, porque, na falta de lei específica que excepcione a regra, há, sempre, a necessidade da própria aplicação dessa regra.

É como se o artigo 108 dissesse ao intérprete que, não havendo lei que dispense a escritura pública, ao invés de buscar o preenchimento de eventual lacuna, ele – o intérprete – deve, necessariamente (porque a lei o determina), aplicar a regra geral. Não cabe estender a norma existente ou criar uma norma individual. Portanto, também por esse ângulo, a escritura não poderia ser dispensada.

Nesses termos, pelo meu voto, nego provimento ao recurso.

Acesso ao Sumário

NOTICIÁRIO

EVANDRO PELARIN (Juiz Diretor do Fórum da Comarca de Fernandópolis)

Discurso por ocasião da Solenidade de entrega do título de "Cidadão Fernandopolense" ao Presidente do Tribunal de Justiça, Desembargador José Renato Nalini, (Cerimônia realizada em 15.11.2014).

Dirijo-me ao Excelentíssimo Senhor Presidente da Câmara Municipal de Fernandópolis, Vereador **Francisco Arouca Poço**, na pessoa de quem cumprimento os vereadores desta Casa.

Excelentíssima Senhora Prefeita Municipal, **Ana Maria Matoso Bim**, a saudar em seu nome todos os meus concidadãos fernandopolenses.

Pelo Excelentíssimo Senhor Secretário de Estado de Planejamento e Desenvolvimento Regional de São Paulo e Deputado Federal licenciado, **Júlio Francisco Semeghini Neto**, e pelo Excelentíssimo Senhor Deputado Federal Eleito **Fausto Pinato**, filhos desta Terra, nossas boas vindas às autoridades e personalidades que nos visitam nesta manhã.

Em nome do Desembargador **João Alberto Pezarini**, Coordenador da 18ª Circunscrição Judiciária de Fernandópolis, cumprimento todos os meus colegas e amigos Juízes de Direito aqui presentes.

Ao Procurador de Justiça **Gabriel Cesar Zaccaria de Inellas**, Diretor do Departamento de Segurança da Associação Paulista do Ministério Público, nossa deferência especial a todos os membros do Ministério Público.

Pelo Excelentíssimo Senhor Presidente da OAB, Doutor **Marco Aurélio Del Grossi**, abraço todos os companheiros Advogados.

E em nome do Deputado Federal **Edinho Araújo** devoto uma saudação muito especial a todos os Prefeitos e Vice-Prefeitos que vieram prestigiar em Fernandópolis o Chefe do Poder Judiciário do Estado de São Paulo, que, em razão das estatísticas e números impressionantemente amazônicos, é considerado o maior Tribunal de Justiça do mundo.

Acesso ao Sumário

Senhoras, senhores.

Esta homenagem nasceu a partir de um diálogo, que aqui é constante, entre Judiciário, Executivo e Legislativo. Nós temos por costume nesta Comarca, Senhor Presidente José Renato Nalini, nos reunir e debater questões importantes de nosso Município, Comarca e circunscrição. Entendemos que o princípio constitucional da harmonia entre os poderes envolve um permanente encontro e troca de ideias entre autoridades públicas, que são constituídas para a efetivação do interesse público e para zelar pelo bem comum.

E assim, quando retornamos de nossa visita ao TJ no início deste ano, quando fomos recebidos por Vossa Excelência, logo em seguida muito aconteceu. Nossas carências mais urgentes, em razão o grande número de servidores aposentados na Comarca e na circunscrição, pois pleiteamos também pelas Comarcas de Estrela d'Oeste e General Salgado que nos integram, foram sendo paulatinamente atendidas. É claro, e é bom que se frise por indicação de Vossa Excelência, os Municípios também aderiram ao socorro dos servidores conveniados, que hoje nos ajudam e são fundamentais para manter nossa estrutura em funcionamento.

Pela presteza e rapidez dispensada por Vossa Excelência a esta Comarca e a toda a nossa circunscrição, que relatamos aos vereadores em nossos encontros rotineiros, logo veio a proposta do Presidente desta Casa, Vereador Chico Arouca, que foi aprovada por unanimidade. O título hoje entregue a Vossa Excelência, Presidente, é uma mostra do quanto a gratidão é um valor superior nesta cidade.

Mas o título tem um significado maior. Aqui dissemos aos nossos colegas dos Poderes Executivo e Legislativo que o Senhor, Presidente Nalini, é um jurista singular, neste Estado, no país e até mesmo fora do Brasil. E podemos dizer também, talvez com peso até maior, um servidor público exemplar.

O Presidente Nalini construiu sua vida e sua carreira pautando suas ações pela ética, pela devoção à coisa pública, pela justiça aos mais necessitados e pela defesa firme e consistente do meio ambiente, quando muitos sequer imaginavam o significado e a importância desse tema. E, além disso, o Presidente Nalini entrega e difunde uma qualidade essencial do Juiz, a pacificação.

O Presidente Nalini é um pacificador. Graças à sua atuação, hoje o Tribunal de Justiça mantém uma relação edificante com o Supremo Tribunal Federal, com o Conselho Nacional de Justiça e com o Ministério Público. O ganho para a justiça, de forma geral, é sensível e nos exorta a seguir seus passos. Trabalhar para construir e reformar pontes, pois o Poder Judiciário deve solucionar problemas, como vem dizendo constantemente o Presidente Nalini.

Aqui, Senhor Presidente, o Judiciário tenta servir a população não apenas

Acesso ao Sumário

por meio dos processos. Nós, juízes, fazemos atendimento ao público, fora e além das audiências. Nosso setor de conciliação, que é um dos mais antigos do Estado, que funciona graças ao empenho dos queridos Advogados mais experientes da Comarca, recebe todos os feitos iniciais cíveis e alguns da infância e juventude, alcançando média de consenso em torno de 40%. Nós, juízes, estimulamos e apoiamos os centros de conciliação da Polícia Civil e da Polícia Militar; ambas, com setores de conciliação estruturados e em funcionamento com excelentes resultados.

Também de se destacar, Senhor Presidente, que, após solicitação do Judiciário de Fernandópolis, em 2012, foi instalada a Central de Atendimento ao Egresso, que atende egressos da Comarca de Fernandópolis e famílias de egressos de várias cidades da região noroeste, inclusive São José do Rio Preto, o que nos leva a atendimentos mensais de cerca de 420 pessoas, número próximo ao da Comarca de Araçatuba (480), que junto com Fernandópolis, conta com a mesma estrutura. De forma semelhante, também em 2012, foi instalada a Central de Penas e Medidas Alternativas, trazendo maior especialidade ao cumprimento dessas sanções, de forma diferenciada. Essas estruturas, que trabalham mediante convênio entre a Secretaria de Administração Penitenciária e o Município de Fernandópolis, sem ônus pessoal e material ao Tribunal de Justiça, são fundamentais para que possamos ter aqui um atendimento digno àqueles que necessitam voltar ao convívio social, de cabeça erguida, num trabalho que envolve egressos, famílias e sociedade.

Esta pequena contribuição do Poder Judiciário auxilia que Fernandópolis, Senhor Presidente, hoje ocupe a 50ª posição no IDH da ONU, entre 5.565 Municípios brasileiros, e o 1º lugar do ranking regional Índice Paulista de Responsabilidade Social (IPRS). Claro que o maior mérito desses índices nós devemos creditar à população desta cidade e das cidades vizinhas, que é ordeira e laboriosa. Mas também, Senhor Presidente, não posso deixar de mencionar que o grande mérito do alto índice de desenvolvimento humano desta região, Votuporanga, Fernandópolis, Jales, Santa Fé do Sul e todos os Municípios deste noroeste paulista, que são os melhores lugares para se viver no país, é dos políticos. Isso mesmo! Graças ao trabalho dos Prefeitos, Vereadores, Deputados e Secretários de Estado desta região é que aqui, no noroeste paulista, segundo o mapa da Organização das Nações Unidas, temos as melhores cidades para se viver e criar nossos filhos. Por isso, Senhor Presidente, que nós juízes queremos fazer e alguns até terminar suas carreiras por aqui mesmo. Como diz nosso povo simples, aqui é "BÃO DEMAIS". E o Tribunal de Justiça pode estar atento a isso. Enfim, Senhor Presidente, parabéns pelo título de cidadão fernandopolense e leve não apenas Fernandópolis, mas também Três Fronteiras e Santa Fé do Sul, onde o Senhor esteve ontem, e das demais cidades desta região, o sentimento

Acesso ao Sumário

de gratidão e de certeza que o Judiciário da região noroeste está atento às transformações e às necessidades de uma Justiça célere, pacificadora e integrada com a comunidade.

Muito obrigado.

JOSÉ RENATO NALINI (Presidente do Tribunal de Justiça de São Paulo)

Discurso por ocasião do título de "Cidadão Fernandopolense" (Cerimônia realizada em 15.11.2014).

FERNANDÓPOLIS é cognominada Cidade Progresso ou Cidade das Águas Quentes e seu nome reverencia o interventor Fernando Costa, que governou São Paulo entre 1941 e 1945, ano em que nasci. Neste ano o distrito foi elevado a município, cujo progresso deveu-se, inicialmente, ao incremento das expedições boiadeiras ao Sertão de Rio Preto.

Quando assumi, em janeiro de 1973, a função de Promotor de Justiça Substituto na vizinha Votuporanga, era Prefeito de Fernandópolis Antenor Ferrari. Era o ano em que aqui se instalou a TELESP, construiu-se a agência regional da Nossa Caixa Nosso Banco, instalou-se o Corpo de Bombeiros, construiu-se o Núcleo Residencial da CESP e se concluiu a perfuração do Poção 1, com 1500 metros de profundidade e jorro de água a 57° C. Criou-se no mesmo ano a Fundação Educacional de Fernandópolis, a agência da Previdência Social, a regional da SABESP, o PRODEI e o Tiro de Guerra. Em 1973 também adotou-se a Bandeira do Município.

Desde então, 41 anos passados, Fernandópolis é uma urbe dinâmica e progressista. O Água Viva Thermas Clube Hotel atrai visitantes com suas piscinas de águas minerais termais e justifica ser conhecida como Cidade das Águas Quentes. Sua Festa do Peão seduz turistas de todo o Brasil e neste ano ostenta a maior arena de rodeio 100% coberta do Brasil. O enduro do Rotary chamou a atenção do Brasil, assim como o toque de recolher, instituído pelo meu colega Evandro Pelarin, com o intuito de reduzir os índices de violência que assolam todos os municípios. Mais de 100 cidades em 22 estados se inspiraram em Fernandópolis para encetar idêntica providência.

Acesso ao Sumário

Foi um brado de alerta de uma cidade que não se conforma com o

esgarçamento dos valores, nem assiste passivamente à fragmentação da família, das instituições e das virtudes.

Esta a cidade que me sensibiliza e emociona com a outorga do galardão máximo que um município pode conferir a um estranho: o título de cidadão. É o acolhimento de uma pessoa que não teve o privilégio de aqui nascer, mas que é recebida, carinhosamente, como um semelhante, um igual, um irmão.

Agradeço a todos quantos tornaram possível esse momento de glória. Principalmente ao Vereador e Presidente da Câmara FRANCISCO AROUCA POÇO, que teve iniciativa e aos demais edis da Câmara Municipal de Fernandópolis, cujos nomes faço questão de enunciar: ADEMIR DE JESUS ALMEIDA, ANDRÉ GIOVANNI PESSUTO CÂNDIDO, ARNALDO LUIS PUSSOLI, ÉTORE JOSÉ BARONI, GILBERTO VIAN, GUSTAVO RUY PINATO, HUMBERTO CARLOS MACHADO, MAURÍLIO SAVES, NEIDE NUNES BORGES GARCIA GOMES, ROGÉRIO PEREIRA DA SILVA, SALVADOR CASTRO DE SOUZA e VALDIR PINHEIRO.

Muito grato a Prefeita ANA BIM, como é conhecida a chefe do Executivo ANA MARIA MATOSO BIM, que também teve atuação nesta empreitada.

Sei que, pessoalmente, não mereço a homenagem. Mas não posso recusá-la, porque tenho consciência de que o reverenciado é o TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO, o maior do mundo por suas cifras e dimensões e que tem por vocação tornar-se um dos melhores do mundo.

Para isso, precisa continuar a merecer a confiança e o apreço de comunidades como a de FERNANDÓPOLIS, cidade que hoje me abriga e que passará a residir num recanto muito especial e escolhido de meu coração.

Deus lhes pague a todos.

Acesso ao Sumário

JOSÉ RENATO NALINI (Presidente do Tribunal de Justiça de São Paulo)

Discurso por ocasião do título de “Cidadão Sorocabano” (Cerimônia realizada em 28.11.2014).

A mais preciosa dádiva que um município pode oferecer a um forasteiro é a cidadania. Solene outorga a um estranho do diploma de conterrâneo,

semelhante, verdadeiro irmão. É o que SOROCABA me oferece hoje, de forma generosa, pois os méritos pessoais não existem. O galardão se destina ao Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, que em SOROCABA possui um dos mais esplêndidos equipamentos voltados à solução de problemas humanos: a família forense, responsável pela Comarca e também pela 10ª Região Administrativa Judiciária.

Esta verdadeira metrópole nasceu abençoada. Primeiro, o Capitão Baltazar Fernandes construiu a Igreja de Nossa Senhora da Ponte, atual templo de Sant'Ana, do Mosteiro beneditino. Em 1654, ele e sua família e agregados vieram aqui morar, dando origem ao povoado que já mereceu o nome tupi-guarani SOROCABA - *çoro* - rasgada - *aba* - terra: terra rasgada. O rasgo é simbólico: significa o trabalho do homem a domesticar a natureza e a tornar o ambiente acolhedor e propício ao desenvolvimento de atividades hábeis ao sustento.

Bandeirante o fundador, bandeirantes perseveraram a escolher SOROCABA por morada. Pascoal Moreira Cabral, os irmãos Antunes Maciel, os Sutil de Oliveira, os Almeida Falcão e outros daqui saíram para explorar o Mato Grosso e o Rio Grande do Sul. Aliás, foi o Coronel Cristóvão Pereira de Abreu, fundador do Rio Grande do Sul, que inaugurou um novo ciclo histórico, nas primeiras décadas do século XVIII: o tropeirismo. SOROCABA foi o entreposto e sede das Feiras de Muares, atividade sucedida depois pela fase da fabricação de facas e facões, as redes, as peças de couro para montaria, os ourives que produziam esporas, ornamentos em ouro e prata para selas e arreios, estribos, cabos de chicote e demais apetrechos de cavalaria e para o engenho equestre.

Houve a fase do algodão, SOROCABA pioneira no plantio do algodão herbáceo, em substituição ao arbóreo, em grande quantidade enviado em lombo de burro até o porto de Santos, de onde seguia para a Inglaterra.

Os lucros ensejaram a construção da Estrada de Ferra Sorocabana, inaugurada em 10.7.1875, de saudosa memória. SOROCABA tornou-se a Manchester Paulista, berço de multiplicidade de indústrias, com vocação paralela de centro cultural. Desde 1815 possuía uma famosa escola, na qual aturam mestres como Jacinto Heliodoro de Vasconcelos, Gaspar Rodrigues Macedo, Francisco Luiz de Abreu Medeiros. Em 1830 a primeira escola feminina de primeiras letras, em 1845 a primeira cadeira de Latim e Francês, cujo mestre foi Francisco de Paula Xavier de Toledo.

Quem pode ignorar que em 12.11.1818, começou a funcionar a Real Fábrica de Ferro São João do Ipanema, testemunho inconteste do pioneirismo metalúrgico de SOROCABA em relação a toda a América Latina, obra de

Acesso ao Sumário

Frederico Luiz Guilherme de Varnhagem? Passou-se a produzir ferro e daqui saiu o material bélico para a Guerra do Paraguai.

Vinculado à história da Real Fábrica de Ferro um dos maiores sorocabanos de todos os tempos: Francisco Adolfo de Varnhagem, o Visconde de Porto Seguro, filho do Diretor da indústria, que passou à posteridade como "O Pai da História do Brasil".

A predestinação sorocabana fez aqui florescer a Revolução Liberal de 1842. A 17 de março daquele ano, em reunião da Câmara Municipal, foi aclamado o Brigadeiro Rafael Tobias de Aguiar como Presidente da Província de São Paulo, para encetar luta contra o cerceamento das liberdades e contra as leis iníquas votadas pelo Congresso. Vencidos pela força das armas, os sorocabanos foram vencedores no semear de uma ideologia nobre, preservadora do direito fundamental que é o primeiro, logo após a vida, pressuposto à fruição de todos os direitos. Foi de SOROCABA que partiu o Duque de Caxias em direção a Minas Gerais, unidade aliada a São Paulo na revolta contra a tirania.

O Regente Padre Senador Feijó também teve atuação notável nessa Revolução e outros sorocabanos ilustres passaram a pertencer a uma História plena de acontecimentos nobilitantes e que perdura até o momento. Aliás, quando de minha generosa acolhida no Instituto Histórico e Geográfico de SOROCABA, tive oportunidade de traçar singelos e sintéticos traços da gloriosa História desta terra que me recebe com tanto carinho.

Sou profundamente grato ao Vereador JOSÉ FRANCISCO MARTINEZ, autor da proposta de outorga do título de cidadania, ao Presidente da Edilidade, Vereador GERVINO CLÁUDIO GONÇALVES e a todos os demais nobres edis, ao Prefeito ANTONIO CARLOS PANNUNZIO, à Diretora ERNA THECLA MARIA HAKVOORT, a quem agradeço todo o trabalho desenvolvido à frente da Diretoria do FÓRUM e da 10ª Região Administrativa Judiciária de SOROCABA e a quantos tornaram possível esta homenagem imerecida, mas que recebo em nome do TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO.

Acesso ao Sumário

HAMILTON ELLIOT AKEL (Corregedor Geral do Tribunal de Justiça de São Paulo)

Discurso por ocasião da instalação do DEECRIM (Departamento

Estadual de Execuções Criminais) da 10ª Região Administrativa Judiciária (RAJ) – Sorocaba (Solenidade realizada em 28.11.2014).

Terrível tormento, para o condenado e sua família, é o cumprimento da pena. Esse tormento é agravado pela angústia causada pela incerteza e demora na apreciação dos benefícios que postula, como a progressão de regime, indulto, livramento condicional, autorizações de saída.

Temos hoje perto de 220.000 seres humanos cumprindo pena em estabelecimentos prisionais de nosso Estado.

Isso exige que a execução penal tenha um fluxo ágil.

Daí surge a pergunta: que tipo de engrenagem desejamos para essa execução: uma máquina emperrada e lenta e ultrapassada, ou uma outra mais moderna, com maior fluidez, corretamente ajustada?

Impossível não reconhecer que o antigo e tradicional modelo de organização judiciária da execução criminal já se exauriu, e isso levou o sistema a uma situação que não mais se pode suportar.

O que fazer? Deixar que as coisas permanecessem como estavam, transformando-nos em espectadores do caos, ou assumirmos o papel de protagonistas de uma revolução no sistema?

Escolhemos, apesar da oposição de alguns setores, esta segunda opção. O Tribunal de Justiça de São Paulo, através de seus órgãos de direção, entende estar comprometido com o interesse público e pretende implantar um novo modelo.

Temos 21 Vecs no Estado: 16 no interior e 5 na capital. Na Região Metropolitana de São Paulo, além da Capital temos apenas 1 Vara exclusiva de execução: a de Guarulhos. Nas demais comarcas, Varas do Júri acumulam o serviço das execuções criminais e em grande parte também a Infância e Juventude.

Isso acabou resultando na absoluta incapacidade de gerenciar de forma racional, ágil e adequada, essa enorme massa de processos. Execuções paradas, cálculos de pena por realizar, benefícios a apreciar, presídios lotados. Tensão no interior das prisões. Perigosa tensão.

Apesar da reconhecida e louvável dedicação de Juízes e servidores que atuam na área, a estrutura existente revelou-se insuficiente para atender a demanda que cresce de forma exponencial.

A Corregedoria, com o indispensável apoio da Presidência e a preciosa

colaboração da SAP, tem realizado, desde 2008, sucessivos ou simultâneos mutirões carcerários ou atuação de força-tarefa para apreciação dos benefícios. Mas isso não é suficiente.

A situação assemelha-se a uma UTI em hospital de poucos leitos em que os médicos se vêem diante da contingência de escolher quem vive e quem morre, aqui qual processo se movimentará e qual permanecerá parado.

Tal situação leva à violação de princípio fundamental da nossa Constituição; o princípio da dignidade da pessoa humana.

Embora se venha tentando enfrentar o problema, existe uma deficiência estrutural do sistema.

O Executivo tem suas prioridades estratégicas, políticas e orçamentárias para a construção de presídios. Mas o nosso Tribunal nãomais consegue atribuir, às pequenas comarcas onde essas unidades se localizam, a competência para as execuções criminais. As pequenas comarcas não dispõem de estruturas para isso e as VECS das comarcas de maior porte mais próximas de há muito restaram saturadas.

Não haveria condições de se prover todas as Varas do Estado de estrutura material e humana suficiente para a apreciação dos benefícios dos sentenciados e não seria racional o recrutamento de um contingente grande de servidores, pulverizando-os entre as mais de três centenas de comarcas do Estado. Mais racional é concentrar esses servidores em unidades altamente especializadas, com competência territorial mais abrangente, qualificando-os no trato da execução criminal.

Isso é eficiência na gestão de recursos humanos, tecnológicos e financeiros.

Tais considerações levaram à criação do Departamento

Estadual de Execuções Criminais, que a Presidência do Tribunal espera estar integralmente implantado em pouco tempo.

Acesso ao Sumário

Como sabido, nosso Estado foi dividido em 10 Regiões Administrativas Judiciárias. As unidades regionais do Deecrim serão instaladas nas sedes dessas regiões. Por ora, funcionam as de Ribeirão Preto, Campinas, Araçatuba, São José dos Campos e, agora, Sorocaba. Essas unidades regionais receberão apenas processos de execução criminal novos e na forma exclusivamente digital, permanecendo, nas atuais varas de execuções criminais o acervo nelas existente.

Não haverá redistribuição de processos, de modo que será respeitada a pré-constituição do órgão jurisdicional, uma das regras de proteção do princípio do juiz natural.

A instalação do Departamento objetiva racionalizar, padronizar e otimizar procedimentos, desonerar as Varas únicas ou cumulativas do serviço das execuções criminais, uniformizar o entendimento jurisdicional em primeiro grau, evitando-se decisões conflitantes, preservados sempre o livre convencimento e a independência funcional.

Tudo isso contribui para a segurança jurídica, com a previsibilidade de decisões para o sentenciado, evitando assim as perigosas pressões para transferência de uma para outra unidade prisional, de nefastas consequências.

A agilização da tramitação das novas execuções criminais de forma exclusivamente digital. permite a apreciação célere de benefícios de sentenciados.

Além disso, torna-se possível a interlocução centralizada com a Secretaria da Administração Penitenciária, ensejando repostas rápidas a suas demandas (autorizações de saída temporária e monitoração eletrônica, por exemplo).

Acredito que já consegui transmitir aos senhores meu entusiasmo com o sistema. E a experiência vem demonstrando que não estou enganado.

JOSÉ RENATO NALINI (Presidente do Tribunal de Justiça de São Paulo)

Discurso por ocasião da Inauguração do Fórum de Franca (Cerimônia realizada em 09.12.2014).

A Franca Favorita do Imperador hoje se torna também a Franca Favorita do Poder Judiciário, com a inauguração de seu novo Fórum. As 14 Varas aqui instaladas - 5 cíveis, 3 criminais, 3 de família e sucessões, 1 da Fazenda Pública, 1 do Júri, Execuções Criminais, Infância e Juventude e 1 Juizado Especial - e seus 19 magistrados passam a ocupar um prédio condigno com a relevância da Justiça.

Os 311funcionários também terão ambiente mais propício ao desenvolvimento de seu imprescindível trabalho de solucionar conflitos e de atender ao princípio da eficiência.

Um edifício que leva o nome áureo do Desembargador MÁRCIO MARTINS FERREIRA, um francano que chegou também a Presidir o TJ - 1968/1969 - e que foi Corregedor Geral da Justiça depois disso, pois ainda não

existia a LOMAN.

Era uma pessoa afável, presenteava todos os seus amigos com calçados desta Capital do Calçado. As novas instalações têm 8.164,57 m2 de área construída, numa área total de 12.400 metros quadrados. FRANCA foi duplamente presenteada, pois o prédio antigo servirá para o ambiente de conciliação, meta maior e mais importante desta era de crescente judicialização dos conflitos.

Uma República de 202 milhões de habitantes com 100 milhões de processos está na UTI da beligerância. É preciso que toda a sociedade se conscientize da urgência de adoção de alternativas ao uso inevitável e obrigatório do equipamento justiça, pois o Judiciário está se tornando insustentável.

Até quando haverá recursos para custear uma estrutura que tende a crescer, vegetativamente, até o infinito?

O Judiciário, por ser complexo, sofisticado, lento e dispendioso, precisa ser reservado para as grandes questões. Todas as outras merecem um tratamento racional, mediante atuação preventiva e pacificadora dos profissionais da área jurídica, sobretudo os advogados.

O povo de São Paulo passa a despender quase 100 mil reais por mês com este edifício. Só com os alugueres. Somados os outros gastos, ver-se-á que a perspectiva não é das mais auspiciosas. Daí a urgência da disseminação da cultura de paz, intensificação de todas as alternativas como o CEJUSC, OAB CONCILIA, NECRIM e outras iniciativas. Continuidade da informatização, para que nos liberemos do suporte papel, que já cumpriu o seu papel histórico. Adoção de gestão mais inteligente, de maneira a otimizar os parcos recursos financeiros para acelerar o enfrentamento dos pródigos recursos processuais.

O TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO agradece a todos os que se empenharam em dotar FRANCA deste magnífico prédio. As vitórias têm muitos pais. Mas para obtê-las, quantos devotaram seu esforço, seu trabalho, seu sacrifício, seu entusiasmo e seu tempo? A todos, indistintamente, a gratidão e reconhecimento da Justiça bandeirante.

Conclamo a Municipalidade a continuar a assumir sua parcela de responsabilidade pelo efetivo funcionamento da Justiça, eis que o munícipe não mora na União, nem no Estado. Mora na cidade. Mora em FRANCA. Daí que a colaboração do Prefeito ALEXANDRE AUGUSTO FERREIRA é um dever que se insere dentre as atribuições do Chefe do Executivo local. O mesmo se diga ao Presidente da Câmara JOSÉ EURÍPEDES JEPY PEREIRA e aos demais nobres edis e ao Diretor do Fórum, Juiz JOSÉ RODRIGUES ARIMATÉA e seus colegas Magistrados.

Acesso ao Sumário

Realizar o justo concreto é dever de toda a cidadania. Sem Justiça não se vive, pois a injustiça, mesmo em doses homeopáticas, é veneno mortal. Contribuamos todos para que FRANCA seja um ambiente propiciador de um convívio fraterno, assim como pretendeu o constituinte de 1988 ao elaborar o preâmbulo à Carta Cidadã, à qual prometemos estrita observância.

Muito obrigado.

JOSÉ RENATO NALINI (Presidente do Tribunal de Justiça de São Paulo)

Discurso por ocasião do título de "Cidadão Francano" (Cerimônia realizada em 09.12.2014).

A História de FRANCA se vincula a um dos maiores orgulhos da Nação Brasileira: a epopeia dos bandeirantes. O aprazível Sertão do Capim Mimoso, próximo aos rios Pardo e Sapucaí foi descoberto pela bandeira do Anhanguera, o filho, em 1722, cem anos antes da Independência do Brasil. Fez parte da abertura do Caminho de Goiás, ou Estrada dos Goiases, que ligava São Paulo às minas de ouro goiano. Aqui ficava o Pouso dos Bagres, que se desenvolveu de forma notável quando a febre do ouro arrefeceu. Os exploradores das minas passaram a se instalar no Belo Sertão do Rio Pardo, mediante incentivo do Governador-Geral da Capitania de São Paulo, ANTONIO JOSÉ DA FRANCA E HORTA, a quem se deve o nome da cidade.

Criou-se a Freguesia de Nossa Senhora da Conceição da Franca em 3.12.1805, promovida a Vila Franca Del Rey em 1821, pelo próprio Dom JOÃO VI. Sua instalação só ocorreu em 28.11.1824, sendo primeiro Presidente da Câmara Municipal o Capitão JOSÉ JUSTINO FALEIROS, empossado em 30.11.1824. Com a independência do Brasil, passa a se chamar Vila Franca do Imperador, em homenagem ao Imperador PEDRO I.

Povo corajoso, os francanos repeliram a tentativa de anexação de seu território a Minas Gerais, ocorrida em 1821. Por isso é que o brasão da cidade ostenta o lema GENTI MEAE PAULISTAE FIDELIS, FIEL À MINHA GREI PAULISTA.

Acesso ao Sumário

Insere-se ainda na História Paulista a rebelião aqui ocorrida em 1838 e que passou à posteridade como Anselmada, isso porque seu responsável foi o Capitão ANSELMO FERREIRA DE BARCELLOS. Houve atrocidades, pessoas de bem fugiram e o crime pareceu sair vitorioso. Mas no ano seguinte é criada a Comarca de FRANCA e em 24.4.1856, pela Lei Provincial 21, é elevada à categoria de município.

O protagonismo francano é bem conhecido, seja na participação efetiva na Guerra do Paraguai, a que compareceu valoroso grupo de Voluntários da Franca, seja na Revolução Constitucionalista de 1932, na qual morreram seis cidadãos francanos.

Líder na fabricação de calçados, teve de suportar a desleal concorrência da China e se reinventar, mas tem uma economia diversificada, em que o cultivo do café ainda merece espaço e relevância.

Esta grande cidade me sensibiliza ao considerar-me francano. A maior homenagem que um município pode conferir a um forasteiro é reconhecê-lo um igual, um conterrâneo, um irmão.

Assim é que me sinto, a despeito da convicção honesta de nada ter feito para merecer o galardão.

Recebo-o, porém, como reverência de FRANCA ao TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO, que sempre teve nesta Comarca um de seus pontos altos na prestação jurisdicional, que nada mais é do que a tentativa de solucionar problemas surgidos no convívio, mediante realização do justo concreto.

Minha gratidão ao Presidente da Câmara, Vereador JOSÉ EURÍPEDES JEPY PEREIRA e aos demais nobres edis, ao Prefeito ALEXANDRE AUGUSTO FERREIRA e ao Diretor do Fórum JOSÉ RODRIGUES ARIMATÉA, todos responsáveis por esta imerecida honraria.

Prometo honrar a cidadania francana, da qual muito me orgulho, assim como tudo fazer para merecê-la, eis que me orgulho bastante por ser filho da Capital do Calçado.

Muito obrigado!

Acesso ao Sumário

RICARDO HENRY MARQUES DIP (Desembargador do Tribunal de Justiça de São Paulo)

Discurso em nome do Tribunal de Justiça por ocasião da posse dos novos Desembargadores Raul José de Felice e Vicente de Abreu Amadei (Solenidade realizada em 27.01.2015).

Não gostaria eu, Senhor Presidente que em momento de tamanho e justificado júbilo, mas também de sugestiva tentação de soberba, deixasse escapar aqui uma impressão de orgulho. O fato, contudo, é que ser desembargador no Tribunal de Justiça de São Paulo, nesta Corte acercada de seu sesquicentenário, Corte povoada de tantos Maiores, Corte envaidecida da elevação intelectual e moral dos que hoje a dirigem no Conselho Superior da Magistratura presidido por Vossa Excelência, isso tudo traz de si próprio uma nota paradoxal de modéstia: o aviso que emerge da ciência e da consciência das responsabilidades de ser herdeiro de uma Tradição de reconhecidos méritos e contemporâneo de tão valorosos Magistrados. Sendo assim, de uma parte, não quero induzir à vaidade, mas, de outra, não posso amesquinhar a realidade da hora presente, nem o berço histórico em que sempre se foi e tão merecidamente gestando a cátedra a que ascendem nossos Colegas, aqui recebidos e homenageados, os Desembargadores RAUL JOSÉ DE FELICE e VICENTE DE ABREU AMADEI.

Certamente, adivinho desfilar pela memória desses eminentes Colegas o humano papel de seus pais, concausa de sua geração e pedagogia, o desconforto do sacrifício a que os juízes submetem de comum a todos seus familiares − e quanto não devemos todos nós, magistrados, a nossas mulheres, a nossos filhos, a nossos filhos agregados, a nossos netos! Tanto seguramente adivinho não menos que esta hora é também a da genuflexão, a hora da reverência, a hora de honrar e de muito agradecer a Providência.

Mas, se a ascensão à culminância da carreira neste Tribunal de Justiça de São Paulo sublinha uma grandeza dos tempos de ontem e de hoje, ela não deixa, como é próprio das realidades humanas, de mesclar-se de miséria, com o são todos os tempos da vida dos homens; ascensão na grandeza de um Tribunal que, abeberado de sua mais que centenária e infatigável busca pela distribuição da justiça, tem sabido, com êxito, enfrentar as muitas dificuldades da época em que vivemos; ascensão, contudo, ao tempo também de algumas doloridas misérias, já as que afligem universalmente a função judiciária, já outras que são coisas nossas, essas outras que são fruto da monótona reiteração do mesmo idealismo utópico acusado pelo nosso Oliveira Vianna.

Duas ou três dessas misérias convém referir expressamente, ainda que

de modo breve, porque constituem elas exatamente o avesso da fidelidade que nós, os pósteros, devemos reportar a nossos Maiores e do testemunho de leal agradecimento a nossos contemporâneos, enfim, essas misérias que devemos vencer para sermos dignos de nossa tradição, a tradição de ser justos.

Vivemos na era da angústia dos números, numa obcecação com as quantidades que, em tempos curtos, devem produzir-se para atender ao fundamentalismo das estatísticas. Muitos parecem mesmo persuadidos de que sentenças judiciárias são artefatos, de que são elas meros frutos da *poiesis*, coisas de que se alheia, indiferente, a virtude da prudência. O fim do direito parece aí, pois, deslocar-se do bem moral que sempre classicamente o norteou, para radicar-se num simples opus externo, mercadoria passível mesmo de descender de linhas de produção massiva ou da perversa tecla F3 do sistema *win word*. Uma série de *prêt-à-porter*. *Nec plus ultra*. Assim, o antigo déficit da "diagnose dos fatos" − deficiência, a da *cognitio causæ*, que Castán Tobeñas tão bem denunciara na metade do século passado − aparenta ganhar agora foros de legitimidade, robustecendo a tese da redução das fontes do direito − tanta vez agora limitada à pesquisa informática e à reprodução acrítica dos mais modernos julgados de turno. Cada coisa, toda via, tem o tempo que requer: a distribuição da justiça há de ter seu tempo certo, e se uma adequada presteza parece convir-lhe, não menos essa rapidez não deve confundir-se com a pressa desordenada, com a precipitação, esse defeito de decisões impulsivas, postas sob a clave do eficacismo e tropeçadas com o conselho e a prudência de cuja falta se ressentem. Lição clássica é a de que, para bem e prudentemente decidir, havemos de ter memória do passado, inteligência do presente, consideração sagaz do futuro, cotejo de opções, docilidade com a experiência dos Maiores. E isso não se ajusta ao mero impulso da vontade, à temeridade de uma rapidez que não conhece o conselho, para o qual já Aristóteles recomendara a lentidão, nem se deixa visitar pela prudência, reta razão das ações humanas. Sentenciar não é fazer, sentenciar é agir.

Por outro aspecto, o atributo da independência judicial, que sempre historicamente foi uma qualidade própria de cada juiz, uma nota pessoal do magistrado, tem sido, em muitos países, nos tempos atuais, trasladado para o coletivo, convertido em atributo da instituição − e, bem por isso, qualidade repousada, enfim, em seus mais altos círculos dirigentes −, com que se vai pondo um detrimento da independência dos juízes, afligindo-se, com isso, a ideia capital de que o juiz responde diretamente à lei e não à administração.

Não surpreende já, pois, que se difundam opiniões de o juiz s r "agente de conciliação", "promotor de pacificação", "ator de mudanças", "operário da paz social", "remédio de conflitos", e pouco ou nada mais se reconheça na missão judiciária do que essa muito digna tarefa própria dos assistentes sociais e dos

embaixadores, pondo-se, pois, à margem a clássica figura do "juiz de aldeia", cuja única razão de ser era a de "dizer o direito", a de dar a cada um o que é seu. Parecerá, nesse quadro, invertido o sensato e realista adágio "*pax, opus iustitiæ*", confundindo -se a verdadeira concórdia com uma singela resignação, tal que a justiça se espere resultante de uma paz de não importa qual conteúdo, é dizer, uma "*iustitia, opus pacis*", uma justiça, que não há, resultante de um simples irenismo. Tem-se que subjaz a isso a perda da noção de verdade, é dizer, o niilismo que, com sua confessada agnosia de fatos e de fins, apenas se reporta à ideia de interesse s de turno, e sob cuja regência mais não teria sentido pensar no *suum cu ique tribuere*, na invenção do *suum* −ou seja, do direito− de cada caso.

A miséria dessa crise universal da identidade judiciária tem, em nosso País, o concurso atual dos efeitos da reforma que, em fins de 2004, pondo cobro à feliz experiência dos Tribunais de Alçada − o que redundou na gigantaria de nosso Tribunal de Justiça −, impôs ainda a avulsão distributiva dos processos, f alha que agora, mal ou bem (não vem aqui ao caso opinar sobre isto), trata de atenuar-se com a proposta de uma ordem cronológica para o julgamento dos feitos.

O Tribunal de Justiça de São Paulo tem sabido responder − com realismo − a essas misérias, e tenho firme esperança de que as novas gerações de desembargadores animem os quadros mais antigos na militância judiciária, e todos perseverem na trilha tradicional de nossos Maiores, dando constância do hábito da justiça.

Desembargadores RAUL JOSÉ DE FELICE e, meu amigo e compadre, VICENTE DE ABREU AMADEI, quero, ao fim desta pouca e deslustrada manifestação, desejar-lhes algo *ex corde*: desejar-lhes que amem nosso Tribunal e sejam nele tão felizes, exatamente quanto eu, mais antigo que sou, tanto amo nossa Corte e tanto nela vivo e tenho vivido com grande felicidade.

DEUS o s guarde e aos seus.

Obrigado.

Acesso ao Sumário

VICENTE DE ABREU AMADEI (Desembargador do Tribunal de Justiça de São Paulo)

Discurso por ocasião da sua posse como Desembargador do Tribunal de Justiça (Solenidade realizada em 27.01.2015).

Exmo. Sr. Desembargador José Renato Nalini, Presidente do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo;

(...)

Senhores e senhoras:

Contaram-me, certa vez, que um grupo de expedicionários contrataram índios de uma determinada tribo, para os levar, floresta adentro, até o topo de uma distante montanha. E, assim, foram; todavia, de tempos em tempos, os índios paravam de caminhar e sentavam... Assim fizeram, uma, duas, três, e, na quarta vez, já incomodado, o chefe da expedição, achando que aquelas paradas estavam com ar de greve, perguntou se havia algum perigo no caminho, algum índio doente, se o pagamento feito era pouco, se queriam algo a mais do combinado... Então, o índio mais novo respondeu: "Não! Apenas estamos indo muito rápido, e o corpo está na frente d o espírito. Então, temos que parar, e esperar o espírito chegar. Depois que ele chega, então, continuamos a viagem".

Numa época tão corrida, como a nossa, em que tudo se faz às pressas, em que horas, dias, semanas, meses e anos têm apenas medidas quantitativas, as solenidades, quando bem saboreadas, são tempos de descanso dos corpos apressados, mas sedentos de espírito que o anime na caminhada, tempos de descortinar e desfrutar a qualidade do presente, recolhendo forças em um passado significativo, para impelir um almejado futuro significante.

Estejam certos, senhores e senhoras, que a presença de cada um nesta tarde, resgata, no filme da vida, o que há de belo e de precioso, os tesouros do tempo vivido, que deságuam num presente acolhedor e amigo, e abrem um futuro carregado de calor humano, que brota do silêncio iluminado de seus olhos.

Muito obrigado, a todos os oradores, pelas candentes palavras, pronunciadas nesta breve parada revigorante da alma.

Vão, de minha parte, três agradecimentos.

Primeiro: ao Tribunal de Justiça de São Paulo e a todos os seus Desembargadores, vivos e mortos: meu respeito, minha admiração e minha homenagem pelo exemplo de vida digna na magistratura e pelas lapidadas lições refletivas em seus votos.

Acesso ao Sumário

Ao meu amigo, também empossado, Des. Raul de Felice, à sua esposa, seu filho e seus familiares, meus parabéns!!! A primeira virtude de um jurista, disse Carnelutti, calcado nas lições dos romanos, é a bondade ("Sem a bondade, a ciência do direito poderá sem dúvida fazer crescer a árvore do direito, mas essa árvore não dará frutos de que os homens têm necessidade" , escreveu Carnelutti) ; e essa virtude, Desembargador Raul de Felice, bem sei desde os tempos em que judicamos em Osasco, não lhe falta: "és um homem bom".

Aos atuais Desembargadores desta Augusta Corte, que me recebem nesta Casa da Justiça bandeirante, minha gratidão pela acolhida e minha alegria em poder partilhar os desafios da distribuição da Justiça, em época tão confusa como a nossa. Aponto de modo particular e em forma representativa, os integrantes da 1ª Câmara de Direito Público - Des. Xavier de Aquino, Danilo Panizza, Luis Cortez e Aliende Ribeiro - e os desembargadores há pouco aposentados Regis Castilho, Regina Capistrano e Márcio Franklin Nogueira - que, pacientemente, ensinaram-me os primeiros passos da liturgia jurisdicional colegiada.

Ao Presidente, Des. José Renato Nalini, expresso minha especial consideração nesta providencial coincidência, pela inspiração como magistrado sensível ao sofrimento dos que buscam a Justiça neste vale de lágrimas; pela rápida e aguda inteligência que testemunhei nas Comissões desta Casa em que tivemos a oportunidade de juntos trabalhar; pela oportunidade de prestar a jurisdição ao seu lado, na mesma 1ª Câmara de Direito Público; pela generosa possibilidade de fixar assento nesta mesma Câmara; e, acima de tudo, pela feliz convivência, pelas palavras amigas pronunciadas e, de fé, comungadas.

Ao Orador em nome desta Corte, Des. Ricardo Dip, minha emoção, não apenas pelo permanente estímulo, pelas sábias palavras e orientações, pelas portas que me abriu na vida e na magistratura, pelo apoio em momentos complexos e difíceis da carreira, e, também, pela amizade e compadrio, mas, sobretudo, pelo fato de fazer-se e ter permitido fazer me, meu e seu irmão.

A magistratura, senhores e senhoras, tem destas coisas: vai além do trabalho, dos processos e dos fóruns; nela também se ganha família ...

Segundo: ao Poder Judiciário, magistrados e servidores, e aos profissionais em geral do mundo jurídico. Centro a atenção num único ponto: a paixão pelo Direito.

E, nisso, a todos que plantam em mim esta semente, que me ajudam a regá-la, fazendo brotar, na concretude de um feito, um possível raio de justiça, e que também me amparam, quando, nesta busca, algum ramo pode quebrar se, minha sincera gratidão.

Obrigado, de início, aos magistrados que deram a referência ética para o

meu ingresso na magistratura, Desembargadores José Carlos de Moraes Salles, Luiz Carlos de Azevedo (in memoria) e José Luiz Germano.

Minha gratidão, ainda, ao Des. Dínio de Santis Garcia (*in memoria*), ao Des. Gilberto Passos de Freitas e ao Des. Luis Antonio Ganzerla, que, os primeiros na Corregedoria Geral da Justiça e o terceiro na Presidência da Seção de Direito Público, ao depositarem em mim a confiança para os auxiliar, ampliaram, de modo significativo, minha visão e meu amor ao Poder Judiciário.

Agradeço às autoridades do Tribunal Federal Regional da 3ª Região, a Desembargadora Consuelo Yoshida e o Desembargador Nino Oliveira Toldo, pela amizade que antecede ao de nossos pés na magistratura e pelo fiel exemplo de dedicação e ardor pelo Direito.

Obrigado aos Juízes e Juízas estaduais que me dão a honra de conhecer melhor o que é a coisa justa, viva nas audiências, nos despachos, nas decisões, nas sentenças, nas correições e nos atos judiciais em geral, especialmente aqueles com quem convivi nas Comarcas e Varas onde passei, e que me deram a alegria de juntos trabalhar, pedindo ven1a para honrar a todos na pessoa do Desembargador Ubiratan de Arruda, que tive a felicidade de auxiliar na 3ª Vara Cível do Jabaquara.

Aos funcionários públicos do Poder Judiciário, que os faço representar na pessoa dos zelosos servidores que hoje me auxiliam no gabinete, estagiária Mayara, escreventes Cláudia e Solange, assessores Karine, Luiz Philippe, Márcio e Roseli, meu reconhecimento pelo trabalho esforçado e fecundo, sem o qual a Justiça careceria de segurança, eficiência e satisfação.

Aos notários e registradores que a magistratura também me conduziu ao encontro, descortinando, aí, o universo da família forense estendida, minha gratidão por conviver com servidores extrajudiciais realmente dedicados, estudiosos e rigorosos em seu mister.

Aos Procuradores de Justiça, Promotores de Justiça, Advogados, Defensores Públicos, Procuradores do Estado e dos Municípios, sem os quais, nos limites da atuação de cada um, Justiça alguma se faz, também elevo meu respeito e consideração.

Terceiro: aos amigos e familiares, a raiz do que sou, de onde vim e para onde vou. Ninguém chega a lugar algum sozinho! E, neste misto de ponto chegada e ponto partida, são os amigos e familiares que chegam e vão juntos, nos alimentando e nos remetendo sempre adiante.

Amigos da infância, da faculdade, de centro de estudos e da profissão; aos

amigos da vida, da fé e da comunhão..., deixo expressa minha gratidão na pessoa de um amigo anônimo, que fiz quando tinha cerca de cinco anos de idade.

Nesta tenra idade da vida, tal como o menino da porteira, eu, menino da cidade, corria para o portão de minha casa, toda vez que o caminhão do lixo ia passar. Resultado: fiz amizade com os lixeiros! Queria eu, também, ir no caminhão ... Minha mãe, zelosa, não permitia que eu fosse pendurado, lá na parte de atrás do veículo. A solução, então, era ir na cabine, com o motorista. Assim, quando o caminhão passava, era uma alegria, lá ia eu na cabine, com o motorista amigo, que dava uma volta no quarteirão, só para fazer sorrir, um menino. A este amigo anônimo, que soube ser amigo, na pura gratuidade, para fazer um garoto feliz, consigno minha gratidão, lembrando todos os amigos, com rosto e nome, que, na bondade, também dão um pouco, ou muito, de si, em favor do bem maior da amizade.

Aos familiares, enfim, a gratidão pela vida, pelo carinho, pela convivência diária e profunda, pela educação e pelo amor, pedindo vênia para saudar a todos na pessoa de minha amada irmã Rosângela, de meu bondoso sogro, Orlando, já falecido, e de minha prudente sogra, Eurides.

Aos meus avós, Francisco, Izabel, João e Julieta, já falecidos, e aos meus pais, Vicente e Maria Virgínia, aqui presentes, dou minha reverência e peço a benção. Tenho imenso orgulho em ser neto e filho de tão honrados avós e pais, que, com zelo, edificaram, em mim, a fé, os princípios cristãos e o amor incondicional à Verdade. Veio, aliás, de minha mãe, a maior lição que trago no exercício da jurisdição, e dela fiz um lema. No dia em que lhe contei que havia sido aprovado no concurso de ingresso da magistratura paulista, ela me disse: “filho, você d ará um bom juiz, porque tem amor à Verdade”. Esta frase, senhores e senhoras, não soou em mim um elogio, muito menos profecia, mas ressoa até hoje como uma lição, um alerta, uma ordem e um lema: “tenha, meu filho, amor à Verdade, pois esta é a estrada d e um bom juiz”.

Aos meus filhos, Maria Teresa, Pedro Felipe, Maria Luísa e João Paulo, ofereço o que sou, o melhor que tenho, na miséria de minhas pobres limitações. Dou-lhes minha essência, minha oração e minha herança espiritual, na esperança de revestir em dignidade, fé e caridade, o que são e o que serão.

À minha esposa, Maria Cristina, as palavras são, de fato, pequenas para levar o tamanho de gratidão que tenho, na vida e nesta caminhada da magistratura: renunciou, por amor, boa parte de si; seguiu-me pelo interior do Estado nas Comarcas onde passei; alegrou-se e sofreu, a meu lado, com as conquistas e dificuldades da vida e da carreira. Se é verdade que ninguém chega sozinho a lugar algum, é mais verdade ainda, que você, Cristina, é a primeira a chegar e última a sair; ou melhor, chega, fica e vai sempre junto, como uma só

carne que somos. Não há obrigado a dizer. Deus lhe pague!

E, assim, chegando à Trindade Santa - ao Pai, fonte da vida e do perdão; ao Filho, fonte da paz e da salvação; e ao Espírito Santo, fonte da força e do amor -, cônscio que julgo como homem, ante Deus justo e misericordioso, deposito, do tempo passado de juiz monocrático e substituto em segundo grau, às obras justas que porventura, com a Graça, dispensei, e deposito, com maior fervor orante, aquelas que não consegui, por minha miséria, ao Justo ajustar; e rogo, com humildade e fé, para que, neste tempo novo que se abre na judicatura colegiada, haja uma centelha de Sua Sabedoria, uma paixão renovada pelo Direito, um amor intensificado à Verdade, e um firme propósito de sempre promover a Justiça.

MANOEL MATTOS FARIA (Desembargador do Tribunal de Justiça de São Paulo)

Discurso por ocasião da sua aposentadoria (Homenagens realizadas em 27.01.2015)

Srs. Desembargadores e Desembargadora; Senhores Advogados e Servidores; Queridos Amigos:

Participo hoje da minha última sessão nesta 15ª Câmara de Direito Privado deste Tribunal, eis que se avizinha minha aposentadoria, a ser publicada no próximo dia 30. Agradeço à gentileza do nosso ilustre Presidente, concedendo-me a honra de presidir a esta última sessão.

Acesso ao Sumário

Inevitável, em circunstâncias tais, vir à memória lembranças de toda uma vivência junto a este E. Tribunal de Justiça. Afinal, são 42 anos de trabalho nesse Sodalício, 7 deles como escrevente e 35 como magistrado. É muito tempo. Muito trabalho, que me fez crescer como homem, com toda a bagagem adquirida por conta disso. Mais que o trabalho e o conhecimento que advém dele, conquistei muitos amigos, alguns dos quais estão aqui presentes nesse dia. E esses amigos certamente seguirão comigo, por todo o resto de nossas vidas, ainda que possamos nos encontrar apenas eventualmente e de passagem.

Agradeço a Deus por todo esse percurso. Sem sua ajuda não teria chegado até aqui. É Ele que nos sustenta e nos dá ânimo nos momentos mais difíceis.

E é graças às Suas bençõe que estamos aqui hoje, tendo a possibilidade de participar pela última vez de uma sessão de julgamento.

Agradeço aos amigos, mais que colegas, que sempre tiveram uma palavra de sustentação para que pudéssemos aqui chegar.

Agradeço aos advogados, pela paciência.

Agradeço aos funcionários, tanto os do meu gabinete de trabalho, quanto os do cartório e os administrativos do Tribunal, que tanto me auxiliaram todo o tempo. Devo-lhes muito.

Enfim, é chegada a hora de parar. Ao menos de parar de julgar. Fui até onde me foi possível chegar. É o momento de passar o bastão aos mais jovens, mais competentes, que certamente levarão adiante essa difícil tarefa de julgar. Daqui para frente, certamente novos caminhos se abrirão e por isso me coloco nas mãos de Deus, que saberá nos conceder aquilo que melhor nos servirá.

Obrigado a todos. Até breve, se Deus quiser.

MANOEL JUSTINO BEZERRA FILHO (Desembargador do Tribunal de Justiça de São Paulo)

Discurso por ocasião da sua aposentadoria (Homenagens realizadas em 27.01.2015)

É impossível não se deixar envolver pelo clima de emoção em determinadas situações e esta é uma delas. É impossível passar uma vida toda no trabalho árduo e pesado, porém gratificante do exercício da magistratura e, no momento da aposentadoria compulsória encarar a situação com frieza. Não é assim, sabemos todos, é momento de forte emoção. É verdadeiro rito de passagem, rito existencial, talvez dos últimos ritos da vida. Portanto, chorar em tal situação é natural mas, com choro ou sem, provavelmente com, vou ler até o fim o que escrevi.

Padre Vieira dizia que "palavras de Deus fora de seu contexto, soam como do demônio". Parafraseando, pode-se dizer que verdades incompletas são mentiras. Os jornalistas, teoricamente conhecedores da palavra escrita, sabem disto e sem embargo da secular advertência de Vieira, continuam dizendo

verdades incompletas, ou seja, continuam dizendo mentiras, por má fé ou por ignorância, não importa. A Folha de São Paulo, de 29.12.2014, um mês atrás, noticiou que o maior acervo do DP 3, com 2.329 processos, era o meu, o que é verdade. Não informou porém, como poderia ter informado, que eu havia recebido um acervo, 2 anos antes, com 3.451 processos, o que mostrava uma diminuição de 1.212 processos. Antes, como "pinguim", havia acabado de reduzir um acervo da 35ª Câmara, de 2.100 para 200 processos, recebendo distribuição normal. Tudo isto também é verdade; o que o jornal disse a meu respeito não é verdade, é meia-verdade que se transforma em mentira.

Ao contrário do que afirma a manchete da primeira página do jornal, nunca fui cobrado pela E. Presidência, por qualquer atraso, pois nunca tive qualquer atraso. Também não é honesto, para dizer o mínimo, apontar-me, como fez o jornal, como "magistrado menos produtivo", pois sempre produzi acima da média, bem acima da média. Ou seja, o jornal (a meu respeito) publicou uma notícia mentirosa, usou palavras de DEUS fora do contexto e transformou-as em palavras do DEMÔNIO. Agiu como Asmodeu e Lúcifer, demônios que se deleitam com a mentira.

Faço aqui esta explicação pública, sabendo porém que será ouvida por um minúsculo número de pessoas, comparado à divulgação de que o jornal é capaz. A imprecisão, a meia verdade, a injustiça da notícia, a meu respeito são tão gritantes, que fui aconselhado a ajuizar ação de indenização por dano moral, o que porém optei pessoalmente por não fazer. Considero este aspecto página virada, com a consciência tranquila do dever cumprido. Sigo adiante, ainda tenho coisas para falar.

Estive relendo o extraordinário livrinho de José Cândido de Carvalho (O coronel e o lobisomem), cuja primeira frase é a auto apresentação do orgulhoso personagem central, que diz: "A bem dizer, sou Ponciano de Azeredo Furtado, coronel de patente, do que tenho honra e faço alarde" Permitam-me parafrasear mais este autor, para começar apresentando-me, pois também sou orgulhoso do meu trabalho: "A bem dizer, sou Manoel Justino, desembargador paulista, do que tenho honra e faço alarde".

Acesso ao Sumário

Sou juiz há 28 anos, entrei tarde, por concurso, na Magistratura, aos 42 anos de idade, depois de advogar ferrenhamente e com sucesso profissional e financeiro, por 18 anos. Aos 42 anos entrei na Magistratura disposto a me aposentar aos 48 anos, a legislação da época permitia. No entanto, apaixonei-me pelo exercício da magistratura e eis-me aqui, saindo pela compulsória, aos 70 anos. Como se diz, trabalhei 22 anos de graça, ao que respondo que não trabalhei de graça, e sim trabalhei em estado de graça. O correto exercício da magistratura traz paz à alma, apaixona por se poder tentar fazer algo de útil em

favor da sociedade, sem nenhum messianismo presunçoso e sim, pelo trabalho consciente, diuturno e sem estrépito. Este ofício às vezes pode até ser capaz de ajudar a preencher o angustiante vazio da própria existência humana. E foi desta forma que fiquei aqui e mais ficaria, se pudesse. Mas, dialeticamente, tudo tem começo, meio e fim; o tempo passou, chegou o fim do tempo e, contra a minha vontade, aqui estou a me despedir.

Na vida, fazemos amigos e inimigos. Fiz grandes amigos na magistratura e, embora o tempo remanescente talvez seja eventualmente escasso, vou guardá-los no coração pelo tempo que resta. O juiz ao cumprir suas obrigações desagrada e, no limite, faz inimigos. Aos que desagradei, lamento; aos que se tornaram inimigos quando o cumprimento de minha obrigação os atingiu, recomendo que continuem inimigos, pois voltaria a decidir da mesma forma que decidi se fosse chamado a isto.

Mais um ponto antes de terminar. Tenho sempre insistido que o magistrado não é "tarefeiro", que não se pode cumular a um juiz uma quantidade desumana, medieval, de trabalho e pretender que o processo seja julgado em tal prazo. Justiça demorada é justiça falha, mas injustiça rápida é muito mais falha e maléfica. O juiz não pode ser obrigado a decidir antes de ter elementos e tempo de avaliação destes elementos, sob pena de julgando rapidamente, arriscar-se a cometer injustiça. É necessário que se encontre o equilíbrio entre a quantidade de trabalho e o tempo para que este trabalho seja feito e, este ponto de equilíbrio, infelizmente, ainda não se encontrou.

E agora vou terminando.

Com o coração alegre por ter a consciência do dever cumprido, mas com o coração triste pela despedida, dirijo-me aos meus queridos colegas juízes e desembargadores. A magistratura paulista é exemplar, isto até os nossos mais ferrenhos críticos reconhecem, e o exercício deste ofício, para mim, foi um constante aprendizado com meus colegas. Para não ser injusto, nomino apenas os colegas da 28ª Câmara, Celso Pimentel, Júlio Vidal, Berenice Marcondes, Cesar Lacerda, Dimas Rubens Fonseca e Gilson Delgado Miranda, em nome de quem abraço todos; trabalhei na 28ª Câmara como sempre trabalhei na magistratura, ou seja, com dedicação, harmonia, respeito, independência e cordialidade.

Não poderia deixar de agradecer as "meninas" que trabalharam comigo no gabinete e que propiciaram a possibilidade (lembro novamente) de terminar um acervo anterior de

2.000 processos e de diminuir o atual em torno de 1.000 processos. A convivência no trabalho sempre foi mais que cordial, foi carinhosa, sem qualquer prejuízo à produtividade; se me dessem mais algum tempo, as minhas queridas

funcionárias seriam as minhas parceiras na pulverização de mais um acervo, mas o tempo não permitiu isto. Um beijo já com saudade, para a Marisa, a Tatícia, a Dione, também a Carolzinha, a Camila, a Débora, a Ana Cláudia, recentemente a Regina e as queridas estagiárias, Ana Luísa, Carol, Carina e Lívia.

Da mesma forma o agradecimento aos funcionários e funcionárias do Cartório, o que faço no nome da querida e eficiente Adriana, do João Batista e do Paulo. E a todos os funcionários do Judiciário Paulista, sem a dedicação dos quais qualquer trabalho seria impossível.

Um beijo carinhoso para todas vocês.

Um abraço fraternal para todos os funcionários e colegas.

JOSÉ RENATO NALINI (Presidente do Tribunal de Justiça de São Paulo)

Discurso por ocasião da Abertura do Ano Judiciário (Cerimônia em 06.02.2015)

DESAFIOS DA JUSTIÇA PAULISTA EM 2015

Justiça, como bem essencial à convivência, não tem direito a ter tréguas. Por isso, não parou entre 2014 e 2015. O recesso é pausa meramente administrativa. Apreciar demandas é missão contínua, exercida por todos nós, servidores, sem intervalos. Enquanto houver injustiça, o seu antídoto há de perseverar. Mas a abertura do Ano Judiciário é tradição simbólica. Serve a prestação de contas e comprometimento para o calendário em curso.

Acesso ao Sumário

Tentarei não exceder em palavras. De discursos e diagnósticos não temos carência nesta era de abundância. Abundância de direitos e de consequentes processos judiciais. A urgência é de ação.

Os prognósticos para 2015 não foram os melhores. Mas nada nos faz crescer tanto como uma grande ameaça. É dentro das crises que germina a criatividade e o ser humano consegue demonstrar sua racionalidade.

Somos chamados a nos entusiasmar. Entusiasmo é um vírus capaz de contaminar os anestesiados pela inércia. O Judiciário paulista conseguirá converter-se em Justiça inteiramente digital, com resíduo analógico

gradualmente superado. Vislumbra-se aceleração no trâmite, economia de espaço e de tempo. A par disso, continuará a implantar o Cartório do Futuro, experiência que deu certo e substitui a visão patrimonialista por uma gestão otimizada e eficiente. Ampliará a disseminação da cultura informática em todas as suas potencialidades, como o incremento de serviços *online*, a fim de reduzir a extenuante locomoção física nas conurbações edificadas para o automóvel e não para as pessoas. Nessa linha, estimulará a intensificação de tecnologias já disponíveis, e nas quais o povo investiu vigorosamente, como teleaudiências, interrogatórios *online*, sessões virtuais, decisões monocráticas eletrônicas, vídeo-reuniões e videoconferências e tudo o que possa fazer a Justiça acertar o passo com a sociedade a que serve.

Evidente a prioridade no primeiro grau de jurisdição, meta do CNJ adotada por São Paulo, assim como todas as demais. O TJSP está alinhado com o CNJ, notadamente quando presidido por um jurista e pensador de formação eminentemente democrática e profundo conhecedor do que é e deve ser o Federalismo: o Ministro ENRIQUE RICARDO LEWANDOWSKI. Por isso este Tribunal confia no CNJ como órgão respeitador das autonomias dos Estados-membros. E se inclina à sua orientação, inclusive no que diz respeito à polêmica exigência de produtividade, incontornável quando o Judiciário se vê invocado a decidir mais de 100 milhões de processos. Dos quais quase 90 milhões estão arquivados nesta terra e por eles o povo de São Paulo gasta milhões de armazenamento inócuo, pois a amostragem evidencia que são escassos os efetivamente históricos e suscetíveis de guarda por toda a eternidade.

Todos somos chamados a participar desse esforço para um inadiável aggiornamento da Justiça. Cumprindo compromissos assumidos pelo Brasil na ordem internacional e contidos na Carta Cidadã desde 1988, como o projeto audiência de custódia, hoje lançado com a participação de tantos empenhados na tutela efetiva da liberdade.

Confiamos na adesão do nosso valoroso público interno. Magistrados - em sua maioria - compreendem que é chegado o momento do acerto de contas com a contemporaneidade. Servidores colaboram e reconhecem que o Tribunal faz o possível para cumprir suas obrigações e para incentivá-los a acreditar na carreira. A Escola do Servidor, criada em 2014, já oferece capacitação e insistirá em cursos de requalificação de carreiras que precisam ser repensadas. O resgate da autoestima prossegue de maneira concreta, seja no estímulo artístico-cultural , seja na recomposição dos créditos atrasados.

Todavia, ainda se faz necessário maior sacrifício. Somos servidores do povo e não dos próprios benefícios ou das próprias gloríolas. O momento é o de indagar o que posso fazer de melhor para a Justiça e não o que ela tem condições

Acesso ao Sumário

de me propiciar, por legítimo que seja. As previsões no Brasil sugerem muito mais a fase de sangue, suor e lágrimas do que exteriorizações de egoísmo inconsequente.

Precisamos do Governo, pois enquanto não sobrevier a profunda reforma estrutural do sistema Justiça, tão importante como a reforma política, a reforma tributária, a trabalhista e tantas outras, é dever do Estado sustentar a máquina que não cresceu sozinha, mas com a efetiva participação dos três poderes.

Precisamos do Parlamento, - e com urgência - para atualização das custas autofágicas do Judiciário. O acúmulo de demandas representa acúmulo de despesas. A expressão "justiça gratuita" é eufemística. Todos pagam para que o equipamento funcione. Até aqueles que eventualmente não recorram à Justiça.

Precisamos dos Prefeitos e das Câmaras Municipais, para que nos auxiliem a fazer o trâmite inteligente da inconcebível cobrança judicial da dívida ativa, que onera o Judiciário com 14 milhões de executivos fiscais. Cobrar dívida da União, do Estado e dos Municípios não é função primordial do Judiciário. Se tiver de continuar a fazê-lo, precisa ser remunerado para isso.

Precisamos da iniciativa privada, para auxiliar nesta missão de conferir eficiência a uma prestação estatal de importância manifesta na consolidação da Democracia e na redução do custo Brasil, em grande parte resultante da disfuncional idade da Justiça.

Precisamos dos advogados e dos demais parceiros na realização do justo, para que auxiliem a Nação a sustentar uma cultura de pacificação, que reserve o Judiciário para as questões realmente graves. As demais devem ser resolvidas com o diálogo, o confronto de ideias, numa discussão civilizada. Não é apenas para aliviar a Justiça da insuportável sobrecarga, mas para formar uma cidadania madura, apta a implementar a Democracia Participativa. Se isto é uma política pública da qual nenhum brasileiro pode estar ausente, é atribuição precípua de bacharéis, professores de direito, defensores públicos, promotores de justiça, delegados de polícia, policiais militares, todos os funcionários desse imenso equipamento que forma o sistema Justiça.

Precisamos das Escolas de Direito, para que promovam formação jurídica não adversaria!, mas formatizem o advogado do futuro como arquiteto do design de uma justiça estética, pois a beleza da paz tem conteúdo ético. O profissional bem sucedido será o articulador de soluções negociadas, um engenheiro de obras não conflituosas, um conciliador provido de bom senso, talento para persuadir, psicologia para abordar e confortar o aflito e não um decorador de códigos, ventríloquo de um juridiquês ininteligível.

Precisamos dos delegados do serviço extrajudicial, que já nos auxiliam no

enfrentamento de questões novas que eles souberam encarar e que deveriam se encarregar de tudo o que se poderia chamar jurisdição voluntária. Sem custeio do Erário, sobrevivem com disciplina e hierarquia traduzida em eficiência superior à de qualquer prestação estatal.

Precisamos da Universidade, para que se interesse efetivamente pelo universo Justiça, que hoje é realidade onipresente, geradora da epidêmica judicialização de todos os assuntos. Precisamos da mídia, termômetro do autêntico Estado de Direito, para acompanhar nosso trajeto e nos auxiliar na correção de rumos.

Precisamos da sociedade civil, destinatária de nossos serviços e mantenedora deles. Quem paga tem não só o direito, mas a obrigação de intervir na aplicação dos combalidos recursos financeiros de uma economia em crise. Temos de nos compenetrar da missão aparentemente utópica de fazer mais e melhor com menos. De ter escrúpulos, excessivos até, em relação ao dinheiro do povo. Para nos acompanhar e contribuir conosco nesse trajeto, convocamos dignos representantes de vários segmentos da sociedade. O Conselho Consultivo lnterinstitucional está a postos e a prestar serviços. A seus integrantes, a gratidão do Tribunal de Justiça.

Assim como a todos os que se fazem presentes no dia a dia ou com propostas, sugestões, apoio e críticas. Fôssemos nos render às profecias e estaríamos lamentando no fundo do poço, a contemplar um céu que acharíamos pequeno ante nossas aspirações. Mas as lamentações não podem tomar o lugar do sonho. Sonhar, apesar das intempéries. Caminhar, a despeito dos obstáculos. Lutar, sem pensar nas barreiras. Acreditar e trabalhar! Pois "o homem só toma consciência daquilo que é nas situações limites"[1]. Exatamente como aquelas que hoje enfrentamos.

Avante, Justiça Paulista: em 2015 e nos próximos séculos!

1 KARL JASPERS, 1883-1969.